



# **UNIVERSIDAD NACIONAL “PEDRO RUIZ GALLO”**



**ESCUELA DE POST GRADO**

**MAESTRIA EN DERECHO**

**“LA DISPOSICIÓN FISCAL DE INICIO DE INVESTIGACIÓN  
PREPARATORIA DE DENUNCIA ARCHIVADA Y EL PRINCIPIO  
DEL NE BIS IN ÍDEM PROCESAL”**

**TESIS**

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO  
EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

**AUTOR:**

**LIC. NORBERTO CABRERA BARRANTES**

**ASESOR:**

**DR. MARIANO LARREA CHUCAS**

**LAMBAYEQUE – PERÚ  
2018**

**LA DISPOSICIÓN FISCAL DE INICIO DE INVESTIGACIÓN  
PREPARATORIA DE DENUNCIA ARCHIVADA Y EL PRINCIPIO DEL NE  
BIS IN ÍDEM PROCESAL**

---

**LIC. NORBERTO CABRERA BARRANTES**  
AUTOR

---

M.Sc. **MARIANO LARREA CHUCAS**

ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: **Para obtener el Grado de Maestro EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

APROBADO POR:

---

**DR. . MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTES**  
PRESIDENTE DEL JURADO

---

**DR. JOSE CEVALLOS DE BARRENECHEA**  
SECRETARIO DEL JURADO

---

**DR.FREDDY HERNANDEZ RENGIFO**  
VOCAL DEL JURADO

## **DEDICATORIA**

**A Dios**

**quien guía mis pasos en forma fuerte y segura**

**A mi esposa Carolina Janeth**

**por su amor y comprensión constante**

**A mis hijos Sofía del Carmen, Norbert Luis, Carolina**

**Vanessa, Clara Ángela y Valeria Luciana,**

**fuentes inagotables de motivación para alcanzar mis  
metas**

**A mis padres Reynaldo y Sofía**

**Por sus enseñanzas en vida y protección desde el cielo**

## **AGRADECIMIENTO**

**A la Escuela de Post Grado de Universidad Nacional  
Pedro Ruiz Gallo, por la sólida formación académica  
brindada.**

**Al Dr. Mariano Larrea Chucas, Asesor de Tesis y  
amistades que contribuyeron en la estructuración y  
desarrollo de la presente investigación.**

## **INDICE**

<b>DEDICATORIA</b>	<b>3</b>
<b>AGRADECIMIENTOS</b>	<b>4</b>
<b>TABLA DE CONTENIDOS – ÍNDICE</b>	<b>5</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>8</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>10</b>
<b>ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO</b>	<b>12</b>
<b>MARCO TEÓRICO</b>	<b>18</b>
<b>ANTECEDENTES</b>	<b>18</b>

### **CAPÍTULO I**

#### **EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM PROCESAL EN EL DERECHO PERUANO Y COMPARADO**

	<b>25</b>
--	-----------

1.	LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL PERUANO	25
1.1.	DEFINICIÓN	26
1.2.	CLASIFICACIÓN	28
2.	EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM PROCESAL EN EL DERECHO PERUANO	29
2.1.	TERMINOLOGÍA	29
2.2.	DEFINICIÓN	30
2.3.	ORIGEN Y EVOLUCIÓN	32
2.4.	NATURALEZA JURÍDICA	37
2.5.	FUNDAMENTO	38
2.6.	ELEMENTOS	46
2.7.	DIMENSIONES	51

3.	EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM EN EL DERECHO PERUANO	57
3.1.	EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	57
3.2.	EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL	59
4.	EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	68
5.	EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM EN EL DERECHO COMPARADO	71
5.1.	ESPAÑA	71
5.2.	COLOMBIA	74
5.3.	BRASIL	77

## **CAPÍTULO II**

### **LA DISPOSICIÓN FISCAL DE INICIO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE DENUNCIA ARCHIVADA**

1.	EL PRINCIPIO ACUSATORIO	83
1.1.	DEFINICIÓN	84
1.2.	CONSECUENCIAS	86
2.	EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL PERUANO	88
2.1.	ACTUACIÓN PRINCIPAL: INVESTIGACIÓN	89
2.2.	RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN	91
3.	LA DISPOSICIÓN FISCAL DE ARCHIVO DEFINITIVO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	93
3.1.	CAUSALES	93
3.2.	IMPUGNACIÓN	95
3.3.	EFFECTOS	97
3.4.	NATURALEZA JURÍDICA	97
4.	LA DISPOSICIÓN FISCAL DE INICIO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE INVESTIGACIÓN O DENUNCIA ARCHIVADA	100

<b>CAPÍTULO III</b>		
<b>LA DISPOSICIÓN FISCAL DE INICIO DE INVESTIGACIÓN</b>		
<b>PREPARATORIA DE DENUNCIA ARCHIVADA Y EL PRINCIPIO DEL NE</b>	<b>BIS IN ÍDEM PROCESAL</b>	<b>102</b>
1.	INTRODUCCIÓN	102
2.	EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISPOSICIÓN FISCAL DE INICIO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE DENUNCIA ARCHIVADA	103
2.1.	ADMISIBILIDAD Y MECANISMO DE CONTROL	103
2.2.	SUPUESTOS DE CONTROL	106
<b>ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS</b>		<b>108</b>
<b>CONCLUSIONES</b>		<b>147</b>
<b>RECOMENDACIÓN</b>		<b>152</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>		<b>153</b>
<b>ANEXOS</b>		<b>158</b>

## RESUMEN

Recientemente, el Tribunal Constitucional peruano resolvió el caso de la primera dama de la Nación, la señora Nadine Heredia, disponiendo que la Fiscalía de la Nación pudiera reanudar la investigación preliminar anteriormente archivada. Al margen de las cuestiones políticas que implicó la referida decisión, lo cierto es que desde el plano estrictamente jurídico ha sido una constante inquietud académica y profesional los límites para el ejercicio de aquella excepción a los efectos del carácter inmutable de la Disposición Fiscal de Archivo definitivo, pues consideramos que en aquel ejercicio se esconde un terrible peligro para los ciudadanos de verse sujetos a una constante persecución por parte del aparato estatal representando por el Ministerio Público, lo cual no es compatible con la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho.

La presente investigación está dividida en cinco capítulos: 1º) el primero referido al proceso penal peruano, lo cual es indispensable a efectos de conocer el contexto actual dentro del cual se desenvuelve la actuación del Fiscal Provincial Penal y el Juez Penal respectivamente; 2º) el segundo capítulo está referido al principio del ne bis in ídem procesal en el derecho peruano, y para lo cual en un primer momento procedemos a la determinación de aspectos generales como origen y evolución, terminología, definición, naturaleza jurídica, fundamento, elementos y dimensiones, para proceder posteriormente a analizar la situación nacional, tanto desde el plano legislativo como jurisprudencial; 3º) el tercero está referido al tratamiento del principio del ne bis in ídem en el derecho comparado, habiendo sólo analizado la legislación de España, Colombia y Brasil; 4º) el cuarto capítulo aborda la disposición fiscal de inicio de investigación preparatoria de denuncia archivada, y para lo cual previamente desarrollamos el principio acusatorio, para posteriormente ingresar al tema central de la disposición fiscal de inicio de investigación preparatoria de investigación o denuncia archivada; y, 5º) el quinto está referido a la disposición fiscal de inicio de investigación preparatoria de denuncia archivada y el principio del ne bis in ídem procesal, abordando la problemática objeto de tesis y la necesidad de un control judicial de aquella actuación fiscal.



## ABSTRACT

Recently, the Peruvian Constitutional Court decided the case of the First Lady of the Nation, Mrs. Nadine Heredia, providing that the Attorney General's Office may resume previously filed preliminary investigation. Apart from the political issues involved that decision, the fact is that from a strictly legal point has been a constant concern academic and professional limits to the exercise of that exception to the effects of the immutable nature of the final tax provision Archive because we believe that in that year a terrible danger to the citizens of being subject to constant persecution by the state apparatus represented by the Public Ministry, which is not compatible with the existence of a constitutional rule of law lies.

This research is divided into five chapters: 1) The first referred to the Peruvian criminal process, which is essential in order to meet the current context within which the action of the Provincial Criminal Prosecutor and the Criminal Justice operates respectively; 2nd) The second chapter refers to the principle of ne bis in idem trial in Peruvian law, and which at first proceed to determine general aspects as the origin and evolution, terminology, definition, legal nature, foundation, elements and dimensions, in order to subsequently analyze the national situation, both from the legislative as well as jurisprudence; 3rd) the third is referred to the treatment of the principle of ne bis in idem in comparative law, having only analyzed the legislation of Spain, Colombia and Brazil; 4th) The fourth chapter discusses the tax provision start preliminary investigation of complaint filed, and for which previously developed the adversarial principle, then we enter the central theme of the tax provision for the start of preliminary investigation or complaint filed research; and, 5) the fifth is based on the tax provision start preliminary investigation of complaints filed and the principle of ne bis in idem procedural, object addressing theses issues and the need for a judicial review of that fiscal action.

## INTRODUCCIÓN

El ámbito jurídico contemporáneo se encuentra regido por el reconocimiento generalizado del Estado Constitucional de Derecho como paradigma a regir toda sociedad, correspondiendo a la propia estructural estatal, en particular a los tribunales y jueces nacionales, confirmar la vigencia de aquel paradigma.

El rasgo principal del Estado Constitucional es la constitucionalización del Estado, sin que el Estado y la Constitución material que lo define y determina, sea axiológicamente neutrales: se impone un conjunto valorativo que se ancla a la protección y seguimiento de los Derechos Humanos.

El reconocimiento de un Estado Constitucional de Derecho dentro de una sociedad implica una gran responsabilidad a todas las organizaciones vinculadas con la administración de justicia, principalmente en materia penal, como el Poder Judicial y el Ministerio Público, y ello por cuanto tratándose de un ámbito en el cual el Estado permite la restricción de derechos fundamentales, el uso de aquella potestad debe responder a criterios objetivos y racionales que eviten en su uso la comisión de una actuación arbitraria en perjuicio de la persona inculpada (principio de interdicción de la arbitrariedad).

La doctrina procesal penal, en el contexto de exigencias de respeto del Estado Constitucional de Derecho, postuló el reemplazo del antiguo sistema procesal de carácter inquisitivo por un sistema acusatorio garantista, lo cual en el Perú viene implementándose de manera progresiva desde el año 2006 a través del Nuevo Código Procesal Penal.

El proceso penal actual introduce una serie de reformas sustanciales, siendo una de ellas la redefinición de roles de los principales actores: el Ministerio Público y el Poder Judicial. En efecto, ahora bajo el nuevo modelo procesal penal, la principal función del Ministerio Público es la de acusar y del Poder Judicial la de juzgar.

Sin embargo, el Poder Judicial no sólo se encargar de juzgar y determinar la responsabilidad penal del inculpado, sino además de efectuar un control de constitucionalidad de las actuaciones dentro del proceso penal, siendo una de aquellas conductas la decisión del Fiscal Provincial Penal de disponer la revisión de una denuncia penal ya archivada.

No obstante, **la revisión de la jurisprudencia no ha permitido identificar criterios objetivos para admitir una razonabilidad y, por ende, legalidad de la Disposición Fiscal de reanudar la investigación preliminar de una causa ya archivada, lo cual constituye el problema objeto de la tesis.**

Ante la situación descrita, la propuesta de solución o hipótesis formulada consistente en que SI el operador jurídico (Fiscal Provincial Penal) observa los elementos objetivos y racionales en la Disposición Fiscal de Inicio de Investigación Preparatoria de una denuncia ya archivada (nueva prueba), ENTONCES la actuación fiscal abra observado el principio del ne bis in ídem procesal y, con ello, la vigencia del sistema acusatorio garantista introducido con el Código Procesal Penal y del Estado Constitucional de Derecho.

## ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.

### 1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

La falta de elementos objetivos y racionales para determinar la constitucionalidad de la decisión del Fiscal Provincial Penal de disponer el inicio de investigación preliminar de una denuncia penal sujeta a archivo a efectos de evitar la vulneración del principio del ne bis in ídem procesal.

### 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El ámbito jurídico contemporáneo se encuentra regido por el reconocimiento generalizado del Estado Constitucional de Derecho como paradigma a regir toda sociedad, correspondiendo a la propia estructural estatal, en particular a los tribunales y jueces nacionales, confirmar la vigencia de aquel paradigma.

El rasgo principal del Estado Constitucional es la constitucionalización del Estado, sin que el Estado y la Constitución material que lo define y determina, sea axiológicamente neutrales: se impone un conjunto valorativo que se ancla a la protección y seguimiento de los Derechos Humanos. Así, el Estado Constitucional resulta definido como "*(...) una estructura de principios valorativos suprapositivos*", siendo así que "*la Constitución del Estado constitucional constituye más bien una estructura de valor material que, en tanto tal, reclama por sí misma su validez y obligatoriedad*".<sup>1</sup>

El reconocimiento de un Estado Constitucional de Derecho dentro de una sociedad implica una gran responsabilidad a todas las organizaciones vinculadas con la administración de justicia, principalmente en materia penal, como el Poder Judicial y el Ministerio Público, y ello por cuanto tratándose de un ámbito en el cual el Estado permite la restricción de derechos fundamentales, el uso de aquella potestad debe responder a criterios objetivos y racionales que eviten en su uso la comisión de una

---

<sup>1</sup> DE CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el Consenso. Estudios sobre el Estado Constitucional y el Constitucionalismo del Estado Social*. Madrid: Universidad Nacional Autónoma de Madrid, p. 323.

actuación arbitraria en perjuicio de la persona inculpada (principio de interdicción de la arbitrariedad).

La doctrina procesal penal, en el contexto de exigencias de respeto del Estado Constitucional de Derecho, postulo el reemplazo del antiguo sistema procesal de carácter inquisitivo por un sistema acusatorio garantista, lo cual en el Perú viene implementándose de manera progresiva desde el año 2006 a través del Nuevo Código Procesal Penal.

El proceso penal actual introduce una serie de reformas sustanciales, siendo una de ellas la redefinición de roles de los principales actores: el Ministerio Público y el Poder Judicial. En efecto, ahora bajo el nuevo modelo procesal penal, la principal función del Ministerio Público es la de acusar y del Poder Judicial la de juzgar.

Sin embargo, el Poder Judicial no sólo se encargar de juzgar y determinar la responsabilidad penal del inculcado, sino además de efectuar un control de constitucionalidad de las actuaciones dentro del proceso penal.

Una de aquellas actuaciones sujetas a control constitucional es la decisión del Fiscal Provincial Penal de disponer la revisión de una denuncia penal ya archivada, y ello debido a que debe estar basada en elementos objetivos y racionales por cuando la ausencia de aquellos elementos implica la vulneración de la garantía constitucional del principio del ne bis in ídem procesal.

En este contexto, la realidad problemática que será objeto de investigación y a cuya solución se pretenderá arribar sobre la base del previo desarrollo de un adecuado marco teórico es la falta de determinación de aquellos elementos objetivos y racionales que justifican la decisión Fiscal Provincial Penal de disponer el inicio de investigación preliminar de una denuncia penal sujeta a archivo a efectos de evitar la vulneración del principio del ne bis in ídem procesal.

### **3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

**¿Cuáles son los elementos objetivos y racionales que debe el Fiscal Provincial Penal observar en la Disposición Fiscal de disponer el inicio de investigación preliminar de una denuncia penal sujeta a archivo a efectos de evitar la vulneración del principio del ne bis in ídem procesal?.**

### **4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO**

La presente investigación resulta justificada desde dos planos: teórico y práctico.

- Desde un enfoque teórico, el desarrollo de la investigación es trascendente, en primer lugar, por cuanto permitirá la exposición del neoconstitucionalismo<sup>2</sup>, y su proyección al ámbito del proceso penal, en particular lo referido a los roles del Poder Judicial y el Ministerio Público; en segundo lugar, por cuanto permitirá efectuar un desarrollo profundo de la garantía del principio del ne bis in ídem; y, en tercer lugar, por cuanto permitirá establecer los elementos objetivos y racionales que la legislación, jurisprudencia y doctrina exigen para la emisión de la Disposición Fiscal de disponer el inicio de investigación preliminar de una denuncia penal ya archivada.
- Desde un enfoque práctico, la investigación resulta importante por cuanto permitirá evidenciar los errores cometidos por los representantes del Ministerio Público en la emisión de la Disposición Fiscal de disponer el inicio de investigación preliminar de una denuncia penal sujeta a archivo, así como los criterios empleadores por los magistrados del Poder Judicial para corregir aquellos yerros.

---

<sup>2</sup> Escobar García sostiene que el neoconstitucionalismo “(...) apunta a sustituir la noción tradicional de democracia entendida como supremacía de la voluntad de la mayoría, por la idea de supremacía de la Constitución Política, entendida como el sistema normativo que contiene la definición y las garantías de los derechos fundamentales, y el sistema de límites y contrapesos al poder”. ESCOBAR GARCÍA, Claudia. Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional. En “Neoconstitucionalismo y Sociedad”. Quito: Ministro de Justicia y Derechos Humanos. 2008, p. 218

## **5. OBJETIVOS**

### **5.1. OBJETIVO GENERAL**

Identificar los elementos objetivos y racionales que debe observar el Fiscal Provincial Penal en la emisión de la Disposición Fiscal de disponer el inicio de investigación preliminar de una denuncia penal sujeta a archivo a efectos de evitar la vulneración del principio del ne bis in ídem procesal.

### **5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

**5.2.1.** Delimitar el contenido del Estado Constitucional de Derecho y el papel que juegan las instituciones vinculadas a la administración de justicia para mantener el sistema político respectivo, principalmente en el ámbito del proceso penal con la redefinición de los roles del Poder Judicial y del Ministerio Público.

**5.2.2.** Desarrollar los aspectos conceptuales del principio del ne bis in ídem como antecedentes, definición, contenido o aspectos, regulación normativa, función e importancia.

**5.2.3.** Analizar los elementos objetivos y racionales que la legislación, jurisprudencia y doctrina exigen para la emisión de una Disposición Fiscal de disponer el inicio de investigación preliminar de una denuncia penal sujeta a archivo.

## **6. HIPOTESIS**

Si el operador jurídico (Fiscal Provincial Penal) observa los elementos objetivos y racionales en la Disposición Fiscal de Inicio de Investigación Preparatoria de una denuncia ya archivada, ENTONCES la actuación fiscal abra observado el principio del ne bis in ídem procesal y, con ello, la vigencia del sistema acusatorio garantista introducido con el Nuevo Código Procesal Penal y del Estado Constitucional de Derecho.

## 7. VARIABLES

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	ÍNDICES	TÉCNICAS
La Disposición Fiscal de Inicio de Investigación Preparatoria de una denuncia ya archivada.	La vulneración del principio del ne bis in ídem.	La indebida justificación de la actuación fiscal.	Alto índice	Observación Análisis Documental
El proceso constitucional de Habeas Corpus.	La declaración de inconstitucionalidad de actuación del Fiscal Provincial Penal.	La vulneración del sistema procesal penal y del Estado Constitucional de Derecho.	Alto índice	Observación Análisis Documental



## 8. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Respecto de los antecedentes, la revisión de la **doctrina extranjera** permite advertir una serie de estudios, no coincidentes, en relación a los principales temas involucrados en la investigación como Neoconstitucionalismo, proceso penal actual y ne bis in ídem, procediendo a señalar a continuación aquella literatura.

- BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993
- MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal Argentino. Buenos Aires: Editores del Puerto, Vol. I, 2000
- MONTERO AROCA, Juan. Principios de Proceso Penal. Valencia: Tirant lo Blach.
- MORENO CATENA, Víctor. Derecho Procesal Penal. Valencia: Tirant lo Blach

En cuanto a la doctrina nacional hemos podido ubicar estudios en relación a los temas centrales de la tesis proyectada. A continuación señalamos el material nacional revisado:

- CÁCERES JULCA, Roberto. Habeas corpus contra el auto apertorio de instrucción. Lima: Grijley. 2008
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal. Lima: Palestra, 2008.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Hábeas corpus y sistema penal. Lima: Gaceta Jurídica, 2012.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal. Vol. I. Lima: Grijley. 2002.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. El nuevo proceso penal. Lima: IDEMSA. 2009

## MARCO TEÓRICO

### ANTECEDENTES

#### ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL

- **CHINGUEL-RIVERA, Alejandro. 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). Piura, Universidad de Piura, 2015. Disponible en [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2256/DER\\_029.pdf?sequence=1](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2256/DER_029.pdf?sequence=1)**

La presente investigación resulta una de las más completas en materia del principio del ne bis in ídem, destacando las siguientes conclusiones.

PRIMERA. El fundamento general de la prohibición de bis in ídem es la seguridad jurídica. Sin embargo, este fundamento general se concreta y proyecta en otros principios para abarcar las distintas manifestaciones que conlleva una situación de imposición múltiple. De esta manera, mientras que el fundamento concreto de la vertiente material es el principio de proporcionalidad, el de la vertiente procesal lo será el de tutela judicial efectiva.

SEGUNDA. La prohibición de bis in ídem se trata del derecho fundamental a no ser sancionado ni procesado de manera múltiple por lo mismo. Es un derecho fundamental, por tanto, un principio general del ordenamiento jurídico, pues en su esencia lleva intrínsecamente el valor justicia. De esta manera, gracias a su estructura abierta y genérica, concreta las exigencias de justicia en aquellos casos donde se quiera procesar o sancionar múltiples veces por lo mismo. Así, se evita la instrumentalización de la persona humana y se asegura la protección de su dignidad.

TERCERA. Tanto el Derecho penal como el Derecho penal económico cumplen la misma función social: mantener las expectativas normativas de conducta derivadas de la identidad normativa de la sociedad. De esta manera, se asume un concepto normativo del bien jurídico – penal y su defraudación dándole un alcance distinto al principio de lesividad.

CUARTA. La función del Derecho administrativo sancionador puede explicarse mediante una interpretación sistemática de la teoría del ius puniendi estatal con la actividad constrictiva de la Administración Pública. De esta manera, a través de estímulos externos negativos, se busca reforzar la actividad administrativa, de tal manera que los sectores específicos, en los cuales se limita la actuación de los administrados, puedan aspirar al orden público y a un funcionamiento eficaz.

QUINTA. El Derecho penal es cualitativamente distinto del Derecho administrativo sancionador, pues la función que cumplen no es la misma. Así, mientras que en el primero interesa la perturbación social o el sentido comunicativo del hecho concretamente realizado por el autor, por tanto, su función será proteger la vigencia de la norma defraudada; en el segundo, aquélla no tiene especial relevancia, por ende, su función será mantener el correcto funcionamiento global de un determinado sector de actividad o administrativamente regulado, buscando su orden y eficacia.

SEXTA. El fundamento ha de entenderse en un nivel político, por tanto, analiza la función tanto del Derecho penal como del Derecho administrativo sancionador para determinar qué supuesto de hecho será delito o infracción administrativa. De esta forma, se diferencia del bien jurídico y del objeto material.

SÉPTIMA. La definición del fundamento y el distinto alcance que tiene en el Derecho penal respecto al Derecho administrativo sancionador, trae como consecuencia la necesaria reinterpretación de este elemento para mantener incólume el derecho fundamental ne bis in ídem. De esta manera, debe redefinirse como identidad de efectos; es decir, en base en un juicio de necesidad, se analizará si la sanción penal despliega los efectos empíricos que satisfacen las exigencias de la sanción administrativa aplicable, para poder imponer, además de la sanción penal, la sanción administrativa.

OCTAVA. La vertiente material del ne bis in ídem prohíbe la sanción múltiple por lo mismo; es decir, cuando concurra un idéntico sujeto, hecho y fundamento, buscando evitar la doble valoración sancionatoria. Por su parte, la vertiente procesal, prohíbe el doble procesamiento por lo mismo; también cuando concurra la triple identidad, aunque con un contenido distinto al que se sigue en el plano material.

NOVENA. La prevalencia del orden penal y el consiguiente deber de suspensión que tiene la Administración Pública, son reglas jurídicas que sirven como instrumentos preventivos para garantizar el principio de ne bis in ídem; es decir, han

de interpretarse en función al derecho fundamental. Por tanto, al no ser fin en sí mismas, si fracasan en su finalidad, no podrán utilizarse para defraudar el objetivo al cual sirven.

DÉCIMA. Finalmente, no hay que olvidar que la potestad sancionadora es instrumental. Por tanto, si existen otros instrumentos que cumplan con dicha finalidad deben ser usados por encima de un Derecho administrativo sancionador intenso que ya ha demostrado su ineficacia. Creemos que serviría mejor como instrumento para tal fin, un Derecho administrativo sancionador mínimo que funcione al lado de un Derecho administrativo premial eficaz.

DÉCIMO PRIMERO. Así las cosas, en tanto el Derecho penal dota de mayores garantías materiales y formales a los ciudadanos, la regla debería ser que sea éste quien castigue las conductas y sólo de manera excepcional, en base a una justificación razonada, lo haga el Derecho administrativo sancionador. La disminución de esta hipertrofia sancionadora junto con los criterios diferenciadores basados en la función de uno u otro instrumento punitivo servirán para reducir el campo de aplicación del ne bis in ídem y los problemas que éste plantea.

- **LEAL PINEDO, María Teresa. La inaplicación del principio non bis in ídem en la relación de sujeción especial de los funcionarios y servidores públicos. (Tesis de Maestría) Trujillo, Universidad Nacional de Trujillo, 2015.**

La presente investigación nacional efectúa un desarrollo solvente de la institución del ne bis in ídem, destacando las discusiones y conclusiones arribadas.

En cuanto a las **conclusiones**, la investigadora sostiene:

DISCUSIÓN N° 01.- La jurisdicción penal predomina sobre la administrativa, pero siendo la primera más garantista que la segunda, se convierte en un aval complementario del non bis in ídem y no en una limitación de éste.

DISCUSIÓN N° 02.- El principio de ne bis in ídem se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de

castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del ejercicio del ius puniendi del Estado. Por tal motivo una de las bases sobre las que se asienta la prohibición de bis in ídem sería el principio de proporcionalidad de las sanciones frente a las conductas ilícitas. En efecto, el legislador, a la hora de tipificar una conducta como delito o a caracterizarla como infracción de carácter administrativo, establece, precisamente en función de la gravedad de la misma, la sanción a imponer en caso de comisión de dichas conductas. Sin entrar en la discusión de cuál de las dos sanciones—la penal o la administrativa- resultaría de mayor gravedad, lo cierto es que la imposición doble de una sanción a un mismo hecho quebraría el principio de proporcionalidad de las penas como respuesta adecuada y elegida por el legislador para la conducta de que se trate.

DISCUSIÓN N° 03.- La presencia de la relación de sujeción especial no debe ser considerado como un elemento que impida la aplicación del Ne bis in ídem a los funcionarios o servidores públicos que hayan actuado en el ejercicio de sus funciones, punto que no ha sido advertido, ni siquiera en forma asolapada, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus pronunciamientos. Soy del parecer que si se impide la aplicación del non bis in ídem a los funcionarios o servidores públicos por el solo hecho de ser tales, sin realizarse el debido análisis de la existencia o no de la triple identidad, implicaría un ejercicio arbitrario e ilimitado del ius puniendi posible de ser objeto de protección a través de un proceso constitucional, como manifestación del derecho a la protección judicial que tenemos todos para proteger nuestros derechos fundamentales.

En cuanto a las **conclusiones**, la investigadora sostiene:

1. El non bis in ídem, al estar regulado por la Ley 27444, en su Art. 230, numeral 10, se aplica a los administrados, que mantiene una sujeción de carácter general. No se aplica a los trabajadores del sector público, que mantienen una relación de sujeción especial, y en tal sentido, soportan niveles más intensos de intervención administrativa. A estos trabajadores administrativos, la administración regula su actuación funcional.

2. El procedimiento administrativo sancionador inserta características propias del Derecho Penal, ambas imponen sanciones o penas según sea el caso. La primera impone, generalmente, sanciones pecuniarias o no pecuniarias que, están en función

a las limitaciones que se imponen al ejercicio de derechos de los ciudadanos y, el Derecho Penal tiene como función principal, imponer sanciones limitativas o privativas de derechos.

3. El ordenamiento jurídico atribuye poderes sancionadores con el objeto de garantizar su propio mantenimiento y con la finalidad de reprimir conductas contrarias al mismo, este poder se atribuye a la potestad sancionadora penal y la potestad sancionadora administrativa (infracciones y sanciones penales e infracciones y sanciones administrativas).

4. Existe un largo camino que recorrer en cuanto a la eficiente aplicación del principio del ne bis in ídem procesal, que pasa por aceptar de parte de la administración que no puede “instruir un procedimiento” que además de constituir infracción administrativa tiene relevancia penal. Asimismo, debe buscarse mecanismos de coordinación entre los operadores judiciales y administrativos a fin de que se pueda afianzar este principio en el sistema punitivo peruano. Por último, no debe pensarse que la vigencia del principio del ne bis in ídem constituye una traba a la rápida respuesta de la administración ante una conducta violatoria de una norma prohibitiva, sino que esta vigencia debe entenderse como una garantía de cumplimiento de los principios del procedimiento administrativo.

5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial viene determinando las pautas para la aplicación del ne bis in ídem. Existe un desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial del principio del ne bis in ídem que hace necesario su conocimiento y difusión para su correcta invocación y aplicación.

6. Las relaciones especiales de sujeción se presentan en aquellas situaciones en las cuales la ley confiere poder a quien tiene la primacía (sujeto activo), para imponer una carga especial a quien está bajo su dependencia o subordinación (sujeto pasivo) y que difiere de la que en general tienen que soportar las demás personas. Estas cargas implican una cierta limitación a algunos derechos del sujeto pasivo de la relación, dentro de unos límites impuestos por los valores y principios constitucionales que propugnan por la protección de la dignidad humana.

## ANTECEDENTES A NIVEL INTERNACIONAL

- **RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes.** El principio non bis in ídem en el ámbito ambiental administrativo sancionador (Tesis Doctoral). Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2008. Disponible en [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7587/marialourdes\\_ramirez\\_tesis.pdf?sequence=1](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7587/marialourdes_ramirez_tesis.pdf?sequence=1)

La investigación concluye en la indeterminación en el ámbito sancionador administrativo de la aplicación del principio del ne bis in ídem español. A continuación, las conclusiones más relevantes de la tesis:

2.- El ámbito de aplicación del principio non bis in ídem es aquel donde se ejerza el ius puniendi del Estado, comprendiendo por este el Derecho Penal y Administrativo, autónoma o conjuntamente considerados.

5. Aun cuando la postura mayoritaria sea la de invocar el principio de legalidad como fundamento del principio non bis in ídem no se comparte esta posición, ya que no se considera que el principio de legalidad pueda entregar un sostén suficiente; en tanto que las garantías que impone el principio de legalidad no se ven vulneradas por la doble imposición de las sanciones administrativas. Nada impide que la sanción que da origen a la doble incriminación se encuentre perfectamente descrita y esté en una norma que cumpla la reserva de ley.

10. La falta de interés del legislador en relación con las resultas del principio, en el sector administrativo exclusivamente, se evidencia en la ausencia de lineamientos para precisar los elementos que integran la estructura del postulado. Es el caso de aquello que debe ser comprendido por identidad de sujeto u objeto.

13. No solo los requisitos esenciales del principio non bis in ídem adolecen de una estructura sólidamente desarrollada, sino que asimismo la incertidumbre que genera la inatención al principio se puede observar en otros escenarios como son la falta de precisión a la hora de determinar cuál es la autoridad que debe conocer del proceso, en caso en que se encuentren dos abiertos.

- **FERNÁNDEZ ESTRELLA, Aracelis Altagracia. El Derecho administrativo sancionador para la protección del medio ambiente: análisis de los ordenamientos jurídicos español y dominicano (Tesis de Maestría). Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2009. Disponible en [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3189/23026\\_altagracia\\_fernandez\\_araceli.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3189/23026_altagracia_fernandez_araceli.pdf?sequence=1)**

Las conclusiones más relevantes, a la luz de la necesidad de un sólido marco teórico sobre el principio del ne bis in ídem, son las siguientes:

Decimosexta.- El principio non bis ídem prohíbe la imposición de doble sanción a un mismo sujeto en los casos en que concurran los mismos hechos y fundamentos jurídicos. De los tres principios que regulan el procedimiento administrativo sancionar es el único que debe ser aplicado sin modulaciones en el ámbito del derecho administrativo sancionador español y dominicano. En el Derecho español se regula en el art. 133 de la LRJPAC y en el Derecho dominicano este principio se deriva del art. 8.2.h CD y 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el derecho español este principio se cumple de forma estricta en los dos ámbitos del ius puniendi del Estado. Se configura como la prohibición de doble sanción, pero no de doble procedimiento. En ese sentido, en caso de que converja un procedimiento penal y uno administrativo se da prioridad al orden penal frente al administrativo. No existen casos en los cuales se excepcione la aplicación de este principio. Actualmente la jurisprudencia ha sentado el criterio de que incluso en los casos de relaciones especiales de sujeción, no puede imponerse doble sanción a un sujeto con base en los mismos hechos y fundamentos jurídicos. Lo que con frecuencia ocurre es que, cuando se impone al particular una sanción en virtud de la relación especial que tiene con la Administración el fundamento jurídico es distinto, es decir, en general se trata de sanciones disciplinarias basadas en la relación de subordinación del particular con respecto a la Administración (funcionario públicos, los presos, etc.). En estos casos no se cumplen los tres elementos que integran el principio non bis in ídem, ya que el fundamento jurídico es otro distinto (STS de la Sala de lo Penal, de 2 de junio de 2003, RJ2003/6235).



**CAPÍTULO I**

**EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM PROCESAL EN EL DERECHO PERUANO Y COMPARADO**

**1. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL PERUANO**

El sistema procesal penal tiene como punto de referencia esencial a la Constitución Política y ello por cuanto la validez del ordenamiento normativo procesal se encuentra determinado por la absoluta subordinación y observancia de los principios, garantías o derechos consagrados en el texto constitucional; fenómeno éste denominado “constitucionalización del proceso penal”. Fernández Montalvo al respecto sostiene: “El contenido normativo del Derecho Procesal Penal está profundamente informado por la Constitución, lo que da cierto sentido a la afirmación de que aquél es, en la práctica, un verdadero Derecho Constitucional aplicado”.<sup>3</sup>

Sánchez Velarde al respecto señala: “Modernamente se observa la tendencia a incluir en las Constituciones un número mayor de principios fundamentales referidos al proceso con el afán de reforzar las garantías para el ciudadano, especialmente elevando a la categoría constitucional lo que se encontraba regulado en las leyes ordinarias para dotar a éstas de mayor fuerza”.<sup>4</sup>

San Martín Castro, por su parte, sostiene: “(...) la Constitución, especialmente en el art. 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales (...), sobre la base de la necesidad del proceso penal o principio de jurisdiccionalidad, a tenor del art. 139°.10 de la Ley Fundamental. Esta garantía jurisdiccional tiene un doble componente, pues, por un lado atiende, a que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso”.<sup>5</sup> Agrega el autor nacional “Del conjunto de esos derechos y

---

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Disponible en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC\\_06\\_055.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_06_055.pdf)

<sup>4</sup> SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial IDEMSA. 2004, p. 240.

<sup>5</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Lima: Grijley. 2000, p. 50.

principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. Es de recordar que en tanto el proceso es una estructura constituida por una serie ordenada de actos que se realizan en el tiempo, el quehacer de los sujetos procesales se halla gobernado por principios, que son categorías lógico-jurídicas, muchas de las cuales han sido positivizadas en la Constitución o en la Ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal”.

Rodríguez Hurtado al respecto señala “Si la Constitución es entendida como la suprema manifestación normativa del consenso y acuerdo fundacional y político de los ciudadanos asociados, entonces deviene ineludible reconocer que todas las normas ordinarias que regulan las actividades de aquellos, incluida el área de resolución de conflictos jurídico–penales, deben exhibir compatibilidad constitucional, bajo pena de ser expulsadas del ordenamiento jurídico a través del control concentrado del Tribunal Constitucional o difuso judicial (artículos 51, 138. 2do párrafo, 200.4, 201, 202.1 y 204)”.<sup>6</sup>

La vigencia de los principios procesales es de suma trascendencia para la constitucionalidad de un modelo procesal y, por ende, de su legitimidad social. Caro Coria al respecto señala “(...) sea derecho fundamental procesal, derecho humano, libertades públicas o garantías institucionales, observarlos y respetarlos dentro del proceso penal, es vital para la vigencia de un Estado democrático y de Derecho”.<sup>7</sup>

### **1.1. DEFINICIÓN**

La dogmática emplea una diversidad de términos (principios, garantías, derechos fundamentales, etc.), para referirse a aquel espectro de directrices previstos en el ordenamiento jurídico, destinados a ofrecer un ámbito de

---

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. Los principios de la reforma y el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal (NCPP). En “Revista Institucional de la Academia de la Magistratura” N° 8. Lima, 2008, p. 149

<sup>7</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Las garantías constitucionales del proceso penal. En “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2006, p. 1026

protección al individuo acusado de la comisión de un delito. Caro Coria al respecto señala “(...) es frecuente que en los textos se empleen conceptos como derechos fundamentales, derechos fundamentales procesales, derechos humanos, principios procesales, libertades públicas, garantías institucionales, entre otros conceptos, para referirse por lo general a lo mismo: las garantías procesales penales constitucionalizadas”.<sup>8</sup>

Caro Coria emplea el término garantías constitucionales del proceso penal, definiéndolas como “(...) el cumulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, lato sensu, por los tratados internacionales, que tienen por finalidad el otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado”.<sup>9</sup>

San Martín Castro, igualmente, emplea el término garantías, señalando al respecto lo siguiente: “La Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia construccional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). Estas garantías, en cuanto tales, se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal; son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra”.<sup>10</sup>

Sánchez Velarde, por su parte, sin desmerecer el empleo del término “garantías”, considera más conveniente el empleo de “principios”, señalando al respecto lo siguiente: “No creemos que exista preponderancia de una sobre la otra. Los principios son normas rectoras que inspiran el proceso, de

---

<sup>8</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Las garantías constitucionales del proceso penal. Ob. Cit., p. 1028

<sup>9</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. Cit, p. 1028

<sup>10</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit, p. 50.

observancia tanto por el legislador al elaborar las leyes, como por los órganos encargados de interpretarlas y aplicarlas. De su enumeración se desprenden lineamientos básicos de actuación judicial, imprescindibles en la búsqueda de una justicia más equitativa que son de exigencia y exigibles por los interesados a título de garantía. En este último sentido, ambos enunciados: principios y garantías, se identifican”.<sup>11</sup>

Fernández Romo emplea el termino principios procesales, conceptualizándolos como “(...) normas para ordenar que algo se realice en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida establecida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”.<sup>12</sup>

Por nuestra parte, consideramos conveniente el empleo de la terminología de “principios procesales”, definiéndolos como **el conjunto de directrices cuya observancia a nivel normativo y judicial determina la validez de un determinado sistema desde el enfoque de respeto a los derechos, libertades y garantías consagrados en una Constitución Política.**

## 1.2. CLASIFICACIÓN

La dogmática ha desarrollado una diversidad de criterios clasificatorios de los principios o garantías procesales. Sánchez Velarde al respecto señala “La doctrina ha formulado diversas clasificaciones sobre los principios fundamentales del proceso penal, atendiendo al sistema procesal de cada país”.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit, p. 243.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ ROMO, Rodolfo Máximo. El principio de contradicción en la jurisdicción ordinaria de los tribunales provinciales en Cuba. La Habana: Editorial Universitaria, 2008, p. 40.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. Cit, p. 253.

Por nuestra parte, los principios y garantías procesales del proceso penal peruano vigente son los siguientes: a) principio del juez natural; b) principio de legalidad; c) principio de excepcionalidad de la detención; d) derecho de defensa; e) cláusula de no incriminación; f) principio de la instancia plural; g) principio de la presunción de inocencia; h) **garantía de la cosa juzgada - non bis in ídem**; i) principio de publicidad; y, j) principio del indubio pro reo.

## 2. EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM PROCESAL EN EL DERECHO PERUANO

### 2.1. TERMINOLOGÍA

La doctrina no es uniforme en cuanto al término correcto, esto es, ne bis in ídem o non bis in ídem, incluso existir un sector que propugna el uso indistinto. En efecto, “Este término, por lo regular se formula de dos maneras, “más bien lo que se altera es una palabra. Para unos debe enunciarse como principio non bis in ídem, mientras que para otros es más correcto referirse a él como principio ne bis in ídem”<sup>14</sup>.

López Barja De Quiroga al respecto señala: “La cuestión del "ne" o el "non" es una circunstancia surgida del cambio al estilo directo. En términos generales cabe decir que "ne" es una conjunción que da inicio a una oración final negativa, por lo tanto subordinada y que se suele traducir "para que no" o "que no". Ahora bien, si extraemos la oración subordinada del contexto y la convertimos en una oración principal, la conjunción subordinada se debe transformar en una simple negación, esto es, en "non" y se traduce por "no". Esto es lo que ha ocurrido con la enunciación de este principio. En los textos aparece correctamente la conjunción "ne", pero, al sacarlo del contexto y anunciarlo como principio el mantenimiento del "ne" debe transformarse, como así se hizo, en "non". En otras palabras, si castellanizamos el principio si

---

<sup>14</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El principio: Non bis in ídem, Madrid: Dykinson, 2004, p. 14.

partimos de "ne", habremos de decir principio "para que no (o que 'no') dos veces en (o por) lo mismo", mientras que si partimos de la conjunción "non", diríamos principio "no dos veces en (o por) lo mismo".<sup>15</sup>

Reátegui Sánchez, por su parte, sostiene: "(...) resulta de especial interés sobre todo la partícula "ne" o "non". Entiendo correcta la expresión ne, pues el adverbio de negación simple non se emplea para negar un hecho real (así, por ejemplo, non venit: "no vino"). En cambio, ne se usa en prohibiciones o deseos (v.gr. ne eas: "no vayas"), resultando adecuado, por ende, su uso en el lenguaje prescriptivo de textos jurídicos (..o..)<sup>16</sup>. Por ello, sin perjuicio de que en la doctrina ambos términos se utilicen indistintamente sin que ello genere mayor problema, a partir de este momento nos referiremos a este principio como ne bis in ídem.

Por nuestra parte, la denominación correcta es "ne bis in ídem", según lo refleja el título de la investigación. López Barja De Quiroga al respecto expresa: "En ese sentido, a pesar de que la primera forma es la más utilizada, la segunda es la que mejor responde a su origen, el cual se sitúa en el derecho romano, "cuya traducción literal es como sigue: que no se sentencie dos veces por un mismo delito. El deseo de transformar la frase a estilo directo es lo que hace que, en ocasiones, se prefiera expresar esta regla como non bis in ídem".<sup>17</sup>

## 2.2. DEFINICIÓN

El principio de non bis in ídem, también conocido como ne bis in ídem, principalmente en la doctrina italiana y alemana, significa que "nadie puede ser juzgado ni castigado dos veces por el mismo hecho", y cuya traducción literal es "no dos veces lo mismo".<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El Principio Non Bis in ídem. Madrid: Dickinson, 2004, p. 17

<sup>16</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., La garantía del "ne bis in ídem" en el Ordenamiento Jurídico-Penal, Lima: Jurista Editores, 2006, p. 22

<sup>17</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El principio: Non bis in ídem, Madrid: Dykinson, 2004, p. 14.

<sup>18</sup> RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. El principio de non bis in ídem como pilar fundamental del estado de derecho. aspectos esenciales de su configuración. Disponible en [http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb/files/105\\_16227\\_el-principio-del-non-bis-in-adem.pdf](http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb/files/105_16227_el-principio-del-non-bis-in-adem.pdf)

Del Rey Guanter define el principio ne bis in ídem como “(...) principio general del Derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, sea en uno o más órdenes jurídicos sancionadores, cuando se dé identidad de sujetos, hechos y fundamento -de sujetos, objeto o causa material y de acción o razón de pedir, si nos referimos a la perspectiva procesal-, y siempre que no exista una relación de supremacía especial con la Administración respecto al sujeto en cuestión”.<sup>19</sup>

De Fuentes Bardaji define el principio ne bis in ídem como “(...) la imposibilidad de que por la comisión de un solo hecho que ataca a un único bien jurídico se pueda sancionar a una persona dos veces”.<sup>20</sup>

Pinedo Hidalgo define el principio ne bis in ídem como “(...) una de las garantías que asiste a la persona ante el ejercicio del poder punitivo estatal tiene como finalidad evitar que se someta a ésta al riesgo de ser procesada o sancionada dos veces por el mismo hecho y bajo el mismo fundamento”. Agrega: “(...) mediante el presente principio se busca dar a la persona la seguridad de que el Estado no ejercerá de manera abusiva su potestad sancionadora cuando nos encontremos ante la comisión de un hecho ilícito que ya ha merecido la aplicación de una sanción o que es materia de un proceso o procedimiento sancionador”.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> DEL REY GUANTER, Salvador. Potestad sancionadora de la administración jurisdicción penal en el orden social, Madrid: Ministerio de trabajo y seguridad social, 1990, p. 111.

<sup>20</sup> DE FUENTES BARDAJI, Joaquín. Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 269.

<sup>21</sup> PINEDO HIDALGO, Patrick. ¿Vulneración del non bis in ídem mediante la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas?. Disponible en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20111108\\_02.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20111108_02.pdf)

### 2.3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN<sup>22</sup>

La revisión de la literatura no es uniforme respecto del origen del *ne bis in ídem*, habiendo encontrado referencias en Grecia Antigua y Roma.

En Grecia Antigua, los Discursos Políticos de Demóstenes expresan: “(...) pero las leyes no permiten que haya dos veces proceso judicial contra las mismas personas por los mismos hechos, ya se trate de un juicio civil, de un proceso por un asunto en litigio ni cualquier otro pleito por el estilo”. En efecto, el Derecho ático del siglo IV a.C. poseía una regla según la cual “las leyes prohíben conocer de un mismo hecho en dos procesos”.<sup>23</sup>

La estructura de la expresión permite identificar en Roma referencias al *ne bis in ídem*, como el aforismo latino *bis de eadem re ne sit actio* (no hay acción repetida sobre la misma cosa), también expresado en la fórmula *bis de eadem re agere non licet* (no es lícito actuar dos veces por lo mismo), donde se ve el empleo tanto de la forma negativa *non*, como de la forma negativa *ne*, lo que explica el hecho de que las reducciones de la máxima en las prohibiciones *non bis in ídem* y *ne bis in ídem* representan la condensación de sus aforismos originarios. Estos aforismos determinaban la prohibición de promover un nuevo juicio, a través de un segundo proceso sobre la misma materia, mediante idéntica o distinta *actio*. Asimismo, en términos más estrictos, estos enunciados expresan que lo que obtuvimos en virtud de una acción no puede reclamarse por segunda vez a través de una nueva acción.<sup>24</sup> Justiniano ya trataba el tema en el Digesto, señalando: “(...) se entiende que se demanda sobre la misma cosa aunque no se ejercite la misma acción anterior, sino otra distinta pero sobre lo mismo; por ejemplo, si el que va a demandar por mandato, después de que el adversario ha prometido asistir a juicio, ejercita negocios o la condición, demanda sobre la misma cosa.

---

<sup>22</sup> La parte histórica es desarrollada en base: BRUN GOLDSCHMIDT, Fabio. Doble imposición en el derecho tributario brasileño y español (Tesis Doctoral). Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013. Disponible en [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124082/1/DDAFP\\_GoldschmidtBrunFabio\\_Tesis%20.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124082/1/DDAFP_GoldschmidtBrunFabio_Tesis%20.pdf)

<sup>23</sup> DEMÓSTENES. Discursos Políticos. Traducción: López Eire. Vol. II, XX, Madrid: Editorial Gredos, 1985, p. 147.

<sup>24</sup> DE SAVIGNY, M.F.C. Sistema del Derecho Romano Actual. Traducción: Jacinto Mesia y Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial Góngora, 1850, p. 48.



Justamente se define que no litiga sobre la misma cosa tan sólo el que no vuelve a reclamar lo mismo, pero cuando cambia la acción y se vuelve a demandar, con una acción distinta, lo mismo, se considera que litiga sobre la misma cosa”<sup>25</sup>.

En este contexto la máxima denotaba una eficacia preclusiva de naturaleza procesal civil, a partir de la fase denominada *litis contestatio*, normalmente referida en el contexto del Derecho de las obligaciones<sup>26</sup>. El efecto más importante de la *litis contestatio* era el de agotar la acción al ser esta deducta in iudicium. Siempre que se hacía valer una *actio in personam* (ex iure civile), siempre que se entablaba un iudicium legitimum, se consumía automáticamente la *actio* que no podía volver a proponerse sobre un mismo tema (bis de eadem re ne sit actio). Sin embargo, la prohibición de reiterar la acción no derivaba directamente de la *litis contestatio*, sino que dependía del ejercicio de la *exceptio rei in iudicium deducta*, donde se ve que el origen romano del axioma *ne bis in ídem* se encuentra íntimamente ligado a la formación del concepto de cosa juzgada.

Uno de los puntos más importantes derivados del momento procesal de la *litis contestatio* era la determinación de la causa jurídica del litigio, a partir del momento de la contestación. Murga define como causa el fundamento procesal en el que el autor apoya su pretensión y que normalmente debe referirse en el momento de la presentación de la fórmula (en el contexto de los formularios romanos). Precisamente, “ese fundamento jurídico de la pretensión es lo que constituye la propia individualidad del litigio hasta tal punto que solamente sería aplicable la regla *ne bis in ídem* y obstaculizado cualquier intento de reiteración por parte del actor, si el segundo litigio presentase en su fórmula la misma causa jurídica que en el primero”.

---

<sup>25</sup> Digesto de Justiniano III.

<sup>26</sup> Gayo describe sus efectos de la forma siguiente: “También se extingue la obligación por la *litis contestatio*, siempre que se realice un juicio “legítimo”, pues entonces la obligación principal se extingue y el demandado comienza a estar obligado por la *litis contestatio*; pero si es condenado ya no se atiende a la *litis contestatio* y empieza a estar obligado en virtud de la sentencia. Y esto es lo que está escrito en la obra de los antiguos: el deudor, antes de la *litis contestatio*, debe dar; después de la *litis contestatio* debe cumplir la sentencia. De donde resulta que si reclamo una deuda en un juicio “legítimo”, después no pueda ejercitar la acción por lo mismo, ya que inútilmente pretendo que se me debe dar, porque con la *litis contestatio* el deber de dar desaparece”. GAYO. Instituciones. Comentario Tercero (Derecho de las Cosas), n.º 180-181.

Inicialmente la aplicación del *ne bis in ídem* no alcanzaba el ámbito del proceso penal, lo que se produjo con posterioridad, con la **legis actio sacramento**. En el Derecho romano no había un órgano específicamente encargado de ejercer la acusación, que se entregaba a todas las personas capaces y dignas. La capacidad excluía, por ejemplo, a menores y mujeres, mientras que el requisito de la dignidad lo hacía con aquellos, por ejemplo, que hubieran sido condenados previamente, que hubieran incurrido en falso testimonio o que en alguna ocasión hubieran aceptado dinero para desistir de una acción anterior. Si bien, era posible reabrir las investigaciones por orden del Emperador, a través de la *restitutio damnatorum*. Esta institución le servía al injustamente condenado como un mero acto de gracia, cuyo motivo estaba en la búsqueda de justicia por parte del perjudicado.

El principio entró en el Derecho canónico, pero posteriormente se corrompió durante la Inquisición, en el siglo XIII, por los Decretos de Inocencio III. En este contexto, se entendía que ningún principio de naturaleza procesal podría evitar la búsqueda de la verdad, lo que se traducía, desde el aspecto formal, en la figura de la *absolutio ab instantia*. Lo mismo sucedió durante el período del Antiguo Régimen, en el que la arbitrariedad fue la marca del procesalismo penal. La figura del *plus amplement informé*, en el Derecho francés, mantiene rasgos de esta inseguridad, al permitir la incesante reapertura de procesos penales, con el pretexto de ahondar en las investigaciones.

En el contexto de la *common law*, las primeras referencias del equivalente anglosajón de la prohibición de *bis in ídem*, denominado *double jeopardy*, se encuentran en el reinado de Henrique II, con la discusión sobre la prohibición de que los tribunales de la corona volvieran a procesar a los individuos sujetos a la jurisdicción canónica. No obstante, solo en los siglos XVII y XVIII se introdujeron las *special pleas*, que se aún están vigentes, *autrefois acquit* y *autrefois convict*.

A finales del siglo XVIII, con el intento de afirmar un derecho procesal penal, el hombre pasa de objeto a sujeto y la búsqueda de la verdad material encuentra sus límites en la dignidad humana y la seguridad jurídica. Se afirma la previsibilidad y se niega la arbitrariedad de la acción punitiva estatal, para buscar la estabilidad de las situaciones jurídicas individuales, puesto que se concibe que, solo si goza de seguridad, el hombre puede ser libre. En este contexto se inscribe el principio en la Constitución francesa de 1791, según la cual “todo hombre absuelto por un jurado legalmente constituido, ya no podrá ser juzgado o acusado por el mismo hecho”. Como se puede apreciar, el foco ya deja de ser la “cosa”, como en el Derecho romano, para ser el hombre. En el centro del proceso penal pasa así, definitivamente, a ser el individuo.

En el cambio del siglo XIX al XX, la escuela positivista pugnaba por la eliminación de la regla *ne bis in ídem* en favor de la revisión de las sentencias penales, en nombre de la “defensa social”. Tras pasar por períodos de descrédito, como durante la Alemania nazi, en el que se entendía que su aplicación vulneraba el “espíritu del pueblo” (aunque ya preexistía, consagrada en el Código Procesal Penal de 1877), la prohibición de *bis in ídem* retoma su fuerza tras la Segunda Guerra Mundial, como forma de reacción contra los abusos en los que se había caído (consagrándose, por ejemplo en la Constitución alemana de 1949, por influencia americana).

En el siglo XX, la respuesta mundial contra los abusos del nacional-socialismo lleva a la madurez de la concepción de derechos fundamentales, lo que da un nuevo impulso a la prohibición de *bis in ídem*, que ahora se preocupa de subrayar, a la par de la prohibición del doble proceso, la prohibición de doble castigo. Para demostrar la evolución de la noción de mera prohibición de acumulación de persecuciones del mismo hecho, la Ley Fundamental alemana de 1949 (artículo 103.3) dispone que nadie podrá ser castigado dos veces por el mismo hecho en virtud de leyes penales generales, consagrande de esta forma la aplicación de la prohibición de *bis in ídem* a la acumulación de sanciones. Aunque la literalidad de la Carta pudiera llevar a concluir que la única garantía literalmente otorgada era la interdicción de la acumulación de sanciones (no, por ende, la interdicción de doble persecución,

cuando el primer proceso no termine con la imposición de sanción), el Tribunal Constitucional alemán rechazó ampliamente esta hermenéutica literal (como se ve, por ejemplo, en la decisión de 18 de diciembre de 1953, BVerfGE, vol. 3, p. 248, et s., spec. p. 251), que consagró el criterio de que se trataba de una doble garantía.<sup>27</sup>

Para atender a esta misma preocupación por la doble garantía, se firmó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, adoptado en 1966, que dispone, en el artículo 14.7, que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. En los acuerdos internacionales firmados a partir de la segunda mitad del siglo XX, esta doble garantía se asegura de forma sistemática, como se comprueba en el artículo 4 del Protocolo Adicional n.º 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de Libertades Fundamentales (Protocolo N° 7 a la CEDH)<sup>28</sup>. Por último, el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea evidencia una tendencia nítidamente creciente.

En el ámbito internacional, ya durante la segunda mitad del siglo XX, se firma, el 14 de junio de 1985, el Acuerdo de Schengen, celebrado entre cinco Estados (Alemania, Francia y los integrantes del Benelux). Más tarde, el 19 de junio de 1990, se adopta el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen que, en el artículo 54, denominado “Aplicación del principio ne bis in ídem”, determina que: “Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de

---

<sup>27</sup> RAMOS, Vania Costa. *Ne bis in ídem e União Européia*. Coimbra: Editorial Coimbra, 2009, p. 64 y ss.

<sup>28</sup> Francia hizo una reserva al artículo 4 del Protocolo n.º 7 adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, para señalar que el ne bis in ídem se aplica solo entre decisiones penales, en el ámbito del Derecho interno. Si bien, la reserva no llegó a tener efecto, pues los jueces europeos afirmaron que el artículo 4 del Protocolo debe entenderse como impeditivo de procesar o juzgar a una persona por una segunda “infracción” cuyo origen esté en los mismos hechos o hechos sustancialmente idénticos (CEDH, 10 févr. 2009, n.º 14239/03, *Sergey Zolotukhine c/ Russie*, n.º 82).

la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”. Más tarde, suscribieron este convenio, habitualmente denominado CAAS, Italia, España, Portugal, Grecia y Austria, para después integrarse en el ámbito de la Unión Europea, mediante el Tratado de Ámsterdam.

La descripción de la trayectoria histórica refleja que la prohibición de bis in ídem ha servido de base para la consagración o madurez de instituciones hoy ampliamente aceptadas en todo el mundo civilizado, tanto en su dimensión procesal inicial, como en su dimensión material y sustantiva más reciente.

## **2.4. NATURALEZA JURÍDICA**

El debate en torno a la naturaleza jurídica del ne bis in ídem es si constituye una regla o un principio<sup>29</sup>, empleando la diferenciación actual de la estructura del sistema jurídico desarrollada, entre otros, por Alexy.

De León Villaba señala “(...) la prohibición de bis in ídem cumple una doble función: en primer lugar, constituye un criterio organizativo-integrador, como expresión de determinados valores; y, en segundo lugar, dota de fundamento a una serie de mecanismos técnicos básicos en la resolución de conflictos jurídicos, tanto materiales, como procesales. Ambas ideas en conjunto le confieren el carácter de principio general”.<sup>30</sup>

Nieto García postula que el ne bis in ídem representa “(...) una regla jurídica no positivizada (durante un tiempo) en una norma”<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> El principio general de derecho, según García y Fernández “(...) constituye valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad”. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomas-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo I, 13ª ed., Madrid: Civitas, 2006, p. 85

<sup>30</sup> DE LEÓN VILLALBA, F. J., Acumulación de sanciones penales y administrativas, cit., p. 489. Nieto por su parte opina que ha de ser la propia norma la que se preocupe de incluir en el tipo las matizaciones correspondientes al interés que se está queriendo proteger. NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador, cit., p. 473

<sup>31</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Ob. Cit., pp. 438-439.

Brun Goldschmidt adopta una posición relativa, expresando: “La prohibición de bis in ídem puede asumir tanto la característica de regla como la de principio, de acuerdo con la forma con la que se haya introducido o desarrollado en un determinado sistema”. Agrega: “(...) la prohibición de bis in ídem puede funcionar como principio o como regla, conforme el uso que se le dé. De esta forma, no hay duda de que, en su vertiente procesal, adjetiva, como efecto preclusivo y fundamento de cosa juzgada, la prohibición de bis in ídem aparece como un límite objetivo. Se presenta como regla cuya transgresión es fácilmente comprobable. Posee un sentido concreto y específico capaz de permitir un juicio de conformidad o disconformidad. Así, cuando se impide que se enjuicie una segunda demanda -o que se instaure un segundo proceso administrativo- para castigar un mismo hecho ya juzgado y absuelto o condenado, está expresándose una regla de conducta clara (en el modal prohibido) y de simple cumplimiento”.<sup>32</sup>

Por nuestra parte, el ne bis in ídem representa un principio previsto en la Constitución Política y desarrollado por leyes, que fija la directriz a observar en todo procedimiento y proceso el impedimento de un órgano sancionador de imponer más de una sanción a un ciudadano por la comisión de un mismo hecho o a ser sometido a más de un procedimiento sancionador basado en un mismo hecho, siempre y cuando esté referido a una misma responsabilidad.

## **2.5. FUNDAMENTO**

La doctrina no es pacífica respecto del fundamento del ne bis in ídem, advirtiendo diversas posiciones que postulan que descansa en el principio de legalidad, el de proporcionalidad y el de seguridad jurídica.

Chinguel-Rivera al respecto expresa: “En cuanto a su fundamento, es preciso mencionar que no hay consenso en la doctrina sobre ello, pues a lo largo del tiempo se le ha relacionado con distintos principios: el de

---

<sup>32</sup> BRUN GOLDSCHMIDT, Fabio. Doble imposición en el derecho tributario brasileño y español (Tesis Doctoral). Salamanca: Universidad de Salamanca, 2013. Disponible en [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124082/1/DDAFP\\_GoldschmidtBrunFabio\\_Tesis%20.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124082/1/DDAFP_GoldschmidtBrunFabio_Tesis%20.pdf)

proporcionalidad, seguridad jurídica, cosa juzgada, litispendencia, legalidad penal e, incluso, en principios como la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de subsidiariedad”.<sup>33</sup>

A continuación procederemos a analizar cada uno de los fundamentos del principio de ne bis in ídem.

#### 2.5.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad, según Zugaldia Espinar, “(...) contiene la exigencia de la “lex praevia” cuyo contenido especifica que la ley sea anterior al hecho sancionado. La conducta puede ser considerada delito y resultar penada si está prevista como tal y con las correspondientes consecuencias jurídicas en una ley vigente en el momento en que se realiza la cuestión”.<sup>34</sup>

Fernández Ogallar expresa que el principio de legalidad “(...) se articula a través de una doble vertiente, por un lado, la concreción de la voluntad popular en materia penal y, por otro, un coto vedado del ciudadano frente al ius puniendi del Estado, que le sitúa, como se ha dicho, como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho”.<sup>35</sup>

La doctrina esgrime las siguientes razones para justificar el principio de legalidad como fundamento del ne bis in ídem.

- En primer lugar, sólo será posible aplicar una única sanción ante la concurrencia de un injusto penal y una infracción administrativa, pues aquélla expresará todo el desvalor que el

---

<sup>33</sup> CHINGUEL-RIVERA, Alejandro. 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). Piura, Universidad de Piura, 2015. Disponible en [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2256/DER\\_029.pdf?sequence=1](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2256/DER_029.pdf?sequence=1)

<sup>34</sup> ZUGALDIA ESPINAR, J. M., El Derecho penal. Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 237-239.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ OGALLAR, Beatriz. El derecho penal armonizado de la Unión Europea. Madrid: Dykinson, 2014, p. 358

ordenamiento jurídico le ha querido atribuir a dicha conducta.<sup>36</sup> Así, el principio de legalidad aportará una funcionalidad excluyente en estos casos; es decir, al contener la sanción (asignada a cada ilícito o hecho infractor) todo el desvalor de una conducta, excluirá una tipificación por un mismo hecho, lo que imposibilitará una doble sanción y permitirá establecer el criterio para determinar cuál norma ha de aplicarse.<sup>37</sup>

García de Enterría al respecto expresa: “(...) la vigencia del principio se propicia directamente desde la garantía criminal del principio de legalidad, en el sentido de asegurar que la realización de un hecho no se conectará a calificaciones plurales”<sup>38</sup>. Agrega: “(...) la inclusión del non bis in ídem en los principios de legalidad y tipicidad que se enuncian en el artículo 25 le parece clara”<sup>39</sup>.

- En segundo lugar, y en base a la identidad sustancial del Derecho penal con el Derecho administrativo sancionador, concluye que el principio de legalidad es el llamado a fundamentar la prohibición de doble valoración. Asimismo, esta posición se subdivide en dos razonamientos distintos: mientras que para uno cabe la posibilidad de que existan dos sanciones (penal y administrativa) que provengan de ilícitos distintos, la otra parece no considerarlo así. No obstante, ambas llegan a la misma conclusión: sólo cabrá una sola sanción por un hecho infractor (sea penal o administrativo) gracias al principio de legalidad.

---

<sup>36</sup> Beccaria al respecto señala que “(...) sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador”. BECCARIA, Cesare. De los delitos y las penas. Buenos Aires: Alianza, 1983, p. 29

<sup>37</sup> CHINGUEL-RIVERA, Alejandro. Ob. Cit.

<sup>38</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional. En Madrid: Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 29, 1981, p. 362

<sup>39</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Ob. Cit., pp. 361-362



El principio de legalidad se concibe en la determinación de conductas prohibidas, así como también implica la derivación de consecuencias jurídicas que de su realización se desprenden, “de forma que los tipos penales y/o administrativos no desempeñan pues, exclusivamente una función garantizadora “negativa”, determinando a contrario sensu ámbitos de libertad, sino también “positiva”, asegurando que para los hechos en ellos subsumibles no han de producirse consecuencias diversas a las previstas”.<sup>40</sup>

En este sentido, se afirma que las sanciones asignadas a cada ilícito expresan el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta y se impone con pretensión de agotar el desvalor del hecho. De esto se infiere que la pretensión de volver a sancionar el ilícito cuando concurre la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) infringe el principio *ne bis in ídem*, pues supone rebasar los límites de la sanción prefijados. Así resultaría evidente un exceso del poder punitivo por parte del Estado frente a los ciudadanos, pues no tienen por qué verse afectados, si una sanción única y plural es asignada a cada ilícito.

En suma, las principales razones por las que se considera al principio de legalidad como fundamento son: i) considerar que existe una identidad sustancial entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador; y, ii) que es posible hablar de un mismo ilícito cuando concurren una norma penal y una administrativa sancionadora.

El Tribunal Constitucional peruano comparte el principio de legalidad como fundamento del principio de *ne bis in ídem*, al sostener que “(...) el contenido garantista (*lex certa*, *lex previa* y *lex scripta*) que

---

<sup>40</sup> DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Acumulación de sanciones penales y administrativas. Barcelona: Bosch, 1998, pp. 415-416.

éste tiene devendría en inútil de aceptarse la concurrencia de sanciones por lo mismo”.<sup>41</sup> En efecto, el ne bis in ídem dejaría de tener un contenido garantista si un mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción al mismo sujeto, lo que comportaría un punición desproporcionada de la conducta ilícita. La finalidad de las normas es prevenir los actos ilícitos y, por tanto, no tendría sentido la imposición de dos o más sanciones que no se encuentren reguladas legalmente, ya que esto produciría una violación al ne bis in ídem.

### **2.5.2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Sin embargo, la doctrina no reduce al principio de legalidad el fundamento del non bis in ídem, pues existe otro sector que sostiene que aquel se encuentra en el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, según Nuño Jiménez “(...) debe ser observado por el legislador a la hora de formular la relación entre las infracciones y las sanciones, ya sea para clasificarlas según su gravedad o para concretar qué sanción le corresponde a cada modalidad de infracciones”.<sup>42</sup>

Santamaría Pastor, por su parte, sostiene: “(...) el principio de proporcionalidad, en el que se fundamenta la prohibición de la doble sanción, lo que establece es que las sanciones que se impongan deberán ser las estrictamente necesarias para que la privación cumpla su doble finalidad represiva y preventiva”.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> CHINGUEL-RIVERA, Alejandro. Ob. Cit.

<sup>42</sup> NUÑO JIMÉNEZ, D<sup>a</sup> Irene. Derecho administrativo sancionador. Principios de la potestad sancionadora. Disponible en [http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160418/derecho\\_administrativo\\_sancionador\\_irene\\_nuno.pdf](http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160418/derecho_administrativo_sancionador_irene_nuno.pdf)

<sup>43</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General. Tomo I. Madrid: Iustel, 2004, p. 395.

Alonso Más sostiene que el principio de proporcionalidad se conecta perfectamente con el principio non bis in ídem, en tanto constituye en su vertiente material una aplicación de la teoría de los concursos, “porque, en efecto, si el legislador ha previsto una determinada sanción para una conducta, en atención a determinado bien jurídico protegido, es porque entiende que es la sanción adecuada y proporcionada a dicha conducta (con independencia de que en la vía de amparo, el Tribunal Constitucional sólo corrige las desproporciones manifiestas). Castigar la misma conducta, además, con arreglo a otro precepto, supone imponer un castigo desproporcionado respecto del querido por el legislador”.<sup>44</sup>

Por otro lado el principio de proporcionalidad y, por ende, el ne bis in ídem están basados en la idea de justicia igual que corresponde a todo el ordenamiento jurídico, ya que la proporcionalidad se entiende como la aplicación de una sanción más justa, la idea de justicia se da como consecuencia de las arbitrariedades de los poderes públicos frente a los ciudadanos. Arroyo Zapatero al respecto señala: “(...) si la doble sanción no resulta arbitraria y desproporcionada tampoco afectaría el principio -non bis in ídem-”<sup>45</sup>. Existen ocasiones en que la doble sanción se hace necesaria para cubrir el ilícito cometido. De hecho la práctica penal incluye habitualmente en muchos tipos penales dos sanciones de aplicación acumulativa.

Sin embargo, para García Albero, “(...) la proporcionalidad por sí sola no puede juzgar papel alguno, sino que tal tarea ha de realizarse con criterios lógicos y teleológicos que desvelen el solapamiento desvalorativo de los preceptos”<sup>46</sup>, por lo que considera que la

---

<sup>44</sup> ALONSO MAS, María José. Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición del doble enjuiciamiento. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 25-26.

<sup>45</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis Arroyo. Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 8, 1983, p. 19. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249711.pdf>

<sup>46</sup> García Albero alude que al considerar un mismo comportamiento como condición de varias, incluso homogéneas consecuencias jurídicas, no contradicen ni la lógica, ni un pretendido principio de proporcionalidad. GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel. Non bis ídem, material y concurso de leyes penales, Barcelona: Cedecs, 1995, pp. 84-89

proporcionalidad no es suficiente para fundamentar el non bis in ídem y, por tal motivo no sería fiable basarlo únicamente en este principio.

En suma, el fundamento de la prohibición del non bis in ídem no sólo radica en el principio de proporcionalidad, sino en la confluencia de una serie de principios que se conjugan entre sí para dar el soporte necesario al mismo, dentro de los que se encuentra el principio de proporcionalidad. Éste coadyuva a impedir sancionar doble vez por un mismo ilícito a un sujeto en el que implique el mismo hecho y con idéntico fundamento, ya que este principio conlleva la prohibición del exceso, tanto en el sentido de otorgar una pena desproporcionada en cuanto lesione sus derechos, como también otorgar una pena que beneficie de más al ciudadano no correspondiente con la conducta ilícita, sino que en este caso merezca mayor sanción impuesta por la infracción cometida.

### **2.5.3. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA**

La doctrina igualmente ha sostenido que el fundamento del ne bis in ídem se encuentra en el principio de seguridad jurídica.

Muñoz Lorente señala que el principio de proporcionalidad junto con el de seguridad jurídica justifica la garantía del ne bis in ídem, ya que “(...) cada uno de esos fundamentos por sí solos y por separado no permiten abarcar el total fundamento al que corresponde el principio”<sup>47</sup>.

Alonso Mas apunta que el principio de seguridad jurídica posiblemente sea el fundamental en atención a que “(...) habiendo sido ya castigada una persona en relación con unos mismos hechos y en

---

<sup>47</sup> MUÑOZ LORENTE, José. La nueva configuración del principio non bis in ídem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental, Cuadernos profesionales de gestión ambiental, Madrid, Ecoiuris, La Ley, 2001, p. 52

atención a la lesión de determinado bien jurídico protegido, después no se puede reiterar la imposición de sanciones a la misma persona por la comisión de esos hechos y en atención a la infracción del mismo bien jurídico”<sup>48</sup>. Una vez impuesta la primera sanción, no se debe volver a castigar, pues el sujeto tiene la certeza jurídica de no volver a ser castigado, en el sentido de que se ha agotado el “ius puniendi” del Estado, si esto sucediera, entonces se estaría infringiendo la seguridad jurídica.

López Barja, por su parte, señala que “(...) el principio de seguridad jurídica considera que no es admisible en un Estado de Derecho la amenaza permanente de diferentes sanciones por el mismo hecho al mismo sujeto, pues, además tal posibilidad entraña someter al ciudadano a un trato inhumano”.<sup>49</sup>

Ramírez Barbosa al respecto sostiene: “El principio de seguridad jurídica como fundamento del principio de non bis in ídem impide que pueda existir un doble enjuiciamiento sobre el mismo hecho respecto de la misma persona. Se trata, por tanto, de evitar el riesgo de que ocurra la doble sanción, y se anticipa la norma evitando el peligro de un nuevo juicio. De ahí que el principio actúe antes de que el proceso llegue a sentencia”.<sup>50</sup>

En suma, el fundamento de la prohibición del non bis in ídem reposa, además, en el principio de seguridad jurídica.

#### **2.5.4. POSICIÓN PERSONAL**

El principio del ne bis in ídem no reposa en un solo fundamento, esto es, el principio de legalidad, de proporcionalidad o de seguridad jurídica, sino en la confluencia de todos ellos.

---

<sup>48</sup> ALONSO MAS, María José. Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición del doble enjuiciamiento. Ob. Cit., pp. 28-29

<sup>49</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit., p. 402

<sup>50</sup> RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. El principio de non bis in ídem como pilar fundamental del estado de derecho. aspectos esenciales de su configuración. Disponible en [http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb/files/105\\_16227\\_el-principio-del-non-bis-in-adem.pdf](http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb/files/105_16227_el-principio-del-non-bis-in-adem.pdf)

## 2.6. ELEMENTOS

La aplicación del principio non bis in ídem requiere la concurrencia de la identidad de sujeto, hechos y fundamento entre dos procesos.

### 2.6.1. IDENTIDAD DE SUJETO

La identidad subjetiva, según Pinedo Hidalgo, “(...) se da cuando existe la plena identificación entre la persona sancionada en una ocasión por determinados hechos y la que puede ser nuevamente sancionada por aquéllos; en consecuencia, la reiteración sancionatoria por parte del Estado a un mismo sujeto”.<sup>51</sup>

Camargo-Quiroga respecto de la identidad de sujeto (*eadem personae*), señala: “Se exige que el sujeto (persona natural y/o jurídica) al cual se sancionó o se sigue en su contra un proceso o procedimiento por la comisión de un hecho ilícito, resulte ser el mismo al cual se le pretende sancionar o iniciar un proceso o procedimiento en su contra por el mismo hecho, se enfoca en la persona a quien se le imputa la comisión del hecho ilícito, su grado de participación o forma de culpabilidad imputable, más no en los agraviados”.<sup>52</sup>

En efecto, mediante éste requisito se exige que el sujeto al cual se sancionó o se sigue en su contra un proceso o procedimiento por la comisión de un hecho ilícito, sea el mismo al cual se le pretende sancionar o iniciar un proceso o procedimiento en su contra por el mismo hecho. En tal sentido, la identidad subjetiva se enfoca en la persona a quien se le imputa la comisión del hecho ilícito más no en los agraviados.

---

<sup>51</sup> PINEDO HIDALGO, Patrick. ¿Vulneración del non bis in ídem mediante la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas?. Disponible en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20111108\\_02.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20111108_02.pdf)

<sup>52</sup> CAMARGO-QUIROGA, Alberto Miguel. Aplicación del principio “non bis in ídem” en el proceso administrativo sancionador y el proceso penal. Disponible en <http://www.uancv.edu.pe/revistas/index.php/RCIA/article/viewFile/31/19>

La identidad de sujeto exige un estudio objetivo, primeramente en cuanto a la realización de la conducta y las consecuencias que han de producirse en torno y segundo en cuanto a la afectación que pueda sufrir, ya sea en la restricción de su libertad o el menoscabo a los bienes jurídicos, para con ello evitar que ambas pudieran recaer sobre el mismo sujeto y sufrir una doble consecuencia jurídica por una conducta ilícita.

### 2.6.2. IDENTIDAD DE HECHOS

Pinedo Hidalgo al respecto expresa: “(...) El hecho que motivó una sanción anterior debe ser el mismo por el cual se pretende sancionar a la misma persona. En igual sentido, el hecho que sustenta un proceso o procedimiento debe ser el mismo por el cual se pretende iniciar otro contra la misma persona”.<sup>53</sup>

Camargo-Quiroga respecto de la identidad de hechos (*eadem rea*), señala: “El hecho o conductas incurridas por el administrado que se respalda un proceso o procedimiento debe ser el mismo por el cual se pretende iniciar otro proceso contra la misma persona sin importar la calificación jurídica. Para lo cual existe dos hechos a considerar el hecho fáctico y el hecho relevante para la configuración de la identidad de hecho”.<sup>54</sup>

Sin embargo, surge la interrogante: ¿qué hecho es el que configura el presente requisito para la aplicación del *non bis in ídem*). La doctrina postula dos opciones: 1º) primero, entender que con ello se hace referencia al hecho fáctico; y, 2º) segundo, considerar que el hecho relevante para la configuración de la identidad de hecho es el que corresponde a la calificación jurídica del mismo.

---

<sup>53</sup> PINEDO HIDALGO, Patrick. ¿Vulneración del *non bis in ídem* mediante la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas?. Disponible en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20111108\\_02.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20111108_02.pdf)

<sup>54</sup> CAMARGO-QUIROGA, Alberto Miguel. Aplicación del principio “*non bis in ídem*” en el proceso administrativo sancionador y el proceso penal. Disponible en <http://www.uancv.edu.pe/revistas/index.php/RCIA/article/viewFile/31/19>

La concepción tradicional dominante entiende que debe interpretarse normativamente, tanto es así que la jurisprudencia europea se ha inclinado por “exigir la contemplación de los hechos desde cierto punto de vista jurídico”<sup>55</sup>.

En la teoría naturalista la identidad objetiva requerida tiene como referente exclusivo una conducta humana que se delimita a través de parámetros temporales, donde se configura la unidad de hecho. En esta teoría regularmente se enjuician hechos simples, pero cabe preguntarse ¿dónde quedan los supuestos en que una persona ha sido juzgada y no puede volver a serlo? como es un delito continuado o en un concurso ideal heterogéneo (entre daños y lesiones)<sup>56</sup>.

Frente a la infinidad de problemas sin resolver, nace la teoría normativa rellenando los espacios que quedaron sin resolver en la anterior teoría y, asimismo establece que el hecho en cuanto objeto de proceso sólo puede ser configurado a partir de criterios jurídicos que se encuentren establecidos en la normas y encuadre en la descripción típica, siendo al mismo tiempo punible. Gómez Colomer al respecto afirma: “(...) el objeto del proceso es el acaecer real reducido a unidad, atendiendo al modo como el legislador penal configura las unidades de

---

<sup>55</sup> JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, (Cuello Contreras J. Traductor), 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 13.

<sup>56</sup> Nieto García afirma que la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas por un dilema de opciones incompatibles. Por un lado el hecho analizado desde un punto de vista natural: es cuando un hecho responde a un solo acto de voluntad y como tal se realiza en la vida y se percibe por el sujeto y los terceros. Por el aspecto, lo que califica los hechos como una unidad o pluralidad, no es la naturaleza de la percepción natural del observador y ni siquiera la voluntad del actuante, sino el legislador. “Es la norma, quien nos dice en cada caso si media uno o varios hechos. y la norma tiene poder para los efectos sancionadores, reunir varios hechos (naturales) en una sola acción típica o, la inversa, descomponer un solo hecho natural en varias acciones típicas, frente a ello se establece, si se ha cometido una sola acción, aunque se encuentre tipificada como infracción en varias normas, o bien constituye una sola infracción, se excluye de la aplicación de los tipos concurrentes, porque en este caso aplica el concurso de leyes, pero en el supuesto en que se merezca una sanción más suave que la que le correspondería a la acumulación de todas las que se atribuyen a cada infracción, entonces se aplica la absorción o exasperación propias del concurso ideal y medial de infracciones”, precisa que es diferente si se han cometido varias acciones de infracción, donde la sanción se apreciará de manera individualizada (una por cada acto) y acumulará en consecuencia las acciones resultantes (concurso real), señalando que por donde se debe de comenzar es la determinación de si concurren uno o varios hechos en la acción imputada. Una dificultad que no aparecerá cuando la identidad de hechos esté en la propia norma como sucede en las sanciones administrativas (régimen disciplinarios), NIETO García, Alejandro. Derecho administrativo sancionado, cit., pp. 488-489.



la conducta humana a las que llama delitos y faltas”<sup>57</sup>. En algunos supuestos la descripción típica conlleva a confusiones a la hora de resolver, pero, incluso así, el criterio que debe prevalecer es que los hechos se interpreten conforme la teoría normativa.

La identidad de hecho debe interpretarse como lo establece la doctrina mayoritaria, atendiendo a los criterios de valoración jurídica, como identidad de infracción.<sup>58</sup>

En suma, por hecho se debe comprender al acontecimiento ocurrido en la realidad, es decir, al suceso fenomenológico suscitado más no a la calificación jurídica del mismo realizada a través de la subsunción de un comportamiento en un tipo penal o administrativo, toda vez que si seguimos este último enfoque se podría caer en la arbitrariedad y falta de seguridad jurídica derivada de las distintas valoraciones que se pueden generar respecto de un mismo comportamiento. En tal sentido, por hecho se debe entender al suceso desarrollado en un lugar y momento determinado.

La identidad fáctica no es una cuestión fácil de resolver como se puede observar en el delito o infracción continuada donde se dan varios hechos como si se tratara de uno solo, es decir, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos y sólo se puede sancionar uno de ellos debido a que la ilicitud de uno se encuentra incluida en el otro o en su caso el concurso ideal de delitos, éstos temas serán analizados con mayor cautela más adelante.

---

<sup>57</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. siguiendo a MONTERO AROCA, Juan y AAVV., Derecho jurisdiccional III, proceso penal, 7ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 102. Nieto en el mismo sentido, alude a que la norma sólo recoge lo que a sus efectos es esencial, así se simplifica el problema, ya que podemos encontrar la solución en los elementos que la norma ha seleccionado a la hora de tipificar el hecho, NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionado, cit., p. 489.

<sup>58</sup> Pérez Manzano al respecto señala: “(...) de un lado, el reconocimiento del Tribunal Constitucional de que la identidad de supuestos requerida se proyecta también sobre el fundamento, viene a ratificar la idea de que la prohibición de bis in ídem no se sustenta en la mera existencia de identidad fáctica, sino en la concurrencia de idéntica infracción”, PÉREZ MANZANO, Mercedes. La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 96; García Albero, por su parte, sostiene: “el presupuesto de operatividad del principio no descansa, para el Tribunal Constitucional en la mera identidad fáctica, sino en la identidad de ilicitud”, GARCÍA ALBERO, Ramón. Ne bis in ídem” material y concurso de leyes penales, Barcelona: Cedeos, 1995, p. 64

Los hechos en el contexto de la doble sanción no representan un “suceso natural acaecido que se identifica conforme a criterios espaciales, temporales y subjetivos”<sup>59</sup>, se interpreta como un elemento normativo que puede dar lugar a la aplicación de la sanción. Los hechos forman parte de los elementos de la norma, de otra manera sería imposible correlacionarlos. El supuesto de hecho debe encontrarse dentro de los tipos establecidos por el legislador, (éste tiene que establecer los criterios de hecho en concordancia con las normas y determinar si son uno o varios).

La mejor postura es que se analicen los supuestos de identidad de hechos desde el punto de vista jurídico y, por consiguiente, se otorgue una calificación jurídica respecto de los supuestos establecidos en las normas.

### **2.6.3. IDENTIDAD DE FUNDAMENTO**

El ne bis in ídem no se infringe cuando concurre la duplicidad de infracciones y sanciones siempre que la norma establezca bienes jurídicos diferentes, es decir, mientras el interés jurídico sea distinto y se encuentre establecido en la norma no habrá vulneración al ne bis in ídem<sup>60</sup>.

En este orden de ideas se puede decir que no se infringe el ne bis in ídem, en los supuestos donde se castigue dos veces al mismo sujeto por el mismo hecho, siempre y cuando el bien jurídico sea distinto en cada ocasión<sup>61</sup>. De León Villalba al respecto señala “(...) en aras de

---

<sup>59</sup> DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. Acumulación de sanciones penales y administrativas, cit., p. 506

<sup>60</sup> De León Villalba expresa que la identidad de los bienes jurídicos protegidos es un elemento substancial, motivo por el cual determina la posibilidad de una doble respuesta estatal o unidad de ésta, DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Acumulación de sanciones penales y administrativas, cit., p. 489. Vid. igualmente NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionado, cit., pp. 472-473.

<sup>61</sup> Benlloch Petit opina que no cabe identificar el fundamento con la finalidad de la norma, señalando “se debe de rechazar esta interpretación” no inclinándose en la postura del bien jurídico protegido por la misma”. BENLLOCH PETIT, Guillermo. El principio non bis in ídem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario. En Revista del poder judicial, N° 51, 1998, pp. 342-346.

facilitar la operatividad del principio, no debe encerrarse en problemas de formulación sino atender a los auténticos intereses efectuados por las conductas y recogidos en las normas”.<sup>62</sup>

En concreto, para determinar la identidad de fundamento es necesario analizar las normas que se aplican al caso específico y ver si las sanciones se sustentan en presupuestos jurídicos idénticos o diferentes, así como también tener en cuenta los diferentes contenidos de injusto establecidos en las correspondientes normas sancionadoras. El problema más grave resulta ser que por lo general las normas tanto penales como administrativas no explican del todo el bien jurídico o interés jurídico que protegen, como se enuncia en repetidas ocasiones contienen una serie de problemas a la hora de aplicar estas normas dejando a los jueces y tribunales, en algunas ocasiones, juzgar en bases que no se reflejan en las mismas.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la identidad de fundamento se configura cuando nos encontramos ante el mismo bien o interés jurídico protegido. (STC. EXP. N° 2050-2002 AA/TC. Fundamento 19).

## **2.7. DIMENSIONES**

El principio ne bis in ídem presenta dos dimensiones o manifestaciones: vertiente material, referida al doble riesgo de sanción y vertiente procesal, referida al doble riesgo de persecución.

---

<sup>62</sup> DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Acumulación de sanciones penales y administrativas, cit., p. 489. Nieto por su parte opina que ha de ser la propia norma la que se preocupe de incluir en el tipo las matizaciones correspondientes al interés que se está queriendo proteger. NIETO GARCÍA, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, cit., p. 473

### 2.7.1. DIMENSIÓN MATERIAL

La dimensión material, según Pinedo Hidalgo, “(...) prohíbe la sobre reacción sancionatoria del Estado, es decir, se prohíbe imponer múltiples sanciones a una persona por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento”.<sup>63</sup>

Chinguel-Rivera al respecto expresa: “(...) esta vertiente se define como la prohibición de sanción múltiple por lo mismo; es decir, cuando concurra un idéntico sujeto, hecho y fundamento. De esta manera, lo que se busca es evitar la doble valoración sancionatoria”.<sup>64</sup>

Camargo-Quiroga señala que el non bis in ídem material “Es la llamada cosa decidida, la misma que otorga seguridad jurídica a las decisiones de los órganos administrativos, se prohíbe imponer sanciones a una persona por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento jurídico. El non bis in ídem material tiene dos manifestaciones. Primero, se prohíbe al Estado sancionar dos veces en el mismo ordenamiento jurídico sea Penal o Administrativo. Segundo, no se permite al Estado sancionar a una persona por los mismos hechos en ordenamientos jurídicos distintos, cuando nos encontremos ante la identidad de fundamento”.<sup>65</sup>

El ne bis in ídem material tiene dos manifestaciones: En primer lugar, se prohíbe al Estado sancionar dos veces en el mismo ordenamiento jurídico -sea penal o administrativo-. En segundo lugar, no se permite al Estado sancionar a una persona por los mismos hechos en ordenamientos jurídicos distintos, cuando nos encontremos ante la identidad de fundamento.

---

<sup>63</sup> PINEDO HIDALGO, Patrick. Ob. Cit.

<sup>64</sup> CHINGUEL-RIVERA, Alejandro. Ob. Cit.

<sup>65</sup> CAMARGO-QUIROGA, Alberto Miguel. Aplicación del principio “non bis in ídem” en el proceso administrativo sancionador y el proceso penal. Disponible en <http://www.uancv.edu.pe/revistas/index.php/RCIA/article/viewFile/31/19>

El principio ne bis in ídem material carece de una regulación constitucional; sin embargo si encuentra una consagración legal en el Código Procesal Penal y la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala: “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código”.

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

### **2.7.2. DIMENSIÓN PROCESAL**

El principio ne bis in ídem procesal, según Chinguel-Rivera, “(...) se define como la prohibición de doble procesamiento por lo mismo”.<sup>66</sup>

Camargo-Quiroga señala que el non bis in ídem procesal “Implica la imposibilidad de iniciar un proceso penal basado en la imputación de un injusto respecto del cual, en un proceso anterior existe cosa juzgada, por lo que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o dos procesos con el mismo objeto, impidiéndose, la dualidad de procedimientos y el inicio de un nuevo proceso. Este sentido del principio está materializado en el art. 139.13 de la Constitución Política”.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> CHINGUEL-RIVERA, Alejandro. Ob. Cit.

<sup>67</sup> CAMARGO-QUIROGA, Alberto Miguel. Ob. Cit.

El ne bis in ídem procesal tiene dos manifestaciones: En primer lugar, la prohibición del concurso entre dos procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores. En segundo lugar, la prohibición del concurso entre un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador.<sup>68</sup>

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado: “(...) en “su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)” .

La activación del principio ne bis in ídem procesal requiere la concurrencia de tres hechos: 1º) verificar previamente la existencia de una resolución que tenga la calidad de cosa juzgada; 2º) los hechos analizados en un primer juzgamiento deben haber sido declarados inexistentes y, por tanto, un segundo juzgamiento sobre ellos vulneraría la prohibición de bis in ídem; y, 3º) que el primer proceso que se sigue por los mismos hechos que el segundo sea jurídicamente válido, de manera que no habrá ne bis in ídem si aquél fue declarado nulo por incompetencia.

El fundamento constitucional del ne bis in ídem procesal ha sido ubicado en la doctrina norteamericana del “double jeopardy” que se erige en la V Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos adoptada en 1791, según la cual “tampoco se pondrá a persona alguna

---

<sup>68</sup> PINEDO HIDALGO, Patrick. Ob. Cit.

dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito". Elocución a raíz de la cual se interpreta jurisprudencialmente que todo ciudadano, al margen de su inocencia o responsabilidad, no puede ser sometida múltiples veces al riesgo de la pretensión punitiva estatal. Lo contrario significaría tolerar una ilimitada intromisión pública sobre la esfera de libertad y seguridad de la persona. El Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por la realización de un injusto, "si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso".<sup>69</sup>

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado que esta garantía protege al individuo contra procesamientos y castigos múltiples por el mismo delito<sup>70</sup>, con lo que en estricto el *doube jeopardy* se relaciona tanto con el *ne bis in ídem* procesal como con el material. En el caso *Green contra los Estados Unidos* (1957) señaló que "La idea subyacente, de profundo arraigo por lo menos en el sistema angloestadounidense de jurisprudencia, es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y autoridad, emprenda intentos repetidos de condenar a un individuo por un presunto delito, exponiéndolo a la vergüenza, gastos y molestias además de obligarlo a vivir en una condición permanente de ansiedad e inseguridad y de que con ello aumenta la posibilidad de que, aun siendo inocente, se le declare culpable"<sup>71</sup>. Más específicamente, en el fallo de *Carolina del Norte contra Pierce* (1969), sostuvo "(...) que la garantía de la Quinta Enmienda contra el doble proceso (...) se compone de tres protecciones constitucionales separadas. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una absolución. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una condena. Y protege contra castigos múltiples por la misma ofensa"<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal, cit., p. 106

<sup>70</sup> WITT, Elder. *La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales*. México D.F.: Gernika 1995, pp. 285-ss.

<sup>71</sup> WITT, Elder. Ob. Cit., p. 286

<sup>72</sup> WITT, Elder. Ob. Cit., p. 287

Asimismo, la relación entre *ne bis in ídem* procesal y *doble jeopardy* ha sido destacada en la STC español 2/2003, donde se expresa que “en la STC 41/1997, de 10 de marzo (FJ 6), recordamos que “la LECrim, en los arts. 954 y siguientes sólo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales”. A ello añadimos “que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal (*doble jeopardy*). Las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la LECrim, para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión ‘contra reo’: evitar que el ciudadano sea ‘víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado’, evitarle las ‘vejaciones’ que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de ‘ciudadano de un pueblo libre’”.<sup>73</sup> De modo similar, la STC peruano de 14 de abril de 2003, exp. N° 0729-2003-HC/TC, señala que “En su vertiente procesal, el principio *non bis in ídem* garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que la V enmienda de la Constitución Norteamericana denomina *doble jeopardy*, es decir el doble peligro de condena sobre una persona”, y añade que “Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se ha enjuiciado en un primer proceso en el que ya se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada”<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Fundamento 3.b

<sup>74</sup> Fundamento 3



El Tribunal Constitucional español<sup>75</sup> reconoce el ne bis in ídem y la prohibición de sancionar a través del proceso administrativo y del proceso penal respecto a un mismo hecho. Pero recuerda que el proceso penal, no inhibe al órgano administrativo respecto a un hecho. Si una persona es procesada administrativamente por contaminación ambiental y es denunciado penalmente, se puede hallar a la persona inocente del delito, pero no enerva la persecución administrativa por la infracción cometida.

### **3. EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM EN EL DERECHO PERUANO**

#### **3.1. EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La Constitución Política del Perú, no define expresamente el principio del ne bis in ídem, sino existe un reconcomiendo implícito en el artículo 139° inciso 13° del texto constitucional el cual señala: Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...).

El Tribunal Constitucional reconoce el principio del non bis in ídem en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política, señalando al respecto: “Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (non bis in ídem), constituye un cometido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución (....)” (STC EXP. N° 0729-2003-HC-TC)

Asimismo, desarrolla el principio del ne bis in ídem en la STC. EXP. N° 2050-2002-AA/TC.

El principio del ne bis in ídem se encuentra desarrollado en el Código Penal, Código Procesal Penal, Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

---

<sup>75</sup> CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. El ABC del Derecho Procesal Penal. Lima: San Marcos, 2007, p. 16

El artículo 90 del Código Penal expresa: "Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente".

El artículo 230.10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, señalando: "Non bis in ídem.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento".

En relación a los procedimientos administrativos por responsabilidad funcional a cargo de la Contraloría General de la República la Directiva N° 008-2011-CG/GDES aprobado por el Resolución de Contraloría N° 333-2011-CGen el numeral 5.3.12 reconoce el principio del non bis in ídem en el procedimiento sancionador "No se puede imponer sucesivas o simultáneamente dos o más sanciones administrativas, cuando se aprecie identidad de hechos, personas y fundamento. Asimismo, tampoco es posible procesar dos veces por un mismo hecho, a la misma persona y por el mismo fundamento."

El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004 señala: "Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo. (...)". En suma, la legislación nacional reconoce el principio del ne bis in ídem.

### **3.2. EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL**

#### **3.2.1. FUNDAMENTO**

El Tribunal Constitucional peruano, al igual que en el caso de la jurisprudencia española, sostiene que el principio del ne bis in ídem se sustenta en los principios de legalidad y proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional peruano al respecto señala: “El principio del ne bis in ídem material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, -como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fundamento 6)- a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.” (STC EXP. N° 2050-2002-AA/TC. Fundamento 19)

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano recurre al principio de legalidad, más concretamente a las garantías de ley previa y de certeza o determinación, en el sentido que la imposición de más de una sanción por lo mismo, afectaría el conocimiento previo y claro que el ciudadano debe tener de las consecuencias de su conducta, con lo que se recurre al principio de legalidad como garantía de seguridad jurídica, pero también como garantía de que la norma primaria debe satisfacer funciones de determinación. Y es que, como señala la STC español 142/1999 de 22 de julio, “Correlativamente con el principio de legalidad se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles conductas por actos no

tipificados previamente. De esta manera, los destinatarios de la norma saben -o tienen al menos la posibilidad de saber- que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido”.

### **3.2.2. CONFIGURACIÓN**

El Tribunal Constitucional peruano configura el principio del non bis in ídem, en dos vertientes: material o sustantiva y procesal.

#### **3.2.2.1. CONFIGURACIÓN MATERIAL**

El contenido material del ne bis in ídem implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento

En cuanto a la vertiente material el Tribunal Constitucional peruano ha establecido: “En su formulación material, el enunciado según el cual nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento”. (STC EXP. N° 2050-2002-AA/TC Fundamento 19)

Asimismo, el Tribunal Constitucional español consideró permitiente desarrollar el principio del non bis in ídem, señalando: “(...) el principio general del derecho conocido por non bis in ídem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicada de sanciones - administrativa y penal- en los

casos en los que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración- relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración”. (STC 2/1981 de fecha 30 de enero de 1981 Fundamento 4)

La aplicación del principio del ne bis in ídem exige la presencia al caso concreto de tres “identidades”. En primer orden, se debe tratar de la misma persona (eadem persona); en segundo orden, se debe tratar del mismo hecho (eadem res), y por último debe tratarse de los mismos fundamentos (eadem causa pretendi).

**En cuanto a la identidad personal**, responde al hecho que constituye una garantía individual, debido a que sólo aquella persona natural frente a la cual el Estado desplegó su potestad sancionadora pueda ser objeto de una nueva o paralela acción estatal.

**En cuanto a la identidad de hecho**, refiere a un hecho igualmente fáctico, y no a una identidad de calificación jurídica.

El Tribunal Constitucional peruano adopta una perspectiva fáctica cuando se refiere a la “identidad de hecho”, noción imprecisa si se tiene en cuenta que en los casos de concurso de infracciones penales, administrativas o penal/administrativa, un mismo hecho puede realizar dos o más infracciones sin que ello lesione el ne bis in ídem. En tales casos, aunque el hecho sea el mismo, sobre todo en el concurso ideal, no puede apreciarse un bis in ídem porque cada infracción obedece a un fundamento diferente, no existe identidad de fundamento, siendo posible imponer más de una sanción por el

“mismo hecho”. Esta constatación permite aseverar que lo decisivo en casos particularmente conflictivos, en lo que ya concurre la identidad de sujeto y hecho, es conocer si se sanciona o persigue al sujeto bajo el mismo fundamento. Así lo destaca el TC cuando señala que “el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”.

No obstante lo sostenido, debemos advertir que su delimitación conceptual presenta innumerables problemas por lo que considero que la semejanza de hechos debe darse en cuanto a la estructura básica de la hipótesis fáctica, es decir que en términos generales el hecho sea el mismo.

**En cuanto a la identidad de fundamento**, implica la exigencia de la presencia de bienes o intereses jurídicos de naturaleza distinta, que cada esfera normativa protege por su cuenta.

El Tribunal Constitucional peruano define la “identidad de fundamento” como “identidad de bien jurídico” o “identidad de interés protegido”, equiparación problemática porque la prohibición de bis in ídem no sólo debe regir para las infracciones penales que pueden interpretarse, al menos según la doctrina mayoritaria, conforme a la teoría de los bienes jurídicos. El derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, se rige más bien por “criterios de afectación general, estadística en todo caso”<sup>76</sup>, por ello la sanción administrativa no requiere la verificación de la lesión o puesta en peligro de bienes

---

<sup>76</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte general. Lima, Ara 2003, p. 72

jurídicos, generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación, “aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen”.<sup>77</sup>

El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido: “(...) el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.” (STC EXP. N° 2050-2002-AA/TC Fundamento 19). Asimismo, el Tribunal Constitucional refiere: “En el presente caso, más allá de que resulta evidente que el recurrente ha iniciado el presente proceso con el propósito de que la sede constitucional revise la actuación probatoria que llevó a la jurisdicción penal militar policial al imponer una sanción penal, no se evidencia la afectación del principio *ne bis in idem* en la medida que si bien pudiera existir identificación de persona e identidad de hechos (fojas 3 y ss.), no existe identidad de fundamento o contenido de lo injusto (pues no existen dos sanciones administrativas, ni dos sanciones penales, sino una sanción administrativa y una sanción penal), de modo tal que debe desestimarse la demanda” (STC EXP. N° 00361-2010 -PA/TC Fundamento 5)

El principio del *non bis in idem* no se vulnera cuando existen fundamentos diferentes en los casos de concurrencia de pena y sanción administrativa, siempre en cuando exista una relación de sujeción especial, como es el caso de los procedimientos administrativos por responsabilidad funcional dirigido contra funcionarios y servidores de la administración pública, las cuales tiene por finalidad garantizar el interés general

---

<sup>77</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte general. Lima, Ara 2003, p. 72

y la moral administrativa<sup>78</sup> como garantía del buen funcionamiento del servicio.<sup>79</sup>

Belen Jalvo, en relación a la inaplicación del non bis in ídem refiere: “Así, se entiende que no existe vulneración del principio non bis in ídem porque la sanción penal y la sanción disciplinaria protegen bienes jurídicos distintos. El hecho de que los delitos castigados hayan tenido en cuenta la condición de funcionario del sujeto activo, no significa que los bienes protegidos por éstos coincidan con los propios de la sanción disciplinaria”.<sup>80</sup>

Asimismo, Guzman Napurí, sostiene: “Ahora bien, cierto sector de la doctrina considera que el principio de no bis in ídem admite excepciones a nivel de procedimiento disciplinario, dada la discutible aplicación del concepto de relación de sujeción especial. Esta última consideración parece ser de aplicación en materia de responsabilidad de la Administración Pública fundamentalmente por aplicación del principio de autonomía de responsabilidades consignando en el artículo 243° de la Ley N° 27444 (...)”.<sup>81</sup>

La doctrina ha destacado la estrecha relación entre el ne bis in ídem material y la garantía de la cosa juzgada prevista en

---

<sup>78</sup> El Tribunal Supremo español se ha pronunciado en la SSTS de 23 de enero de 1978: “(...) el significado eminentemente ético del Derecho Disciplinario, en cuanto que su objetivo primordial mas que el restablecimiento del orden social quebrantado es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativa y la garantía de la normal actuación de los funcionarios de la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les este encomendado, y que su actividad como tal se desarrolle en el marco que le fije la ley; y por ello, el Derecho sancionador disciplinario, predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar aspecto este último reservado a la jurisdicción penal y de hay que no repugne la coexistencia de ambos tipos de corrección (...)”.

<sup>79</sup> García Caverio al respecto señala: “Pero así como se ha hecho evidente la necesidad de impedir una doble sanción en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa en los casos de una relación de sujeción general, la opinión mayoritaria sostiene también que la duplicidad de sanciones resulta legítima cuando la sanción administrativa se funda en la vulneración de una relación de sujeción especial, especialmente cuando se trata de funcionarios públicos (...)”

<sup>80</sup> MARINA JALVO, Belén. Derecho disciplinario y potestad sancionadora de la Administración. Madrid: Lex Nova, 3ª ed., 2006, p. 199.

<sup>81</sup> GUZMAN NAPURÍ, Christian. Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo” Lima: Editorial Caballero Bustamante, 2011, p. 833



el artículo 139.13 de la Constitución y en el artículo 90 del Código Penal, pero la cosa juzgada no agota los alcances del principio de ne bis in ídem el cual se extiende incluso a las sanciones administrativas, aunque no exista una sentencia judicial firme.

### **3.2.2.2. CONFIGURACIÓN PROCESAL**

El principio del ne bis in ídem en su manifestación procesal implica la imposibilidad de iniciar un proceso penal basado en la imputación de un injusto respecto del cual, en un proceso anterior, existe cosa juzgada.

La manifestación procesal del ne bin ídem se encuentra consagrada en el artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política de 1993. El Tribunal Constitucional al respecto ha señalado: “En su vertiente procesal, tal principio significa que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)”. (STC EXP. N° 2050-2002-AA/TC Fundamento 19)

El desarrollo del ne bis in ídem procesal en la jurisprudencia peruana ha tomado en cuenta la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de septiembre de 1997, relativa al caso de María Elena Loayza Tamayo contra el Estado Peruano, la cual estableció que si la jurisdicción militar valoró las pruebas de la conducta imputada y se pronunció sobre los hechos objeto de la acusación, no se permite una posterior persecución, por la misma conducta,

mediante la jurisdicción común.<sup>82</sup> San Martín Castro, comentando el fallo sub litis expresa: "(...) constituye, en buena cuenta, la consagración jurídica del ne bis in ídem procesal, que proscribe no la doble sanción sino, propiamente, el doble enjuiciamiento, la posibilidad de que a un individuo se le someta a un doble riesgo real".<sup>83</sup>

Asimismo, y en modo semejante, el Tribunal Constitucional resolvió el caso Dante Damas Espinoza (STC EXP. N° 109-98-HC/TC), indicando que el sobreseimiento dictado por la jurisdicción penal ordinaria, que calificó las infracciones imputadas como delitos comunes, impide la realización de otro proceso conducente a una condena ante la jurisdicción militar. El Tribunal, con adecuado criterio, estimó que el principio "non bis in ídem" (sic), aunque carece de reconocimiento constitucional expreso, "constituye una garantía inmanente al contenido esencial del derecho al debido proceso penal", el cual deriva del art. 139.3 de la Constitución y del art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos . La Corte Constitucional expresó asimismo que el art. 139.13 de la Carta Magna reconoce la cosa juzgada o res iudicata, la que, más allá de ser un principio que informa la actuación funcional de los órganos jurisdiccionales, también guarda estrecha relación con el debido proceso, de forma que "supone, a título de derecho constitucional, la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia" . Tal conclusión del Tribunal, aunque marcó un camino importante de cara a la interdicción del bis in ídem, era imprecisa pues no se trataba de prohibir en general el juzgamiento múltiple por los mismos hechos, lo que

---

<sup>82</sup> Sección XV, Fundamentos 66ss

<sup>83</sup> SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Volumen I, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003, p. 106

sería válido por ejemplo en el concurso ideal de infracciones, y es que el ne bis in ídem impide la persecución y sanción múltiples por el mismo contenido de injusto.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha quedado zanjada en la sentencia de 16 de abril de 2003, exp. N° 2050-2002-AA/TC, donde señala que “En su vertiente procesal, tal principio significa que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)” . Y en cuanto al fundamento constitucional, siguiendo la línea de la citada sentencia de 2 de julio de 1998 y lo expuesto por un sector de la doctrina , el TC señala que “El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del ne bis in ídem "procesal", está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución”, añadiendo que “Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: “(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: (...) 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos””.

La presente perspectiva ha sido ratificada por las SSTC de 14 de abril de 2003, exp. N° 0729-2003 HC/TC y de 24 de noviembre de 2004, exp. 2868-2004-AA/TC, que además se remiten al art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo a ley y el procedimiento penal de cada país”. Pero a diferencia de la STC de 16 de abril de 2003, en éstas la Corte Constitucional, señala que el principio de ne bis in ídem, incluyendo su perspectiva material deriva del derecho al debido proceso, la STC de 14 de abril de 2003 en particular sostiene que “el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (non bis in ídem), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso”.

#### **4. EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM PROCESAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHO HUMANOS**

El principio del ne bis in ídem se encuentra prevista en los principales instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

El artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala: “4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha formulado sustanciales pronunciamientos sobre el principio del ne bis in ídem.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostiene que el principio del ne bis in ídem “(...) busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”, confiriendo la Convención Americana un beneficio amplio a la víctima al utilizar la expresión "los mismos hechos" y no "el mismo delito".<sup>84</sup> Asimismo, ha reiterado que el principio ne bis in ídem se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada en su jurisprudencia.<sup>85</sup>

El principio ne bis in ídem fue aplicado por primera vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Caso Loayza Tamayo Vs. Perú (1997), considerando al Estado peruano responsable por la violación al artículo 8.4 de la Convención, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar.<sup>86</sup> La Corte IDH ha ido robusteciendo su jurisprudencia sobre los límites y alcances de la justicia militar, reiterando que su aplicación a civiles viola las normas del debido proceso establecidas la Convención Americana sobre el derecho a un juez competente, independiente e imparcial (artículo 8.1).<sup>87</sup> Por lo tanto, en casos posteriores al de Loayza, los alegatos referentes a la violación al principio ne bis in ídem cuando una de las sentencias es pronunciada por un juez militar, se han subsumido en violaciones al debido proceso (artículo 8.1).<sup>88</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que el principio ne bis in ídem no es absoluto, no resultando aplicable ante los siguientes supuestos: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho

---

<sup>84</sup> Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Fondo, párr. 66

<sup>85</sup> Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Fondo. Caso Mohamed Vs. Argentina, Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>86</sup> Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Fondo, párr. 77

<sup>87</sup> Caso Durand y Ugarte, Vs. Perú. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Fondo. párr. 117; Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Sentencia de 26 septiembre de 1999. Fondo, párr. 151; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 128; Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>88</sup> Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Fondo, párr. 140.

internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.<sup>89</sup>

Asimismo, en el Caso Almonacid, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló que el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in ídem* para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables de un crimen de lesa humanidad.<sup>90</sup> Por lo tanto, cuando la sentencia sea pronunciada en las circunstancias indicadas arriba se produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta", siendo posible re-abrir las investigaciones si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos. Incluso, "si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in ídem*."<sup>91</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en casos posteriores sobre detenciones arbitrarias y desapariciones forzadas, ha reiterado estos criterios, indicando que el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantienen la impunidad, e iniciar las investigaciones que sean necesarias para determinar a las personas responsables de las violaciones, sin que se pueda argumentar como excusa el principio *ne bis in ídem*.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 154.

<sup>90</sup> Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 151. El caso se refiere a la presunta falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del Decreto Ley N° 2.191, Ley de Amnistía, adoptada en 1978 en Chile.

<sup>91</sup> La CIDH consideró que la causa penal fue llevada por tribunales que no guardaban la garantía de competencia, independencia e imparcialidad. Por lo tanto, la aplicación del Decreto Ley N° 2.191 consistió en sustraer a los presuntos responsables de la acción de la justicia y dejar el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano en la impunidad. En consecuencia, el Estado no puede auxiliarse en el principio de *ne bis in ídem*, para no cumplir con lo ordenado por la Corte.

<sup>92</sup> Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 237, b).

## 5. EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM PROCESAL EN EL DERECHO COMPARADO

### 5.1. ESPAÑA

El principio del ne bis in ídem o prohibición de doble castigo no se prevé en forma expresa, aunque el Tribunal Constitucional lo considera implícito en el artículo 25.1 de la Constitución, por su conexión con el de legalidad y tipicidad, tal y como lo expresó desde su sentencia 2/1981, de 30 de enero hasta la fecha.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 2/1981, de 30 de enero, indica que el principio del ne bis in ídem encuentra su fundamento en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones o sanciones, erigiéndose en garantía de los derechos fundamentales del ciudadano frente a las arbitrariedades del poder público.<sup>93</sup>

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha deducido del artículo 25.1 de la CE, el reconocimiento del principio sólo en su aspecto material pero no procedimental, ya que se refiere a sanciones y no al procedimiento de imposición de las mismas.

Sin embargo, el mismo Tribunal, en más de alguna sentencia, ha declarado que la vertiente material del ne bis in ídem tiene también importantes implicaciones procedimentales. “A estas reglas formales suele referirse el propio TC como la “vertiente procedimental” del non bis in ídem (material).<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Todas estas sentencias y autos aluden a la garantía non bis in ídem como un derecho fundamental, ATC 389/ 1988, de 24 de marzo; ATC 648/ 1988, de 23 de mayo; STC 66/1986, de 23 de mayo; STC 94/1986, de 8 de julio; STC 107/1989, de 8 de junio; STC 154/1990, de 15 de octubre; STC 234/1991, de 10 de diciembre; STC 204/ 1996, de 16 de diciembre; STC 221/1997, de 4 de diciembre; STC 2/2003, de 16 de enero; STC 229/2003, de 18 de diciembre; ATC 239/2003 de 14 de julio; ATC 277/2003, de 25 de julio; ATC 357/2003, de 10 de noviembre; ATC 141/2004, de 26 de abril; STC 180/2004, de 2 de noviembre; STC 188/2005 de 7 de julio; STC 334/2005, de 20 de diciembre; STC 48/2007, de 12 de marzo; STC 91/2008, de 21 de julio. En similar sentido hace referencia al non bis in ídem como un principio la STS de de enero de 2012 (Ref. lustel: §345788).

<sup>94</sup> ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Principio non bis in ídem” en LOZANO CUTANDA B. (dir.), Diccionario de sanciones administrativas, Madrid, lustel, 2010, p. 762

Ahora bien, no obstante la ausencia de una regulación expresa en la Constitución Política, el legislador estatal como el autonómico establecen el principio non bis in ídem en diferentes normas como se muestra a continuación:

Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su Título IX del artículo 133 señala: “Concurrencia de sanciones. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

Con mayor especificación lo enuncia el Reglamento estatal aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (REPEPOS), el cual dispone lo siguiente: “Artículo 5. Concurrencia de sanciones.- El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

En lo que respecta a la legislación autonómica se pueden observar las siguientes leyes que consagran el principio non bis in ídem.

Ley de la Potestad Sancionadora del País Vasco, estipula la regla jurídica de la siguiente manera: “Artículo 18. Non bis in ídem. 1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento”.



De igual forma pero con algunos matices se presenta el artículo 5 del Reglamento Catalán sobre procedimiento sancionador (aprobado por Decreto 278/1993, de 9 de noviembre); el artículo 7 del Reglamento del procedimiento a seguir por la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en ejercicio de la potestad sancionadora (Decreto 189/1994, de 10 de diciembre); artículo 3 del Reglamento de procedimiento sancionador de Castilla y León (Decreto 189/1994, de 25 de agosto); artículo 2 del Reglamento madrileño de procedimiento sancionador (Decreto 245/2000, de 16 de noviembre); el artículo 6 del Reglamento de procedimiento sancionador de la Comunidad de Extremadura (Decreto 9/1994, de 8 de febrero); el artículo 21.1 del Reglamento aragonés que regula el procedimiento administrativo sancionador (aprobado por el Decreto 278/2001, de 30 de enero).

En algunas leyes sectoriales también se encuentra establecido el principio non bis in ídem, aunque regularmente resulta ser una reiteración de lo establecido en la regulación básica como se podrá observar a continuación en las siguientes leyes: La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes apunta en su artículo 72.2 lo siguiente: “La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento”. De igual forma se muestran las siguientes leyes. El Artículo 46 .2, párrafo segundo del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otra leyes complementarias

estipula: “En ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos”. En similar sentido se expresa la Ley Orgánica 6/1985, del poder judicial en su artículo 415.3 que señala lo siguiente: “Sólo podrán recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y bien jurídico protegido”. De igual manera se expresa el artículo 4 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; artículo 33 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>95</sup>; el artículo 37.4 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y de la Fauna; el artículo 41.6 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía<sup>96</sup>, entre muchas más.

El problema que se presenta en esta normativa es, a veces, la diversidad de soluciones que se otorgan en cada sector, produciendo contradicciones entre las mismas. Lo ideal sería una regulación más específica de la LRJPAC, quizá de esta manera se evitarían contradicciones o al menos se reducirían en un gran número.

## **5.2. COLOMBIA**

El Constituyente de 1991 consagró el principio del ne bis in ídem en el artículo 29, inciso 3 in fine, cuyo texto señala: "Quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

El constituyente no sólo introdujo la prohibición de doble sanción, sino

---

<sup>95</sup> “En ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos”.

<sup>96</sup> “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido ya sancionados penal o administrativamente y en los que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento

también de doble procesamiento, en pro de la seguridad jurídica<sup>97</sup>, de manera tal que en cualquier momento procesal se puede invocar esta máxima, si está demostrado que se reúnen los requisitos de ley.

Alvares y Ramírez al respecto señalan: “Para que ello fuera posible se suscitaron varios debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente. De hecho, si bien en la sesión del 15 de junio de 1991 se aprobó el artículo 29 constitucional tal como hoy lo conocemos, en el primer proyecto presentado al respecto (cuyo autor fue el Gobierno Nacional), se manifestaba que todo acusado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa. Posteriormente los constituyentes Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño presentaron un nuevo proyecto, el cual, si bien desarrollaba el debido proceso, no contenía alusión alguna a la posibilidad de doble juzgamiento. Lo mismo ocurrió con el proyecto que posteriormente presentara Alfredo Vásquez Carrizosa”.<sup>98</sup>

El principio del non bis in ídem no es un descubrimiento del Constituyente de 1991, pues en legislaciones expedidas en el marco de la CN de 1886 ya se hablaba de él y de la cosa juzgada. Así, por ejemplo, en el código penal de 1980 -CP- (art. 9º), código penal militar -CPM- (art. 9º), CPP de 1987 (art. 17), y, CPP de 1971 (arts. 30 y 115), entre otras, aunque no faltaron intérpretes que entendieran el ne bis in ídem como una derivación del principio de legalidad.

El desarrollo legal del principio del ne bis in ídem se encuentra en el Código de Procedimiento Penal -CPP- (Ley N° 906 de 2004), y en el Código Disciplinario Único, Ley N° 734 de 2002.

La ley N° 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, señala en su artículo 21 la cosa juzgada como principio rector del procedimiento penal y en virtud de éste aquella persona cuya situación jurídica hubiere sido definida mediante sentencia ejecutoriada o cualquiera otra providencia con la misma

---

<sup>97</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia al respecto: sentencia C-214 de 1994.

<sup>98</sup> RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes y ÁLVAREZ, Paola. El principio non bis in ídem en el derecho disciplinario del abogado, en Colombia. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122015000100010&script=sci\\_arttext#12](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122015000100010&script=sci_arttext#12)

fuerza vinculante, no podrá ser nuevamente juzgada o sometida a investigación por los mismos hechos.

La norma en comento consagra como excepción que se trate de decisión obtenida con fraude o violencia; pronunciada en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario o que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia.

La Ley N° 734 de 2002, Código Disciplinario Único, consagra el principio del ne bis in ídem como principio de ejecutoriedad en virtud del cual al destinatario de la acción disciplinaria no se le puede someter a doble investigación y juzgamiento por unos mismos hechos, aun cuando se denominen de manera diferente, excepto para el caso de los fallos sancionatorios, en el que procede la revocatoria directa, figura que puede servir como compuerta para que la corrupción pague favores políticos<sup>99</sup>.

Legislativamente está previsto que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal, es decir la una y la otra se ejercen - investigación, sanción y ejecución- independientemente de los hechos que se traten, o dicho de otro modo, un hecho ilícito pueda dar origen a investigaciones y sanciones disciplinarias y penales, sin que se vulnere el principio del non bis in ídem. Igual situación está barruntada para los eventos de infracción a los códigos deontológicos, como ocurre con el Estatuto de la Abogacía (Decreto 196 de 1971, art. 71) y de la Ética Médica (Ley 23 de 1981, arts. 52 y 76), pues si los investigadores llegan a observar que el hecho puede ser constitutivo de delito, compulsarán las copias para que se adelante por la autoridad correspondiente el averiguatorio.

---

<sup>99</sup> BULA ROMERO, Jairo Enrique. Derecho Disciplinario: ley N° 734 de 2002, (código disciplinario único) ley N° 836 de 2003 (Código Disciplinario de las FF.MM.): práctica forense disciplinaria, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2006, p. 43

### 5.3. BRASIL

La prohibición del *ne bis in ídem* recibió en el derecho brasileño un tratamiento significativamente más amplio, como postulado general de equidad destinado a colmar las lagunas del sistema positivo siempre que se esté ante situaciones en las que se pretende dos veces lo mismo. De esta forma, aparece como recurso del que se sirve el intérprete -como parámetro objetivo de Justicia-<sup>100</sup> para impedir innumerables formas de doble exigencia o imposición “de lo mismo” que impliquen violación de la seguridad y la proporcionalidad<sup>101</sup> a las que sirve el axioma. La Corte Suprema brasileña, siguiendo este criterio más amplio, en diversas ocasiones ha aplicado la prohibición de *bis in ídem* más allá del contexto del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador, como se ilustrará a continuación de forma ejemplificativa.

En el ámbito del Derecho concursal, en el RE n.º 116.288/PR, cuyo ponente fue el magistrado Carlos MADEIRA, j. 14.06.88, la sección segunda aplicó la prohibición de *bis in ídem* a los efectos de evitar que se aplicara dos veces la corrección monetaria, alegando que “el supuesto de los autos, sin embargo, configura un *bis in ídem*: la parte recurrente pretende que los títulos habilitados en la quiebra, cuyas cuantías se expresan en las obligaciones del Tesoro Nacional, se conviertan en moneda corriente y sean corregidos. Ahora bien, la corrección monetaria se aplica en los procesos de quiebra y concurso de acuerdo con la Ley n.º 6.899/81, que basa el cálculo respectivo en el valor de la OTN. La deuda se expresa en obligaciones del Tesoro Nacional, claro que, en el día que se hagan efectivas, se calculará por el valor del título entonces vigente, lo que implica una verdadera corrección monetaria”.

En el plano procesal civil, el STF ya se mostró a favor de tratar el tema de la prohibición de *bis in ídem* frente a la doble interposición de recursos, como se ve en el RE n.º 98.763/RJ, cuyo ponente, el magistrado SOARES

---

<sup>100</sup> NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 401.

<sup>101</sup> En apoyo de la relación entre la prohibición de *bis in ídem*, la seguridad jurídica y la proporcionalidad: LORENTE, José Muñoz, La nueva configuración del principio *non bis in ídem*. Madrid: Eoiuris, 2001, p. 85.

MUÑOZ, j. 13.05.83, sección primera, dice rechazar el segundo recurso, que considera inadmisibile, dada la interposición del primero, declarando que “hay, entre el recurso de amparo y el anterior recurso extraordinario n.º 99.686-9, que esta sección primera no conoció, en la sesión celebrada el pasado doce de abril, manifiesto bis in ídem, pues ambos atacan la sentencia de la 7.a Cámara del Primer Tribunal de Apelación del Estado de Río de Janeiro que permitió que se prestara caución mediante el depósito de los bienes recurridos”.

En el ámbito del proceso civil, el RE - ED - ED n.º 94.487, es oportuno referir la decisión de ponencia del magistrado Alfredo BUZAID, autor del Código de Proceso Civil brasileño (j. 21.05.82, sala primera), que deja claro el criterio de la prohibición de bis in ídem como informador de la institución de la preclusión, como forma para evitar la repetición de cuestiones ya entabladas y superadas en el curso de un determinado proceso. En este caso, se asentó que “el proceso civil camina hacia delante, mediante la superación de las cuestiones precluidas, no vuelve hacia atrás (...) si no hay en la nueva sentencia dictada en los recursos de aclaración, oscuridad, duda, contradicción u omisión, son inadmisibles nuevos recursos aclaratorios, porque habría bis in ídem”.

En el ámbito sancionador tributario (cuyo estudio se detallará a lo largo del presente trabajo), el STF ya decidió anular una multa fiscal por mora al considerar que se superponía a la corrección monetaria y que, por lo tanto, era contraria a la prohibición de bis in ídem, puesto que, según el voto del ponente BILAC PINTO, ambas tienen idéntico fundamento, conforme el RE n.º 80.093/SP, cuyo magistrado ponente es BILAC PINTO, juzgado el 02.04.75, por el pleno. En su voto, el magistrado BILAC PINTO aclara el criterio adoptado, orientación que se adoptó en otros procesos, y que se fundamenta en una noción de proporcionalidad, señalando que “la superposición de la multa por demora y los "aumentos" debidos a la corrección monetaria y las cargas procesales, representan una acumulación de agravaciones sucesivas y desproporcionadas de la carga tributaria, que caracteriza una forma de abuso del poder fiscal del Estado (...) si las dos

instituciones tienen la misma finalidad y la multa por demora pertenecía al sistema de penalización del contribuyente en un momento en el que no existía la corrección monetaria, considero que el cobro acumulativo de esos dos recargos —corrección monetaria y multa por demora— caracteriza un abuso de poder fiscal del Estado, que el poder judicial debe evitar. Para corregir este *bis in ídem*, tendremos que considerar inexigible la multa por demora”.

En el campo del Derecho civil, hay sentencias del STF<sup>102</sup> que tratan el tema de la acumulación de indemnizaciones pecuniarias derivadas de responsabilidad civil por accidente. De esta forma, la caracterización del *bis in ídem* fue una materia muy analizada en el Tribunal, lo que dio lugar a la divergencia entre el magistrado CUNHA PEIXOTO —que entendía que la cuantía relativa al tratamiento psiquiátrico de la neurosis provocada por el accidente no podía acumularse a la indemnización concedida por incapacidad—, y el magistrado SOARES MUÑOZ —que opinaba que ambas eran perfectamente acumulables y justificables—.

Según el magistrado ponente CUNHA PEIXOTO: “Tampoco puede prevalecer la cuantía destinada a tratamiento psiquiátrico, pues de lo contrario se pagaría dos veces. De hecho, para calcular la indemnización del 100% del salario de la víctima, el perito tuvo en consideración la circunstancia especial de su neurosis, como consecuencia de la pérdida total del brazo izquierdo”. El magistrado SOARES MUÑOZ, como contraposición a lo anterior, sostuvo la inexistencia de *bis in ídem*: “Diverjo, solo, con relación a la cuantía referente al tratamiento psiquiátrico. Entiendo que no hay *bis in ídem* entre esa condena y la resultante de la incapacidad parcial. No siempre la incapacidad parcial determina neurosis. Si se determina, ese hecho da origen a la necesidad del tratamiento y la víctima tiene derecho al resarcimiento o la indemnización, para asumir los gastos farmacéuticos y médicos que sean necesarios”.

Aún en el campo del Derecho civil y la responsabilidad civil, el STF ya ha tenido ocasión de entender que se ha caracterizado violación del principio

---

<sup>102</sup> RE 88.443/RJ, Mag. Pon. CUNHA PEIXOTO, j. 07.03.78, Sección Primera.

ne bis in ídem cuando se acumula indemnización por daño moral con indemnización por daño estético, ya que la primera estaría implícita en la segunda<sup>103</sup>.

En el contexto del Derecho del trabajo, existe una interesante sentencia del STF que aplica la prohibición de bis in ídem en caso de despido de un trabajador que pretendía que se garantizara su derecho a la estabilidad en el empleo (existente en el contexto de la Constitución de 1969, artículo 165, XIII), de forma acumulativa al derecho a la indemnización compensatoria establecida por la Constitución de 1988, precisamente, en sustitución de la antigua garantía de estabilidad. En este caso, se entendió que lo que la Constitución actual garantiza es el derecho a la indemnización compensatoria por el despido arbitrario o improcedente, con el que no puede acumularse el derecho a la estabilidad permanente o se caería en un bis in ídem inadmisibles<sup>104</sup>. Se rechazó la acumulación, pues ambas tenían el mismo fundamento o causa, aunque, ontológicamente, la estabilidad y la indemnización constituyan formas distintas de garantía.

En el ámbito del Derecho administrativo, el STF ha tenido la oportunidad de, en repetidas ocasiones, invocar la prohibición de bis in ídem para evitar la acumulación de suplementos a la remuneración. A modo de ejemplo, se decidió que el hecho de que el funcionario público recibirá un suplemento bienal y otro por tiempo de servicio era contrario a la prohibición de bis in ídem, puesto que —como en el ejemplo anterior— el fundamento de

---

<sup>103</sup> RE 93.169/RJ, Mag. Pon. Rafael MAYER, j. 18.11.80, Sección Primera.

<sup>104</sup> En el resumen de la sentencia consta: “No existencia de violación del artículo 7, XXX, de la Constitución, el cual ni por interpretación extensiva ni por aplicación analógica se aplica al supuesto de despido que tiene un tratamiento específico, en lo que respecta al despido discriminatorio, en el inciso I de ese mismo artículo 7 que protege contra él, protección está regulada de forma provisional en los incisos I y II del artículo 10 del ADCT, que no es norma de excepción, sino transitoria. - La Constitución de 1988 no establece ninguna excepción expresa que conduzca a la estabilidad permanente, ni es posible admitirla por interpretación extensiva o por analogía, visto que, como deriva, de forma inequívoca del inciso I del artículo 7 de la Constitución la protección que da a la relación laboral contra el despido arbitrario o improcedente es la indemnización compensatoria que la ley complementaria tendrá necesariamente que prever, además de otros derechos que establezca, excepto, evidentemente, el de estabilidad permanente o plena que daría margen a un bis in ídem inadmisibles con la indemnización compensatoria como además se ve en la regulación provisional que se encuentra en los incisos I y II del artículo 10 del ADCT. Recurso extraordinario no admitido” (RE 179.193/PE, Mag. Pon. Ilmar GALVAO, j. 18.12.96, Pleno).



ambas era el mismo hecho (el tiempo de servicio público)<sup>105</sup>. Cabe resaltar que, de esta forma, el STF pasa por encima de la circunstancia de que ambos están previstos en títulos legales distintos, para dar prioridad a la coherencia lógica del sistema.

En el ámbito del Derecho administrativo sancionador, la aplicación de la prohibición de bis in ídem en el ordenamiento brasileño fue tan intensa que el STF llegó a sintetizar la jurisprudencia al respecto, en forma de las denominadas súmulas. Así la Súmula n.º 19 señala que “es inadmisibles una segunda sanción de funcionario público, basada en el mismo proceso en el que se basó la primera”. No obstante, la redacción del enunciado no aboga por la técnica, pues se limita a impedir la acumulación de sanciones derivadas de un mismo proceso (cuando lo ideal sería impedir la acumulación de sanciones basadas en el mismo hecho).

La impropiedad en la redacción de la Súmula n.º 19 no tardaría en generar efectos nefastos. En el RE n.º 70.414 (magistrado ponente Adalício NOGUEIRA, j. 20.11.1970), se trataba un caso en el que se aplicó una pena de despido a un empleado del ayuntamiento que, por la misma falta, ya había sido castigado con pena de suspensión. La sentencia evita que se aplique la prohibición de bis in ídem por considerar inaplicable la Súmula n.º 19 que, según se afirmó “encierra una prohibición diferente. Veda la segunda sanción basada en el mismo proceso. El despido al que se opone el recurrente fue la única penalización, derivada de la investigación administrativa llevada a cabo. Para lo anterior, de suspensión, no la hubo”. De forma inusitada, en la sentencia, el STF acogió el argumento de que no existía bis in ídem basándose en el siguiente y singular fundamento (extraído del voto del magistrado Adalício NOGUEIRA, que afirma lo siguiente): “El recurrente no fue sancionado dos veces en el mismo proceso, porque, según parece, la primera sanción se llevó a cabo sin proceso, aunque fue por el mismo hecho”.

---

<sup>105</sup> RMS - AgR 23.481/DF, Mag. Pon. Celso de MELLO, j. 25.09.01, Sección Segunda.

Por otro lado, sucesivas sentencias aplican el referido enunciado, al versar sobre varias formas de sanción cuya acumulación se prohíbe. Entre ellas, es digno de mención el MS n.º 23.382/DF, cuyo magistrado ponente es MOREIRA ALVES, j. 27.3.03, en pleno, en el que se adoptó un criterio más amplio, que valorizaba la sustancia sobre la forma, a efectos de entenderse que la pena de apercibimiento no se puede acumular, cuando se dan los mismos hechos, con la pena de despido, aunque la autoridad que determinó la aplicación de la segunda pena fuera otra y no tuviera conocimiento de la primera: "Por lo tanto, sin la anulación de la pena de apercibimiento que, en el ámbito ministerial, se aplicó al demandante, no podría el demandado, aunque ignorase la aplicación de la referida pena, imponerle, por los mismos hechos, el despido, que, además, debería haberse precedido de la anulación de la jubilación. De esta forma, se caracteriza el bis in ídem, y ha de aplicarse la Súmula n.º 19 de este Tribunal: "No es admisible una segunda sanción del funcionario público, basada en el mismo proceso en el que se fundamentó la primera"".

En otra sentencia de Derecho administrativo sancionador, la cuestión del ne bis in ídem surge de nuevo, pero a efectos de evitar la aplicación de la máxima y la Súmula n.º 19. En el caso, el STF sentó jurisprudencia en el sentido de que, al haber aplicado la primera sanción una autoridad incompetente y, en consecuencia, tratarse de sanción nula, nada impide aplicar al sujeto infractor una segunda sanción, sin que ello suponga la violación de la Constitución<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> RESUMEN DEL FALLO: Funcionario público: sanción administrativa: ne bis in ídem (Súmula n.º 19): inexistencia. Aunque se hayan aplicado las sanciones de suspensión y despido de forma sucesiva sobre el mismo hecho, no se configura bis in ídem, prohibido por la Súmula n.º 19, si, para aplicar el despido, el presidente de la República anuló previamente la suspensión, por incompetencia de la autoridad inferior que la había impuesto (MS 23.146/MS, Mag. Pon. Sepúlveda PERTENCE, j. 19.08.99, Pleno).

<p style="text-align: center;"><b>CAPÍTULO II</b></p> <p style="text-align: center;"><b>LA DISPOSICIÓN FISCAL DE INICIO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE DENUNCIA ARCHIVADA</b></p>
---

**1. EL PRINCIPIO ACUSATORIO**

El Perú se encuentra en un momento viviendo un momento trascendental en lo concerniente a la administración de justicia penal, dada la implementación paulatina de un número cuerpo normativo procesal que introduce un nuevo modelo: el sistema procesal acusatorio con tendencia adversarial.

El sistema procesal acusatorio es propio de regímenes democrático-liberales, como el Perú. Adopta los principios de relevancia de la acusación, imparcialidad del juez, presunción de inocencia y esclarecimiento judicial de los hechos; así como la oralidad, inmediación, concentración, economía procesal, publicidad y contradicción en el proceso. Al mismo tiempo, debe establecer mecanismos jurídicos para garantizar los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, sin perjuicio de la implementación de criterios de oportunidad, esto es, la descriminalización de hechos punibles, con la finalidad de evitar la aplicación del poder del Estado donde otras formas de reacción frente a la conducta reproachable pueden alcanzar mejores resultados, consistentes en la adecuación social del hecho, la culpabilidad mínima del autor y la ausencia de prisión preventiva, y la eficiencia del sistema penal a través de la implementación de la denominada “Justicia Alternativa” y de mecanismos autocompositivos.

El sistema procesal acusatorio evita que el uso de un poder degenera en abuso; del principio de separación de las funciones procesales, derivan las características esenciales del sistema acusatorio, que lo coloca estructuralmente en una posición de neta contraposición lógica a los caracteres que connotan el sistema inquisitorio.

El sistema procesal acusatorio se erige principalmente sobre la base del Principio Acusatorio, sin cuya presencia y observancia simplemente no puede hablarse de sistema propiamente dicho; situación que ha motivado incluso confundir

ambos instituciones, pese a halarse estrechamente vinculadas.

A continuación procederemos a efectuar un análisis del principio acusatorio, debido a que los principales efectos del referido principio están referidos al ámbito de actuación del Fiscal dentro del nuevo proceso penal.

### **1.1. DEFINICIÓN**

El Principio Acusatorio, según Díez-Picazo, y en referencia al proceso inglés, “(...) significa sustancialmente que los Tribunales carecen de facultades de actuación de oficio, porque éstas serían en puridad, incompatibles con la igualdad de los litigantes”.<sup>107</sup>

Guerrero Palomares señala: “El principio acusatorio significa, por tanto, una lucha Ínter partes, una pelea delante de un tercero que, no sólo muestra un desinterés en la causa y por los contendientes, sino que deberá abstenerse de realizar actuación alguna en pos de la certeza de una versión u otra de los hechos. Como consecuencia de ello, podemos afirmar que un verdadero proceso acusatorio no puede ser entendido sin la neutralidad.”<sup>108</sup>

Del Río Ferretti sostiene que el Principio Acusatorio es aquel que “(...) se ciñe a la separación de la función de acusación de las enjuiciadoras, las que deben ser atribuidas a sujetos distintos, y por tal motivo la acusación —el objeto del proceso— ha de ser planteada en juicio por un sujeto distinto del juez”.<sup>109</sup>

Ferrajoli señala que el Principio Acusatorio “(...) concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> GUERRERO PALOMARES, Salvador. Ob. Cit, p. 88.

<sup>108</sup> GUERRERO PALOMARES, Salvador. Ob. Cit, pp. 82-83.

<sup>109</sup> DEL RÍO FERRETTI, Carlos. La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del Derecho Español con el chileno. Tesis Doctoral. Universitat de Valencia. Valencia. 2007, p. 80.

<sup>110</sup> VANEGAS GONZÁLEZ, David. El Sistema Acusatorio. Bogotá: DIKE, p. 99

Armenta Deu sostiene que el Principio Acusatorio “(...) se resume en una idea, importante pero bien simple, “no hay proceso sin acusación”, lo que si bien se piensa comprende que “quien acusa no puede juzgar” (Wo kein Kläger, da kein Richter”). Con esta última matización se incide en mayor medida en el ámbito de la imparcialidad del juez, sin que ello permita entender que el derecho al juez imparcial obtiene tutela constitucional a través de la alegación de vulneración del principio acusatorio.”<sup>111</sup>

Vásquez Ramírez señala: “El principio acusatorio impone la distribución de los poderes de persecución penal, y por ello de las funciones asociadas a su ejercicio, implicando una triple separación entre las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento. a) Distribución de las funciones de acusación y decisión.- El principio acusatorio impone una distribución de los poderes que se despliegan en la etapa del juicio, impidiendo de que quién acusa y juzga sean una misma persona, exigiéndose la presencia de un acusador (fiscal) y de un Juez (quién decide). b) Distribución de las funciones de investigación y decisión.- En el sistema acusatorio se prohíbe de que quién instruye (investiga – Fiscal) pueda decidir el asunto (Juez)”.<sup>112</sup>

Por nuestra parte, **el Principio Acusatorio es aquel en el cual se encuentra plenamente identificadas y diferenciadas las funciones de los actores del proceso penal: la función de acusar es de competencia de las partes, generalmente por el Ministerio Público y, excepcionalmente, por los particulares afectados; la función de la defensa es de competencia exclusiva de la parte procesada; y, la función de juzgar es de competencia única y exclusiva del juez.**

---

<sup>111</sup> ARMENTA DEU, Teresa. La Reforma del Proceso Penal: Principios Irrenunciables y opciones de Política Criminal". En Revista Jurídica. Escola Superior Do Ministério Público de São Paulo. Volume 1 - Nº 2. Julho – Dezembro - 2001, p. 158.

<sup>112</sup> VÁSQUEZ RAMÍREZ, Jaime. Principios en el nuevo Sistema Procesal Penal peruano. Disponible en <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=699>

## 1.2. CONSECUENCIAS

La vigencia del Principio Acusatorio dentro de un determinado ordenamiento adjetivo penal, determina la producción de determinadas consecuencias.

Asencio Mellado al respecto señala: “(...) la doctrina suele básicamente coincidir en la asignación al modelo acusatorio formal o mixto de las siguientes notas: a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez. (...) b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador. c) Relativa vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes”.<sup>113</sup>

Castells y Crotti por su parte sostienen que el Principio Acusatorio se genera las siguientes consecuencias: “a) Diferenciación entre las tres funciones procesales (Juez, Fiscal y Defensor). b) Acusación propuesta y sostenida por una persona distinta del Juez y Defensa con derechos y facultades iguales a las del acusador. c) Decisión de un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte, frente al acusado en el proceso contradictorio”.<sup>114</sup>

Del Río Ferretti al respecto señala: “(...) el principio acusatorio impondría el cumplimiento de tres exigencias básicas, todas referidas a la introducción y fijación del objeto del proceso. La primera de ellas es que “no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad”. La segunda exigencia consiste en que “no puede haber juicio oral (o condena) si no hay acusación formulada por persona ajena al tribunal sentenciador”, manifestación del acusatorio que tiene directa

---

<sup>113</sup> ASECIO MELLADO, José María. Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. Lima: Fondo Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. 2008, pp. 12-13

<sup>114</sup> CASTELLS Alberto y CROTTI Susana I. El conflicto entre el Sistema Acusatorio y el Sistema Inquisitivo en la crisis institucional jurídica. Un análisis desde el punto de vista de las Ciencias Penales en dos novelistas contemporáneos: Camus y Kafka. Disponible en [http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/trabajos/castells\\_crotti\\_nro03.pdf](http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/trabajos/castells_crotti_nro03.pdf)

relación con la correlación y con la vinculación de la sentencia cuando el acusador pide la absolución o retira la acusación. En tercer lugar, del principio acusatorio se deriva el enunciado estricto de la correlación: “que no puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada”<sup>115</sup>.

Armenta Deu por su parte sostiene que el Principio Acusatorio comprende “a) La necesidad de la existencia de una acción como presupuesto del juicio y de la condena, lo que en primer término exige el previo conocimiento de la acusación formulada, proyectándose así sobre el derecho de defensa, en tanto, en segundo lugar, abarca un doble ámbito: de contenido, en cuanto la acusación es el objeto del proceso y de ahí que sus límites marcan la existencia y amplitud de la misma (correlación entre acusación y sentencia); y de forma, ya que la acusación deberá ser comunicada al sujeto pasivo en los términos que marca cada proceso desde el punto de vista formal ya analizado. b) La correlación entre acusación y sentencia, en cuanto ésta última no puede condenar por hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación, ni a sujeto diferente del aquél a quien se imputó y posteriormente se acusó, según la delimitación formal, en los escritos de calificación o acusación, a tenor de lo señalado líneas más arriba y; c) La prohibición de “reformatio in peius”, en cuya virtud, la exigencia de acusación se extiende a las diferentes instancias, sin que pueda entenderse que la existente en la primera sirva a tales efectos, y exigiéndose así la formulación en la segunda instancia a través de apelación principal o de adhesión a la misma.”<sup>116</sup>

Por nuestra, consideramos que **el Principio Acusatorio presenta las siguientes consecuencias: 1) el órgano al que le compete la función de acusar debe ser distinto del órgano al que le compete la función de juzgar o decidir (Juez); 2) la dependencia del juzgamiento a la existencia de una acusación vigente; 3) la división del proceso en etapa de investigación y etapa de juzgamiento, siendo la primera de competencia exclusiva del órgano al que le compete la función de acusar (Ministerio Público) y la**

---

<sup>115</sup> DEL RÍO FERRETTI, Carlos. Ob. Cit, p. 81.

<sup>116</sup> ARMENTA DEU, Teresa. Ob. Cit, p. 158.

**segunda de competencia exclusiva del órgano al que le compete la función de decisión (Juez); 4) la carga de la prueba de la responsabilidad penal del procesado es de competencia exclusiva del órgano al que le compete la función de acusar (Ministerio Público); y, 5ª) la relatividad de la vinculación del órgano juzgador a la pretensión de la parte acusadora.**

## **2. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL PERUANO**

La etapa de investigación preliminar procura la consecución de una serie de objetivos, expresamente delimitados en el artículo 321 del Código Procesal Penal:

- En primer lugar, reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula acusación o no; así la doctrina es unánime en considerar que los actos de investigación actuados por el Ministerio Público, no tienen contenido jurisdiccional. Así todo material recogido durante la investigación preparatoria tiene un carácter provisional, no definitivo, y destinado a preparar el ulterior juicio oral.<sup>117</sup> Los actos de investigación no constituyen pruebas, únicamente sirven para delimitar los hechos penales y sus circunstancias, pueden justificar la adopción de medidas limitativas de derechos; pero para quebrantar la presunción de inocencia es necesario actuar en juzgamiento pruebas necesarias e idóneas; en el mismo sentido el artículo 325 del Código Procesal Penal prescribe taxativamente que las actuaciones de la investigación preparatoria solo sirven para dictar resoluciones propias de la investigación y etapa intermedia, con las excepciones previstas en el citado artículo, ello trae como consecuencia, que el juzgador solo podrá establecer la responsabilidad penal del acusado en mérito de las pruebas actuadas en etapa de juzgamiento.
- En segundo lugar, determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima; uno de los requisitos para la formalización de la investigación

---

<sup>117</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Instrucción e Investigación Preparatoria. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Octubre del 2009, p. 72



preparatoria es la debida identificación e individualización del imputado, pues dicho sujeto procesal, puede ser objeto de medidas de coerción procesal: detención, prisión preventiva, impedimento de salida del país, suspensión preventiva de derechos, embargo, entre otras medidas reales.

En cuanto a la delictuosidad de la conducta investigada, sin duda que la investigación preparatoria, juega un rol importante, pues a través de esta el Fiscal Penal dilucida si está investigando un hecho con relevancia penal, indagara los hechos precedentes concomitantes y posteriores al evento delictivo; así mismo; también identificara a la persona agraviada por el hecho delictivo, investigara el daño ocasionado, solicitando oportunamente su resarcimiento en caso que el propio agraviado no se haya constituido como actor civil en el proceso penal.

La fase preliminar o preparatoria del proceso penal es una fase de investigación.

## **2.1. ACTUACIÓN PRINCIPAL: INVESTIGACIÓN**

La investigación, según Binder<sup>118</sup>, es una actividad eminentemente creativa, en la que se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre. Se trata pues, de la actividad que encuentra o descubre los medios que servirán como prueba en el proceso.

En la actuación del Ministerio Público en materia penal se destaca su intervención en la fase de investigación preliminar o policial, de la cual es su titular, bajo la denominada conducción de la investigación. La investigación preliminar del delito constituye una de las fases más importantes del proceso y el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a distintos momentos y cuestiones de orden procesal: “La Constitución establece en el artículo 159, inciso 1, que corresponde al Ministerio Público la misión de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los

---

<sup>118</sup> BINDER, Alberto. Iniciación al Proceso Penal Acusatorio, Lima: Alternativas, 2002, p. 45

intereses públicos tutelados por el derecho; asimismo, el inciso 5 del mismo artículo encarga al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte. En ese sentido, corresponde a los fiscales —representantes del Ministerio Público— hacer ejercicio de la titularidad de la acción penal pública y, una vez conocida la denuncia o noticia criminal, proceder a formalizarla ante el juez penal si lo estima procedente, conforme a lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo 52” (STC. EXP. N° 6167-2005-PHC/TC Fundamento §3. 25).

La existencia de la investigación preliminar a cargo del Fiscal sólo es posible y factible en el marco de un sistema penal inspirado en el principio acusatorio, ya que surge como consecuencia necesaria de la adopción de aquella forma de enjuiciamiento: al separar definitivamente la función requirente de la persona del Juez, encomendándosela al Ministerio Público (órgano natural para ejercer la pretensión represiva), resulta claro que la tarea preliminar al eventual ejercicio de la acción penal debe quedar en manos del mismo órgano requirente.<sup>119</sup>

Sánchez Velarde<sup>120</sup> señala que el Ministerio Público conduce, orienta la investigación del delito, ésta dirección va a significar una fórmula de estrategia de investigación desde una perspectiva técnico jurídica; va a significar también que el Fiscal ordene y oriente a la policía sobre los elementos de juicio investigatorios necesarios para sustentar válidamente la promoción de la acción penal; el fiscal le va a decir a la policía qué tipo de elementos probatorios se necesita que practique, se va a encargar de hacer los seguimientos, de practicar las pericias; se trata de una fórmula de dirección técnico jurídica pues el fiscal no va a actuar como policía ya que la policía obviamente se ha preparado estudiando Criminalística.

Ahora bien, esta investigación previa o preliminar (diligencias preliminares), así como la Investigación Preparatoria propiamente dicha, está

---

<sup>119</sup> NUÑEZ OJEDA, Raúl. La instrucción del Ministerio Público o fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 01, Lima 200, p. 252

<sup>120</sup> SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. La etapa investigatoria en el nuevo Código Procesal Penal, p. 32

conducida, dirigida por el Fiscal. Refuerza en el tema Rodríguez Hurtado<sup>121</sup>, cuando señala que el modelo acusatorio tratando de ser consecuente con la Constitución organiza el proceso para una eficaz tutela jurisdiccional a las víctimas y los procesados, así como para un debido proceso que nos dé un sistema de administrar justicia civilizada, pero en asuntos penales la Constitución es más exigente todavía porque la tutela jurisdiccional y al debido proceso le agregan otras características esenciales. La primera de ellas es el poder civil de investigación de los delitos; en la Constitución es clarísimo que los delitos deben ser investigados por un organismo civil no por organismos castrenses ni semicastrenses, la Constitución dice que la conducción de la investigación del delito desde su inicio corresponde a la Fiscalía, al Ministerio Público y la Policía Nacional debe acatar los mandatos de esta organización civil en la investigación de los delitos; eso es algo tremendamente transformador, decir pues, que la investigación de los delitos debe correr a cargo del fiscal quien la orienta y la conduce y que la policía debe acatar sus mandatos, pretende corregir lo que sucede ahora con una investigación imperfecta, carente de técnicas criminalísticas y absolutamente ineficaz.

## **2.2. RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN**

Al final de la investigación preliminar, corresponde al fiscal la calificación jurídico penal de los hechos investigados y dependiendo de las circunstancias propias del caso y de los elementos probatorios obtenidos podrá: i) formalización de la investigación preparatoria; ii) archivo definitiva de la investigación; iii) archivo provisional de la investigación; y, iv) reserva provisional de la investigación.

### **2.2.1. FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

La formalización de la Investigación Preparatoria se produce mediante la Disposición Fiscal respectiva, si aparecen indicios que revelen la existencia del delito, se ha individualizado al imputado, la

---

<sup>121</sup> RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. Medidas cautelares y contracautelares en el proceso penal, En IPEF - N° 8. Septiembre: 1997, pp. 40-41

acción no ha prescrito y se han satisfecho los requisitos de procedibilidad.

### **2.2.2. ARCHIVO DEFINITIVA DE LA INVESTIGACIÓN**

La Disposición Fiscal de Archivo procede antes las siguientes causales: i) cuando el hecho denunciado no constituye delito; ii) cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente; y, iii) cuando se ha producido la extinción de la acción penal.

El análisis de las causales, efectos, impugnación y naturaleza jurídica serán analizados más adelante con más detenimiento.

### **2.2.3. ARCHIVO PROVISIONAL DE LA INVESTIGACIÓN**

Si el hecho fuere delictuoso y la acción no hubiere prescrito, pero se desconoce al imputado, se dispondrá que la policía intervenga para lograr la identificación del imputado; lo que en esencia significa un archivo provisional de lo actuado.

### **2.2.4. RESERVA PROVISIONAL DE LA INVESTIGACIÓN**

Si en la denuncia se ha omitido una condición de procedibilidad que depende del denunciante, también se dispondrá de la reserva provisional de la investigación, debiéndose notificar al denunciante a fin de que subsane la omisión. En otros casos donde se requiera de presupuestos de procedibilidad, la subsanación de los mismos estará a cargo del mismo Fiscal.

En efecto, cuando aparezca que el denunciante ha omitido una condición de procedibilidad que de él depende, dispondrá la reserva provisional de la investigación, notificando al denunciante. Un ejemplo es con relación al artículo 215° del Código Penal cuando se exige que el agraviado comunique notarialmente al denunciado, si el denunciante

no cumple con la notificación se va a reservar provisionalmente la investigación hasta que se cumpla con dicho requisito.

### 3. LA DISPOSICIÓN FISCAL DE ARCHIVO DEFINITIVO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

#### 3.1. CAUSALES

El archivo definitivo de la investigación preliminar procede porque tras las diligencias debidas se determina que no existen elementos de juicio -entiéndase elementos probatorios- sobre la realización del delito o sobre la persona denunciada, por lo que no cabe continuar con la investigación preparatoria, de conformidad con el artículo 334.1 del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: “1. Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado”.

En suma, la decisión de archivo procede cuando antes las siguientes causales: i) cuando el hecho denunciado no constituye delito; ii) cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente; y, iii) cuando se ha producido la extinción de la acción penal.

En cuanto a la primera causal, consistente en que **el hecho denunciado no constituye delito**, debemos señalar que el Código Procesal Penal, no dice cuando un hecho punible no es delito, lo cual es coherente pues escapa a la materia objeto de regulación, debiendo recurrir a la dogmática penal y la propia ley penal, para conocer cuando un hecho denunciado no constituye delito.

San Martín Castro<sup>122</sup> sostiene que un hecho denunciado no constituye delito cuando: 1) la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente; es decir, un hecho denunciado no es delito, cuando es atípico, es decir, que la ley no lo ha previsto como delito (atipicidad absoluta); o 2) que el suceso no se adecue a la hipótesis típica de la disposición penal vigente invocada en la denuncia penal; en cuyo caso es un problema de subsunción normativa, en el cual los hechos no pueden ser subsumidos en el tipo penal denunciado (atipicidad relativa). También considera, que cuando se da la Teoría de los elementos negativos del tipo el hecho denunciado no es delito, y que en todo caso comprende todos los supuestos que descartan la antijuricidad penal del hecho objeto de imputación.

En cuanto a la segunda causal, consistente en que **el hecho denunciado no es justiciable penalmente**; San Martín Castro sostiene que son los casos donde se encuentra la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria; son los casos contemplados, entre otros, por ejemplo: la excusa absolutoria en los delitos contra el patrimonio<sup>123</sup>; la excusa absolutoria en los delitos de encubrimiento personal o real.

En cuanto a la tercera causal, consistente en que **el hecho denunciado ha incurrido en causa de extinción de la acción penal**, debemos señalar que se encuentra prevista en el artículo 78 del Código Penal que precisa que la acción se extingue: 1) Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia; 2) Por autoridad de cosa juzgada; y 3) En los casos que sólo proceda la acción privada, ésta se extingue además de las establecidas en el numeral 1) del presente, por desistimiento o transacción; y finalmente se extingue la acción penal por sentencia civil si la sentencia ejecutoriada en la jurisdicción civil, resulta que el hecho imputado como delito es lícito.

---

<sup>122</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Lima: Grijley. 1999. p. 285

<sup>123</sup> Artículo 208 del Código Penal.- No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen: 1.- Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta. 2.- El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero. 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

### **3.2. IMPUGNACIÓN**

La decisión de archivo del Fiscal ocurrido en etapa de la investigación preliminar no se encuentra sujeta a control judicial, es decir, el órgano jurisdiccional no puede controlar los actos del Fiscal que determinan el Archivo, habiéndose previsto como única forma de impugnarlo en el proceso penal el recurso de queja que se dirige contra la disposición que determina el archivo, para cuyo caso el requerimiento debe formularse en el plazo de cinco días, de conformidad con el artículo 335 del Código Procesal Penal. Elevado el expediente al Fiscal Superior se pronunciará también dentro del quinto día, el Fiscal Superior tiene tres opciones: 1) Puede declarar fundado el recurso de queja y ordenar que se amplíen los actos de investigación, con el mismo Fiscal o puede cambiarlo por otro Fiscal Provincial si se demuestra que la denuncia anterior no fue debidamente investigada; 2) La otra posibilidad es, se formalice y se continúe con la investigación preparatoria; y finalmente 3) El Fiscal Superior puede confirmar el archivo de las actuaciones, con el cual la Disposición del Archivo Fiscal queda firme.

Si la Disposición de Archivo del Fiscal queda firme queda por preguntarse si la Disposición del Fiscal Superior que archivó definitivamente el caso puede ser impugnado? En principio el Nuevo Código Procesal Penal no da ningún tipo de norma adjetiva que permita la impugnación de una Disposición de Archivo que haya emitido el Fiscal Superior; esto quiere decir que tal decisión es imposible de impugnarlo? la fuerza vinculante a las partes del proceso penal inicial, acaso es más fuerte que la cosa juzgada material — pues ésta admite su impugnación mediante la acción de revisión-?; dentro de un Sistema Civilizado no pensamos que las decisiones de los Fiscales Superiores puedan ser Firmes, sin posibilidad de impugnarlos, ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sosteniendo: “En el supuesto de que una resolución judicial desconozca o desnaturalice algunos de los componentes de cualquiera de los derechos aquí mencionados, estaremos, sin lugar a dudas, ante la circunstancia de un proceder inconstitucional, y ante un contexto donde, al margen de la función judicial ordinaria ejercida y de exclusividad que se le reconoce, resulta procedente el ejercicio del proceso

constitucional como instrumento de defensa y corrección de una resolución judicial contraria a la Constitución. Puntualizado queda, en todo caso, que solo si vulnera el contenido esencial de alguno de los derechos antes mencionados, estaremos ante un proceso inconstitucional, quedando totalmente descartado que, dentro de dicha noción, se encuentren las anomalías o simples irregularidades procesales, violación del contenido no esencial o adicional que no son, por sí mismas, contrarias a la Constitución sino al orden legal. Mientras que el proceso que degenera en inconstitucional se habrá de corregir mediante el ejercicio del proceso constitucional, la simple anomalía o irregularidad lo será mediante los medios de impugnación previstos al interior de cada proceso. Ese es el límite con el cual ha de operar el juez constitucional y, a la vez, la garantía de que no todo reclamo que se le hacen por infracciones al interior de un proceso pueda considerarse un verdadero tema constitucional”, de esto podemos argumentar que las decisiones inconstitucionales de todo organismo Constitucional, incluido el Ministerio Público, siempre deben estar bajo el control que ejerce el Tribunal de la Libertad; si bien la Sentencia del Tribunal, antes citada, se refiere al control de una resolución judicial, esa sentencia es coherente con lo previsto por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional que admite el amparo y el habeas corpus respecto de resoluciones judiciales firmes que vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso; pero el Código Procesal Constitucional no “alcanzó a ver” a una Disposición Fiscal, no habla de impugnación de ‘Disposiciones Fiscales’ que contienen un Archivo Fiscal Provincial que quedó firme al no ser impugnado o que siendo impugnado fue confirmado por la Disposición de un Fiscal Superior; si no se habla de ambos en éste Código son acaso inimpugnables pese a que pueden haber incurrido en una inconstitucional? Considero, si seguimos la doctrina del Tribunal Constitucional antes mencionada, en algún momento las Disposiciones de Archivo pueden ser impugnadas en un proceso constitucional, pero, solo en el caso de producirse una manifiesta y evidente violación de normas que consagran garantías o derechos fundamentales, caso contrario un archivo fiscal sería incontrolable, lo que precisamente no es lo que se aspira dentro de la lógica asumida por el Tribunal Constitucional.



### 3.3. EFECTOS

El principal efecto de la Disposición Fiscal de Archivo Definitivo es la prohibición de instaurar una nueva investigación fiscal ante la concurrencia de la triple identidad, esto es, contra la misma persona, sobre la base del mismo hecho y en mérito de los mismos fundamentos.

El referido efecto, más conocido como **principio de interdicción de la persecución penal múltiple**, se encuentra previsto en el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: “Nadie puede ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento”.

Asimismo, en el artículo 335 del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: “1. La Disposición de archivo prevista en el primer y último numeral del artículo anterior, impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos”.

Ante la inobservancia del principio de interdicción de la persecución penal múltiple, previsto en el Artículo III del Título Preliminar y artículo 335 del Código Procesal Penal, el procesado se encuentra facultado para hacer uso del proceso constitucional de Habeas Corpus.

### 3.4. NATURALEZA JURÍDICA

La revisión de la literatura pertinente permite advertir la existencia de tres posturas: i) el archivo fiscal no tiene contenido jurisdiccional; ii) el archivo fiscal es cosa decidida; y, iii) el archivo fiscal es sui generis.

**En cuanto a la primera postura**, según la cual el Archivo Fiscal no tiene contenido jurisdiccional, aquel surge de una interpretación del artículo IV ordinal 3 del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: “Los actos de investigación que practica el Ministerio Público no tienen el carácter

jurisdiccional”, pues la norma se refiere a los actos de investigación y no dice nada respecto a la decisión que adopta el Fiscal cuando emite su Disposición de Archivo. Empero, tratando de ser coherentes con el texto legal el archivo también no tendría carácter jurisdiccional

**En cuanto a la segunda postura**, desarrollada por la doctrina colombiana, la etapa de investigación en la que actúa el Fiscal Penal es de tipo administrativo, por lo que el Archivo Fiscal, en tanto acto administrativo, reviste el carácter de “cosa decidida”.

Sánchez Velarde al respecto sostiene: “Debe señalarse que en el Ministerio Público no rige a manera de titularidad el principio de cosa juzgada, la cual está reservada al órgano jurisdiccional, pero sí la llamada cosa decidida, lo que permite que una decisión de archivo no sea inmutable. En efecto, la disposición en comentario también establece que si luego de la decisión de archivo de la investigación se aportara o se conocieran nuevos elementos de probatorios o de “convicción” se podrá reexaminar lo actuado por el Fiscal que previno.”<sup>124</sup>

El Tribunal Constitucional peruano comparte la presente postura, al haber señalado en el caso Chauca Temoche, que a la resolución fiscal de “no ha lugar a formalizar denuncia penal” no se le puede negar el carácter de cosa decidida, porque si el caso que tiene esa calidad es reabierto por otro fiscal a futuro, se vulneraría el ne bis in ídem en su vertiente procesal, ya que la libertad del investigado no puede ser nuevamente puesta a riesgo de un segundo procedimiento en sede prejurisdiccional. El Tribunal Constitucional peruano concluye sosteniendo: “Este Tribunal afirma que la decisión fiscal de “no ha lugar a formalizar denuncia penal” genera un estatus de inamovible. Esta afirmación tiene sustento en dos postulados constitucionales: a) La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159

---

<sup>124</sup> SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Introducción al Nuevo Proceso Penal. Lima: IDEMSA. 2005, p. 57

de la Constitución, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; b) Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de cosa decidida que las hace plausibles de seguridad jurídica (STC EXP. N° 2725-2008- PHC/TC, Fundamento 16).

**Sin embargo, debe precisarse que en los casos cuyos motivos para archivar la denuncia fueren una pésima investigación policial o fiscal o cuando se presentan nuevos elementos de convicción o actos de investigación que destruyen la argumentación inicial del fiscal; la reapertura del caso, es un imperativo.**

El cuestionamiento a la calificación de “cosa decidida” a la Disposición de Archivo es la aplicación de las reglas del derecho administrativo, pues considerando que la cosa decidida causa estado, esto es, agota la vía administrativa, el cuestionamiento de aquella nos remite a la acción contenciosa administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución del Estado, con lo cual puede modificarse la decisión en sede judicial; sin embargo aquel iter no es aplicable a la Disposición de Archivo Fiscal que si es inmutable, conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional peruano, salvo la existencia de nuevos elementos de convicción, sumado a que no puede ser contradicha en sede judicial por conllevar una vulneración de la autonomía y exclusividad de la actuación del Ministerio Público como titular de la acción penal.

**En cuanto a la tercera postura**, es aquella que postula que el archivo fiscal tiene una naturaleza “sui géneris”, esto es, no es ni administrativa, ni jurisdiccional, sino que recoge matices de ambas. La presente postura postula que cuando el Fiscal archiva denuncias y procesos deja a un lado su función de “Requientes de Justicia” y Acusador Público, para erigirse como ‘Defensor de la Legalidad’ y Garante de la Ley, pues no permite que un ciudadano sea indebida e ilegalmente procesado; por eso nos interesa esa “función negativa” dentro del sistema acusatorio garantista conforme al nuevo Código Procesal

Penal, pues un archivo fiscal guste o no, basado en elementos de convicción que se “convierten automáticamente” en prueba, de los actos de investigación -que sin tener la calidad de jurisdiccionales a tenor de lo que dispone el Artículo IV ordinal 3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal-, sin que éstos sean producidos en juicio; en la práctica en los distritos judiciales donde está operando el nuevo sistema procesal penal, se dictan Disposiciones de Archivo basadas casi con exclusividad en la denominada Investigación Preliminar, y que esto significa, prescindir del juicio previo, es decir, dictar Disposición de Archivo aparentemente inconstitucional, pero que equivale a una “Absolución Anticipada”, que solo puede ser destruida por nueva prueba, caso contrario, es decir de no encontrarse nuevos elementos de convicción, ese Archivo Fiscal es parecida no igual a una cosa juzgada material, que no permite reabrir el caso, da seguridad jurídica, restablece la presunción de inocencia puesta en debate por la denuncia, pero qué duda cabe que con éstas condiciones el Archivo Fiscal se erige como inimpugnable e inmutable; aquel que genera seguridad jurídica.

#### **4. LA DISPOSICIÓN FISCAL DE INICIO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE INVESTIGACIÓN O DENUNCIA ARCHIVADA**

No obstante el carácter inmutable de la Disposición Fiscal de Archivo prevista en el numeral 1 artículo 335 del Código Procesal Penal, el legislador ha establecido la posibilidad excepcional de reapertura de la investigación, según el numeral 2 de la norma procesal, cuyo texto señala: **“2. Se exceptúa esta regla, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial”.**

La Disposición Fiscal de Archivo se encuentra sujeta a una suerte de “condición resolutoria”, pues estando surtiendo efectos de no persecutoriedad, se resuelve y el ciudadano vuelve a ser nuevamente perseguido.

La interpretación de la norma procesal permite sostener que sólo la concurrencia de nuevos elementos de convicción debilita la estabilidad del Archivo Fiscal. Empero, resulta ser una cuestión problemática cuando determinados elementos de convicción resultar ser considerados “nuevos”, así como el nivel de contundencia para motivar una reapertura, recayendo en el Juez Penal la trascendental función de controlar que los argumentos esgrimidos por el Fiscal Penal para disponer la reapertura satisfagan aquellos dos niveles: novedad y contundencia.

### **CAPÍTULO III**

## **LA DISPOSICIÓN FISCAL DE INICIO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE DENUNCIA ARCHIVADA Y EL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM PROCESAL**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El ámbito jurídico contemporáneo se encuentra regido por el reconocimiento generalizado del Estado Constitucional de Derecho como paradigma a regir toda sociedad, correspondiendo a la propia estructural estatal, en particular a los tribunales y jueces nacionales, confirmar la vigencia de aquel paradigma.

El rasgo principal del Estado Constitucional es la constitucionalización del Estado, sin que el Estado y la Constitución material que lo define y determina, sea axiológicamente neutrales: se impone un conjunto valorativo que se ancla a la protección y seguimiento de los Derechos Humanos. Así, el Estado Constitucional resulta definido como "(...) una estructura de principios valorativos suprapositivos", siendo así que "la Constitución del Estado constitucional constituye más bien una estructura de valor material que, en tanto tal, reclama por sí misma su validez y obligatoriedad".

El reconocimiento de un Estado Constitucional de Derecho dentro de una sociedad implica una gran responsabilidad a todas las organizaciones vinculadas con la administración de justicia, principalmente en materia penal, como el Poder Judicial y el Ministerio Público, y ello por cuanto tratándose de un ámbito en el cual el Estado permite la restricción de derechos fundamentales, el uso de aquella potestad debe responder a criterios objetivos y racionales que eviten en su uso la comisión de una actuación arbitraria en perjuicio de la persona inculpada (principio de interdicción de la arbitrariedad).

La doctrina procesal penal, en el contexto de exigencias de respeto del Estado Constitucional de Derecho, postulo el reemplazo del antiguo sistema procesal de carácter inquisitivo por un sistema acusatorio garantista, lo cual en el Perú viene implementándose de manera progresiva desde el año 2006 a través del Nuevo Código Procesal Penal.

El proceso penal actual introduce una serie de reformas sustanciales, siendo una de ellas la redefinición de roles de los principales actores: el Ministerio Público y el Poder Judicial. En efecto, ahora bajo el nuevo modelo procesal penal, la principal función del Ministerio Público es la de acusar y del Poder Judicial la de juzgar.

Sin embargo, el Poder Judicial no sólo se encargar de juzgar y determinar la responsabilidad penal del inculpado, sino además de efectuar un control de constitucionalidad de las actuaciones dentro del proceso penal.

Una de aquellas actuaciones sujetas a control constitucional es la decisión del Fiscal Provincial Penal de disponer la revisión de una denuncia penal ya archivada, y ello debido a que debe estar basada en elementos objetivos y racionales por cuando la ausencia de aquellos elementos implica la vulneración de la garantía constitucional del principio del ne bis in ídem procesal.

En este contexto, la realidad problemática que motivó el inicio de la investigación es la falta de determinación de aquellos elementos objetivos y racionales que justifican la decisión Fiscal Provincial Penal de disponer el inicio de investigación preliminar de una denuncia penal sujeta a archivo a efectos de evitar la vulneración del principio del ne bis in ídem procesal.

## **2. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISPOSICIÓN FISCAL DE INICIO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE DENUNCIA ARCHIVADA**

### **2.1. ADMISIBILIDAD Y MECANISMO DE CONTROL**

La condición de cosa decidida de una Disposición Fiscal de Archivo Definitivo sólo se configura si tras las diligencias respectivas se determina la absoluta carencia de sustento para proseguir con el proceso penal. Caso contrario, es decir, cuando la decisión fiscal respondió a una investigación deficiente o a la falta de indicios suficiente, simplemente la Disposición Fiscal no tiene calidad de cosa decidida.

Ahora bien, la carga de la prueba de probar la concurrencia de los supuestos de una investigación deficiente o la falta de indicios suficientes, superado mediante el ofrecimiento nuevas pruebas, corresponde al Ministerio Público, pudiendo tal afirmación ser **objeto de control mediante el proceso constitucional de Habeas Corpus**.

El artículo 200° inciso 1) de la Constitución establece que el “(...) Hábeas Corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos (...)”; en esa línea, el artículo 2 del Código Procesal Constitucional dispone “Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización”.

En cuanto a la procedencia del hábeas corpus contra determinadas actuaciones fiscales, la línea jurisprudencial del TC ha sido cambiante. Si bien ha señalado, en repetidas ocasiones, que estas demandas deben ser declaradas improcedentes por cuanto las acciones desplegadas por los representantes del Ministerio Público no inciden en la esfera de la libertad individual de las personas ya que sus acciones solo son postulatorias o requirientes<sup>125</sup>, estableciendo, en algunos casos, que incluso ni siquiera constituyen una amenaza para la libertad individual<sup>126</sup>; también es cierto que, este criterio que se ha venido morigerado, aceptándose la procedencia excepcional del hábeas corpus a partir del análisis del caso concreto.

Así, el Tribunal Constitucional haciendo un redimensionamiento del concepto de libertad individual como objeto de protección del hábeas corpus,

---

<sup>125</sup> STC EXP. N° 01653-2010-PHC/TC, 00090-2010-PHC/TC, 03669-2007-PHC/TC, 05308-2007-PHC/TC, entre otras

<sup>126</sup> STC EXP. N° 03782-2008-HC/TC. FJ n° 6. Caso: Carbajal Cayllahua



ha establecido que éste ha de ser entendido no solo como un instituto restringido únicamente a la tutela de la libertad física o corpórea (aspecto material de la libertad), sino también como un instrumento que ha de tutelar a la libertad en su ámbito subjetivo o espiritual. De esta manera, contra la actividad fiscal es posible interponer hábeas corpus de tipo restringido y preventivo; pues, al Ministerio Público en tanto órgano constitucionalmente constituido, le es exigible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos contenidos en la propia Constitución<sup>127</sup>.

De otro lado, ha precisado también el TC que, el proceso de amparo es la vía idónea para analizar si las actuaciones y/o decisiones de los fiscales observan los derechos fundamentales o, si en su caso, superan o no el nivel de proporcionalidad y de razonabilidad que toda decisión debe suponer, siempre que tenga la condición de decisión fiscal firme. Una decisión fiscal (resolución fiscal u otra análoga) adquiere carácter firme cuando se han agotado todos los medios impugnatorios legamente previstos siempre que estos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución que se impugna<sup>128</sup>.

Es por ello que, quien se sienta perjudicado por la emisión de determinada decisión fiscal, bien puede acudir, vía proceso constitucional de amparo o hábeas corpus, en resguardo de sus derechos. Desde luego, la admisibilidad y procedencia de la demanda dependerá del fundamento que la motive. Tal fue el caso de la primera dama de la Nación, la señora Nadine Heredia, cuyo proceso constitucional sirve de claro ejemplo de los límites de los efectos de la Disposición Fiscal.

---

<sup>127</sup> STC EXP. N° 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados). FJ n° 4 y ss. Caso: Medina Barcena.

<sup>128</sup> STC EXP. N° 04425-2012-AA/TC. FJ n° 4. Caso: Boluarte Pinto

## 2.2. SUPUESTOS DE CONTROL

La posibilidad de reimpulsar la investigación fiscal no constituye una puerta abierta a cualquier supuesto, pues para tal propósito el Fiscal Penal debe sustentar la decisión en **nuevos elementos de convicción**.

El control judicial procede ante el cuestionamiento al carácter de “nuevo” y a la “contundencia” del elemento de convicción ofrecido por el Fiscal Penal.

**En cuanto a la primera exigencia**, debemos señalar que no queda al libre albedrío o a la entera disposición subjetiva de los órganos encargados de la persecución del delito, pues para que opere ello es necesario que el representante del Ministerio Público cuente, cuando menos, con algún elemento objetivo que permita y valide la afectación del derecho de un ciudadano a la autoridad de la cosa decidida<sup>129</sup>; así, por ejemplo, no constituyen nuevos elementos de convicción aquellos que sirvieron a la primera investigación; pues no son razón objetiva suficiente que haga padecer al ciudadano, nuevamente, el tormento de verse inmiscuido en bajo la lupa de la sospecha penal y que soporte el peso del ius puniendi.

Así, el Tribunal Constitucional peruano<sup>130</sup> ha sancionado la violación del principio ne bis in ídem inducida por denuncias maliciosas, en aquellos casos en los que pese a conocer de la existencia de investigaciones anteriores por los mismos hechos se vuelve a denunciar, disponiéndose la remisión de copias certificadas de los principales actuados a la Fiscalía Provincial Penal de Turno de Lima, a fin de que examine y/o dilucide las consecuencias jurídicas de la actuación del denunciante malicioso<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> STC EXP. N° 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados). Fundamento 34. Caso: Medina Barcena.

<sup>130</sup> STC EXP. N° 02704-2012-PHC/TC. Fundamento 3. Caso: Maldonado Mego. En este caso el demandante alegaba que los mismos hechos por los que fue condenado habían sido anteriormente objeto de archivamiento por la Fiscalía Penal, sin embargo, el TC considero que no se trataba de una doble persecución penal, sino más bien de que al interior de la investigación preliminar que dio inicio al proceso y posterior condena, el fiscal consideró que los hechos no constituían delito de apropiación ilícita sino hurto agravado.

<sup>131</sup> STC EXP. N° 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados). Resolución de Aclaración (de 8 de septiembre de 2011). Caso: Medina Bárcena

**En cuanto a la segunda exigencia**, debemos señalar que la revisión de la literatura nacional no permite advertir referencia alguna a la contundencia o solidez del nuevo elemento de convicción invocado por el Fiscal Penal, pese a ser de indubitable relevancia para verificar la razonabilidad de la Disposición Fiscal, pues aquella debe ser de tal peso probabilístico que permite modificar la inicial conclusión. Caso contrario estaríamos admitiendo la posibilidad que la inmutabilidad de las Disposiciones de Archivo descansen sobre bases fácticas muy débiles, pues basta con la incorporación de cualquier elemento de convicción, por más absurdo o forzado que aquel pudiera ser a la luz del ilícito penal perseguido, para derrumbar los efectos del archivo y, con ello, en que la prohibición del ne bis in ídem procesal se convierta en una mera apariencia, con la subsecuente inseguridad para los ciudadanos.

## ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

### 1. HIPÓTESIS Y VARIABLES

#### 1.1. HIPÓTESIS

	SI el operador jurídico (Fiscal Provincial Penal) observa los elementos objetivos y racionales en la Disposición Fiscal de Inicio de Investigación Preparatoria de una denuncia ya archivada (nuevos hechos), ENTONCES la actuación fiscal abra observado el principio del ne bis in ídem procesal y, con ello, la vigencia del sistema acusatorio garantista introducido con el Nuevo Código Procesal Penal y del Estado Constitucional de Derecho.
	SI el operador jurídico (Fiscal Provincial Penal) NO observa los elementos objetivos y racionales en la Disposición Fiscal de Inicio de Investigación Preparatoria de una denuncia ya archivada (nuevos hechos), ENTONCES la actuación fiscal abra observado el principio del ne bis in ídem procesal y, con ello, la vigencia del sistema acusatorio garantista introducido con el Nuevo Código Procesal Penal y del Estado Constitucional de Derecho.

#### 1.2. VARIABLES

<b>X</b>	Disposición Fiscal de Inicio de Investigación Preparatoria de denuncia ya archivada
<b>Y</b>	Incorporación de nuevos hechos
<b>Z</b>	Principio del ne bis in ídem procesal

2. **TABULACIÓN DE APLICACIÓN DE INSTRUMENTO 01 (REGISTRO DOCUMENTAL)**

<b>Expediente N°</b>	<b>05143-2011-PA/TC</b>
<b>Procedimiento</b>	Amparo
<b>Órgano</b>	Tribunal Constitucional
<b>Demandante</b>	Julio Martín Ubillús Soriano
<b>Demandado</b>	
<b>Fecha de emisión</b>	08-09-15
<b>El Peruano</b>	09-08-16 (pp. 57508-57509)

Naturaleza jurídica	<p>3. En la sentencia recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC, este Tribunal destacó que el ne bis in ídem es un principio implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el artículo 139, inciso 3, de la Constitución.</p> <p>“Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte” (Cfr. fundamento 18).</p> <p>En efecto, el derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces por los mismos hechos se encuentra reconocido tanto en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto señala que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”, como en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de acuerdo con el cual “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.</p>
Fundamento y dimensiones	<p>4. El principio ne bis in ídem, por otra parte, se desprende de los principios de legalidad y de proporcionalidad, y ostenta dos dimensiones (formal y material). En su formulación material, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto a consecuencia de una misma infracción. Tal proceder, como se ha dicho muchas veces, constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho.</p> <p>En su vertiente procesal, significa en cambio que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto.</p>
Sanción penal y administrativa	<p>5. Con independencia de las consideraciones precedentes, es importante, sin embargo, precisar que un mismo sujeto, con su comportamiento, puede generar más de una consecuencia jurídica, lesionando con ello bienes jurídicos y valores diversos, cada uno de los cuales será tutelado en la vía correspondiente, sin que ello implique un doble juzgamiento o una doble sanción.</p> <p>Lo importante, en consecuencia, para calificar si se vulneró tal garantía fundamental, no es tanto que por un mismo acto una persona sea procesada o sancionada administrativa y correlativamente en un proceso penal (toda vez que aquel acto puede suponer la infracción de un bien jurídico administrativo y, simultáneamente, de un bien jurídico penal), sino que la conducta antijurídica, pese a afectar a un solo bien jurídico, haya merecido el reproche dos o más veces.</p>

	<p>6. En tales circunstancias, y siendo evidente que en el presente caso nos encontramos ante una imputación administrativa y otra penal, serán materia de análisis las consecuencias jurídicas generadas por el accionar de la empresa Financiera Cordillera S.A. (Ripley). Ello, a fin de determinar si este se afectó uno o más bienes jurídicos tutelados.</p>
<b>Comentario</b>	<p>En primer lugar, es de notar que en el presente caso, del fundamento dos al seis, el tribunal desarrolla de modo más prolijo la doctrina del principio que ha sido la razón de esta investigación. Dichos conceptos lo suscribimos en todos sus extremos. En segundo lugar, merece particular atención el hecho de que los representantes del Ministerio Público hayan decidido archivar una denuncia, alegando que de formalizar y continuar con la misma se vulneraría el principio de ne bis in ídem. Por nuestra parte consideramos que el hecho de que se haya sancionado a la Financiera Ripley, administrativamente, no es razón para desamparar la petición de un ciudadano que persigue la justicia. Reiteramos entonces, que las sanciones administrativas son distintas a las penales. Por tanto, la sanción o absolución administrativa, no es excusa para no incoar el proceso penal. Es por ello, que el tribunal declara fundada la demanda de amparo.</p>

<b>Expediente N°</b>	<b>01575-2013-PA/TC</b>
Procedimiento	Amparo
Órgano	Tribunal Constitucional
Demandante	José Luis Silvestre Cortez
Demandado	
Fecha de emisión	07-04-15
El Peruano	06-11-16 (pp. 58631-58633)

Regulación internacional y dimensiones	<p>19. El derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces por los mismos hechos se encuentra reconocido tanto en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual señala que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”, así como en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.</p> <p>Este atributo ostenta dos dimensiones (formal y material). En su formulación material, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto a consecuencia de una misma infracción. Tal proceder, como se ha dicho muchas veces, constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. En su vertiente procesal implica, en cambio, que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto.</p>
Requisitos	<p>20. Para verificar la afectación del recurrente en términos de una doble persecución o de una doble sanción por los mismos hechos debe evaluarse si en ambos casos (la resolución de Odicma y las decisiones de OCMA) se cumple el presupuesto de la triple identidad, el cual implica: identidad de la persona perseguida (identidad subjetiva), identidad del objeto de persecución (identidad objetiva) y la identidad de la causa de persecución.</p>
<b>Comentario</b>	<p>3.1. Lo distintivo de este caso radica en el hecho de que se demanda a un órgano autónomo.</p> <p>3.2. Como se verifica de los fundamentos precedentes, el recurrente ha sido pasible de dos procesos disciplinarios si se quiere. Uno incoado por la ODECMA y otro por el CNM. En el primer caso se le sanciona por aplicar incorrectamente el Derecho.</p> <p>3.3. Lo alegado por el recurrente, nos lleva a cuestionarnos si a nivel administrativo se puede vulnerar el principio de ne bis in ídem. Al respecto debemos señalar de que no. Así pues, es viable, que dos instancias administrativas sancionen a la misma persona por el mismo hecho. En suma, no hay cosa juzgada a nivel administrativo.</p>

<b>Expediente N°</b>	<b>01672-2015-0-0601-JR-PE-04</b>
Procedimiento	Habeas Corpus
Órgano	Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Cajamarca
Demandante	Mori Soto, Elvis Henry
Demandado	Vásquez Molocho, Zavalaga Vargas y Bazán Cerdán
Fecha de emisión	10-03-16
El Peruano	21-10-16 (pp. 58462-58465)

Antecedente histórico	<p>1) El principio del ne bis in ídem, nuestro Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en una línea reiterada y consolidada en el Exp. N° 0729-2003-HC/TC, Caso Marcela Ximena Gonzáles Astudillo, afirma “Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho a no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesados dos veces (non bis in ídem), constituye un derecho implícito del derecho al debido proceso (...). En su vertiente procesal, el principio non bis in ídem garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento y ello con la finalidad de evitar lo que la V Enmienda de la Constitución Norteamericana denominada double jeopardy, es decir doble peligro de condena sobre una persona”. Este mismo pronunciamiento lo ratifica nuestro Tribunal constitucional, en posteriores sentencias, tal como ocurrió en el Exp. N° 4587-2004-AA/TC, caso Santiago Martín Rivas, entre otras.</p>
Ne bis in ídem y disposición de reapertura de investigación	<p>2) Respecto a la afectación al principio del ne bis in ídem, en la posición de principio constitucional sobre el cual se advierte que tal afectación al bien jurídico del beneficiado responde al presente caso y que señala el demandante que ya fue investigado en el caso N° 2012-1100-0- ante la Primera Fiscalía Penal Corporativa del Distrito Judicial de Cajamarca, en la que mediante Disposición Fiscal N° 03-2013, dispone NO PROCEDE FORMALIZAR Y CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, en consecuencia archívese todo lo actuado de fs. 38 a 42 del presente cuaderno y la misma que es confirmada por la Disposición Fiscal N° 76-2013, que resuelve declarar INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto confirmando la recurrida de fs. 43 a 46 del presente cuaderno.</p> <p>3) Respecto a la cosa decidida se tiene que en el presente caso las decisiones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados; se tiene abierta la posibilidad de reaperturar investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público; o, b) Cuando la investigación ha sido deficientemente realizada, de lo que se puede apreciar de las copias certificadas que obran en la carpeta de formalización de la investigación preparatoria en el caso fiscal N° 1706044501-2012-1100-0, mediante disposición N° 03-2013 en la cual se dispuso no proceder a formalizar y continuar con la investigación preparatoria en contra de Elvis Henry Mori Soto, por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en su modalidad de estafa, en agravio de Dionicio Barrios Martínez; evidenciándose una deficiencia en la investigación Fiscal al momento de calificar la conducta, pues tenía las posibilidades técnicas y jurídicas de pronunciarse no solo por el hecho denunciado sino también por cualquier otro hecho punible, dado que, el Ministerio Público, puede promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de</p>



	<p>los intereses públicos tutelados por el derecho, como lo prescribe el inciso 1 de artículo 159 de la Constitución Política del Estado.</p> <p>4) Consta de la resolución de archivo fiscal que la persona de Dionicio Barrios Martínez, en representación de la empresa JM &amp; PB TRANSPORTES SERVICIOS SAC, procede a formular denuncia penal en contra de Elvis Henry Mori Soto, por el delito contra el patrimonio en su modalidad de estafa, señala el denunciante que el investigado lo indujo mediante el engaño al error al contratar sus servicios, pues lo ha hecho creer y confiar en la buena fe contractual engañándole al girar cheques falsos.</p> <p>5) Se puede apreciar que el Fiscal Provincial, ha fundamentado su decisión de no formalizar investigación preparatoria por los hechos denunciados por Dionicio Barrios Martínez en contra de Elvis Henry Mori Soto, indicando que el hecho denunciado no constituye delito de estafa, siendo más bien un incumplimiento de contrato, ello por cuanto faltaría el elemento principal, “el engaño” en el momento de la contratación, existiendo por tanto una contraprestación entre ambas partes, la misma que habría sido incumplida por el investigado (pago de alquiler), ya que los seis cheques girados como pago, no pudieron ser cobrados porque no tenían fondos; por lo que al no verificarse un engaño al momento de la celebración del contrato, no se configura el delito de estafa, siendo el caso que el investigado simplemente decidió no cumplir con el contrato, es decir, no hubo engaño, porque ambas partes al momento de celebrar el contrato de prestación de servicios, sabían a lo que se obligaban, asumiendo riesgos contractuales, los que se resuelve con los mecanismos propios del derecho civil, postura la cual también es asumida por parte de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones, en la resolución de fecha dieciocho de febrero del año dos mil trece, que dispone declarar infundado el recurso interpuesto por Dionicio Barrios Martínez en contra de la resolución que declara no ha lugar a formalizar investigación preparatoria.</p> <p>6) De dichas disposiciones, el hecho central materia de denuncia, viene dado, por el hecho de que el investigado Elvis Henry Mori Soto, en su calidad de representante de la empresa SANTANA SERVICIOS GENERALES S.R.L., ha girado seis cheques a favor Dionicio Barrios Martínez, para cubrir el pago del contrato de alquiler de volquetes que ambos suscribieron; hecho el cual no ha sido materia de pronunciamiento por parte del representante del Ministerio Público sobre su no ilicitud penal, referido a la imposibilidad de cobro de dichos títulos valores, limitándose sólo a analizar el hecho de si para la celebración del contrato hubo engaño, ardid u otro; de éste modo, a consideración de éste órgano revisor, dicha resolución no se encuentra revestida de la calidad de cosa decidida por que el hecho puesto en conocimiento del Ministerio Público si tiene relevancia penal si bien no del presunto delito contra el patrimonio en su modalidad de estafa que estos casos pueden concursar con el presunto delito contra la confianza y la buena fe en los negocios como se está imputando; cosa muy diferente si que el hecho puesto en conocimiento no tuviera relevancia penal caso en el cual si generaría el archivo fiscal los efectos de una cosa juzgada.</p> <p>7) De lo analizado se puede concluir que no existe disposición fiscal alguna que tenga la calidad de cosa decidida (con efectos de cosa juzgada), con ello queda descartada la presunta vulneración al</p>
--	--

	principio ne bis in ídem.
Requisitos	<p>Corresponde analizar los presupuestos del principio del “ne bis in ídem”, teniendo en cuenta las tres identidades (sujetos, hechos y fundamentos)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La identidad subjetiva (autor o partícipe del hecho punible), se refiere a la identidad del imputado o sancionado, no siendo necesaria la identidad de la víctima, agraviado o sujeto pasivo de la infracción, en el presente proceso (01194-2013-0-0601-JR-PE-03) el demandado es la persona de Elvis Henry Mori Soto, en el seguido mediante el caso 2012-1100-0 ante la Primera Fiscalía Penal Corporativa del Distrito Judicial de Cajamarca el denunciado es la persona de Elvis Henry Mori Soto representante de la empresa SANTANA SERVICIOS GENERALES S.R.L., cumpliéndose de esta forma este presupuesto.</li> <li>- Identidad objetiva (hecho), se refiere a que se trate del mismo hecho desde una perspectiva de análisis fáctica, al margen de que haya ocurrido una calificación jurídica distinta.</li> </ul> <p>Los hechos no son los mismos ya que del caso 2012-1100-0 ante la Primera Fiscalía Penal Corporativa Del Distrito Judicial de Cajamarca mediante Disposición Fiscal N°03-2013 en lo que corresponde a los hechos se señala que el agraviado Dionisio Barrios Martínez en representación de la empresa JM Y PB TRANSPORTES SERVICIOS SAC, celebró un contrato con la empresa SANTANA SERVICIOS GENERALES S.R.L., representada por Elvis Henry Mori Soto, para el alquiler de seis volquetes por lo cual para cumplir con el pago ha girado seis cheques todos a la orden del agraviado por la suma total de US\$ 66 180, 45 Dólares; y, los hechos sostenidos mediante el Requerimiento Acusatorio de la carpeta fiscal 2013-552-0 sobre el presunto delito contra la confianza y la buena fe en los negocios en su modalidad de libramiento indebido, lo hechos sostenidos son que se le imputa a Elvis Henry Mori Soto en representación de la empresa SANTANA SERVICIOS GENERALES S.R.L. ha girado ocho cheques a favor de la empresa JM Y PB TRANSPORTES SERVICIOS SAC. Como son: 1) N° 00000415 0 002 245 1830603195 98 por la suma de US\$ 4 523,90 Dólares; 2) N° 00000414 3 002 245 183060319598 por la suma de US\$ 14 203,05 Dólares; 3) N° 00000413 5 002 2451830603195 98 por la suma de US\$ 5 829,06 Dólares; 4) N° 00000412 7002 245 1830603195 98 por la suma de US\$ 13 849,68 Dólares; 5) N° 00000411 9 002 245 1830603195 98 por la suma de US\$ 13 571,71 Dólares; 6) N° 00000399 6 002 245 1830603195 98 por la suma de US\$ 14 203,05 Dólares; 7) N° 00000255 0 0022451830603195 98 por la suma de US\$ 10, 000.00 Dólares y 8) N° 00000254 3 0022451830603195 98 por la suma de US\$ 10, 000.00 Dólares; estos dos últimos cheque son diferentes a la primera denuncia fiscal en el cual se archivó el proceso, por lo que los hechos son diferentes en uno es por seis cheques y en segundo caso se trata de ocho cheques; dos de ellos constituyen nuevos medios probatorios -resaltados en negritas-, no existe la identidad objetiva.</p> <p>Como se ha podido analizar los hechos son diferentes en tanto que en el caso de libramiento indebido se han insertado nuevos medios probatorios (dos cheques), que en el momento inicial no se ha mencionado, motivo por el cual no se ha cumplido con este presupuesto.</p>

	<p>- Con respecto a la identidad de fundamento (causa petendi). En el expediente (2012-1100-0 ante la Primera Fiscalía Penal Corporativa Del Distrito Judicial de Cajamarca), como en el presente proceso N° 01194-2013-0-0601-JR-PE-03, se tiene que: en el primer caso el delito denunciado es el de estafa en donde el bien jurídico protegido es el patrimonio ya que se denunció que la persona de Elvis Henry Mori Soto ha girado seis cheques, cheques que el agraviado fue a cobrarlos al Banco de Crédito los funcionarios de dicha institución le dijeron que la cuenta del investigado no tenía fondos que está cerrada; mientras que en el presente caso sobre el delito libramiento indebido el bien jurídico protegido es la confianza y buena fe en los negocios que se ha señalado en el requerimiento acusatorio que obra de Fs. 47 a 49 del presente cuaderno, siendo bienes jurídico diferentes no cumpliéndose con este requisito del mismo bien jurídico -mismo fundamento- (Artículo III del T.P del Código Procesal Penal)</p>
Comentario	<p>3.1. En el presente caso, la observación debe pasar por el hecho de que no existe una dualidad de procesos en contra del recurrente, pues se ha demostrado suficientemente que a nivel Fiscal, no se ha producido la cosa decidida. Por otro lado, las denuncias de las que fue objeto el recurrente tienen dos connotaciones distintas. Se le denuncia por afectar el patrimonio, y por afectar la buena fe. Es comprensible entonces que si se archivó la denuncia por el delito de estafa; se apertura un segundo caso a pesar que sea el mismo imputado, pues se trata de hechos y bien jurídico diferente.</p>

<b>Expediente N°</b>	<b>07460-2013-PHC/TC</b>
Procedimiento	Hábeas Corpus
Órgano	Tribunal Constitucional
Demandante	José Richard Ponce Gálvez
Demandado	
Fecha de emisión	03-09-15
El Peruano	08-12-16 (pp. 59092-59093)

Naturaleza jurídica y funciones	<p>2.3.1. El Tribunal Constitucional ha señalado que el ne bis in ídem es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide, en su formulación material, que una persona sea sancionada o castigada dos veces por una misma infracción pese a la existencia de identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide la dualidad de procedimientos, y el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos (Cfr. STC 10192-2006-PHC/TC).</p> <p>Entonces, el principio ne bis in ídem se erige como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su ius puniendi contra una determinada conducta delictiva debe tener una sola oportunidad de persecución, lo que guarda conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, puesto que, de configurarse la concurrencia simultánea de los tres presupuestos del aludido principio y llevarse a cabo un nuevo proceso penal y/o imponerse una nueva sentencia, se incurriría en un exceso del poder sancionador contrario a las garantías propias del Estado de derecho. (Cfr. STC 04765-2009-PHC/TC)</p>
Requisitos	<p>2.3.2. En el presente caso, que el actor fue procesado por los delitos de violación sexual de menor de edad y actos contra el pudor de menor de edad. La Sala superior expidió el auto de enjuiciamiento de fecha 19 de enero de 2012, a través del cual declaró no haber mérito a pasar a juicio oral por el delito de actos contra el pudor de menor de edad y ordenó su archivamiento y dispuso que se pase a juicio oral por el delito de violación sexual de menor de edad, ilícito por el cual fue condenado a 12 años de privación de la libertad; sin embargo, al cuestionar dicha sentencia, a través del recurso de nulidad, la Sala Suprema emplazada condenó al demandante a una pena suspendida en su ejecución por el delito de actos contra el pudor de menor de edad.</p> <p>2.3.3. De lo expuesto en el fundamento anterior, este Tribunal aprecia que en el presente caso no se manifiesta una doble persecución que presente la concurrencia simultánea de los elementos constitutivos del ne bis in ídem (identidad de sujeto, hecho y fundamento). En efecto, el caso no trata de una doble persecución penal, sino de un mismo proceso en el que la calificación jurídica del hecho imputado ha variado más de una vez. Si bien el actor alega que el auto de enjuiciamiento ordenó el sobreseimiento y archivamiento del delito de actos contra el pudor de menor de edad, este Tribunal entiende que en dicho escenario lo que en realidad hizo el juzgador penal es decidir la calificación jurídica de los hechos, cuestión sobre la que la Sala Suprema emplazada revocó la sentencia de pena efectiva y procedió a</p>

	<p>condenarlo por el delito de actos contra el pudor de menor de edad a una pena suspendida en su ejecución; no se aprecia, entonces, una doble persecución penal violatoria del principio ne bis in ídem por lo que debe desestimarse la demanda.</p> <p>Por lo expuesto, este Tribunal declara que la demanda debe ser desestimada al no haberse acreditado la afectación del principio ne bis in ídem, en conexidad con el derecho a la libertad individual, con la emisión de las resoluciones judiciales a través de las cuales el actor fue sentenciado a pena privativa de la libertad suspendida por el delito de actos contra el pudor de menor de edad.</p>
<b>Comentario</b>	<p>3.1. Somos de la opinión que el derecho penal no obstante constituir un legítimo medio de reproche, y que debe materializarse observando lo límites impuestos por el sistema democrático; constituye también una forma eficaz de alcanzar justicia. En consecuencia, si a una persona le aperturan investigación por concurso real de delitos, y en uno u otro es absuelto, no garantiza la inamovilidad de la pretensión punitiva. En ese sentido, cuando se le archivó una denuncia al recurrente, y luego fue declarada nula, a fin de sancionarlo, lo que se hizo es estructurar de manera más idónea la pretensión. Es decir, no hay pues cosa juzgada o decidida, cuando en el marco de una investigación se opta por sobreseer un extremo de la denuncia, porque aún subsiste la denuncia general o mayor. Así pues, en el presente caso se verifica que el demandante no ha enfrentado dos procesos sino uno solo, en el que hubo imputación por dos delitos. Y es sostenible también, el hecho de que la sala en ejercicio de sus atribuciones haya dispuesto corregir la decisión del inferior en grado.</p>

<b>Expediente N°</b>	<b>06115-2015-PHC/TC</b>
Procedimiento	Hábeas Corpus
Órgano	Tribunal Constitucional
Demandante	Eva Rose Fernenbug
Demandado	
Fecha de emisión	26-01-16
El Peruano	23-04-16 (pp. 56053-56056)

Ne bis in ídem y actividad fiscal	<p>16. En el análisis de la vulneración del principio de ne bis in ídem corresponde determinar si cabe investigar por segunda vez a la misma persona respecto de hechos que ya fueron materia de investigación fiscal y que se haya declarado no ha lugar a formalizar denuncia penal, toda vez que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos, ni merecer persecución penal múltiple, salvo que existan nuevas pruebas o se haya realizado una deficiente investigación. En ese sentido, la protección constitucional se vincula a los hechos que fueron materia de un primer pronunciamiento y sobre los cuales no corresponde una nueva revisión.</p> <p>17. En el presente caso, se alega la vulneración del principio ne bis in ídem vinculado a la vulneración del principio-garantía de la unidad de la investigación. Al respecto, este Tribunal aprecia que, mediante Resolución Fiscal de fecha 1 de febrero de 2013 (Caso 77-2013), la cual obra a fojas 845, Tomo II, se resuelve abrir investigación preliminar contra doña Eva Rose Fernenbug por la presunta comisión del delito de lavado de activos, y que, con fecha 22 de mayo de 2014, se formaliza denuncia penal en su contra por el mismo delito en la modalidad de actos de ocultamiento y tenencia. De los actuados no se advierte la existencia de una resolución que tenga la calidad de cosa decidida respecto de la favorecida por los mismos hechos y por el mismo delito, a partir de lo cual se posibilite un análisis de fondo sobre los componentes del ne bis in ídem, esto es: a) identidad de la persona física o identidad de sujeto; b) identidad del objeto o identidad objetiva; y, c) identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento; toda vez que la única investigación preliminar que se le inició a la favorecida es la que corresponde al Caso 77-2013.</p> <p>18. En todo caso, la ampliación del plazo de la investigación preliminar respecto de los otros investigados implicó que los hechos objeto de la investigación fueran analizados en su totalidad y respecto de todos los presuntos involucrados, lo que, sin duda, contribuye a una mejor defensa de todos los investigados. Es más, posteriormente, la favorecida y los otros investigados pasaron a tener la misma condición de denunciados, conforme se aprecia de la ampliación de la formalización de denuncia presentada el 27 de marzo de 2015 al Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima en la que también se comprende a Josef Arie Maiman Rapaport, Avraham Dan On, Shai Dan On, Eva Rose Fernenbug, David Abraham Eskenazi Becerra, Alejandro Toledo Manrique y Eliane Chantal Karp Fernenbug de Toledo como coautores del delito de lavado de activos en la modalidad de actos de ocultamiento y tenencia (foja 1543, Tomo IV).</p>
<b>Comentario</b>	El caso sub examine es mediático. A la fecha se ha convertido en un emblema del Ministerio Público, en tanto persiga revelar la política de aprovechamiento ilícito de parte de algunos funcionarios

	<p>del más alto nivel, a quienes en un momento la soberanía popular les confió la dirección del país. No bastante ello, en los último días hemos asistido a un espectáculo de corrupción sin límites, que ha apabullado el tesoro público. Ahora, sobre la calidad y rigurosidad jurídica de la sentencia en análisis, concordamos plenamente, puesto que se ha procedido conforme a derecho, y en ningún supuesto se ha vulnerado las garantías que ofrece el principio de Ne bis in ídem. Pues de ninguna manera, el hecho de ampliar una investigación preparatoria en la que se incluye a nuevos agentes, perjudica los derechos de los primeros.</p>
--	---

<b>Expediente N°</b>	<b>00882-2014-0-1301-JR-PE-01</b>
Procedimiento	Habeas Corpus
Órgano	Sala Penal de Apelaciones de Huaura
Demandante	Beneranda Isidora Julca Mallqui
Demandado	Fiscal Luz Mariella Gutiérrez Rodríguez
Fecha de emisión	30-05-14
El Peruano	28-05-16 (pp. 56782-56784)

Ne bis in ídem y disposición de reapertura de investigación	<p>Cuarto.- Lo expuesto en el considerando precedente tiene vital importancia pues el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2725-PHC/TC Lima, Roberto Boris Chauca Temoche y otros, ha señalado en su considerando 14.b: “Que el principio de Ne bis in ídem<sup>3 4 5</sup>, opera respecto a resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada. Se yergue como garantía de todo justiciable, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas; y, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificados, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (Cf. Exp. N° 4587-2004-HC/TC. FJ 38. Caso: Santiago Martín Rivas)”; para luego señalar, en su considerando 15: “Establecido lo anterior, una cuestión que merece consideración en el presente caso, es si las investigaciones preliminares fiscales que arriban a una resolución conclusiva de archivo, puede generar la aplicación de la garantía.</p> <p>Al respecto, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado en precedente sentencia (Cf. Exp. N° 6081-2005-PHC/TC. FJ. 7. Caso: Alonso Leonardo Esquivel Cornejo), que “una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que el demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos”. No obstante, dicho criterio merece una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de “no ha lugar a formular denuncia penal” por parte del fiscal, se refieren a que el hecho no constituye delito, es decir, carecen de ilicitud penal”. Al respecto, hay que señalar dos cuestiones fundamentales; una primera, que la resolución antes anotada está referida a una investigación fiscal con el viejo Código de Procedimientos Penales, sin embargo, ello no la convierte en inaplicable al caso de autos que se tramita con el nuevo Código Procesal Penal, pues más allá de las diferencias entre uno y otro proceso, finalmente estamos refiriéndonos a pronunciamientos del Ministerio Público; y, una segunda (y sin entrar al análisis de cuando se constituye la cosa juzgada o la cosa decidida, como lo sugiere la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada), es de entender que tal categoría jurídica, solo se genera cuando se ha determinado en sede fiscal que el hecho no constituye delito, lo que como ya se ha señalado no ha ocurrido en autos, pues no se puede determinar que los hechos investigados sean los mismos (como se desarrollará en el considerando siguiente); además que el Fiscal de la primera investigación se ha basado para disponer el archivamiento, en todas las posibilidades que comprende el artículo 334.1 del Código</p>
---	---



	<p>Procesal Penal; a lo que hay que agregar de que en su razonamiento no se advierte fundamento para determinar de que lo investigado no constituye delito.</p> <p>Quinto.- Es conveniente al análisis señalar que corresponde efectuar el test de la triple identidad, el mismo que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2725-2014-PHC/TC, ha señalado: a) “En cuanto al primer elemento de la identidad de la persona perseguida penalmente (identidad subjetiva) en varios procesos, si bien es una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar un persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra al mismo tiempo. Este Tribunal considera que la necesidad de cumplimiento de este requisito resulta inexigible si se desvirtúa mediante resolución firme (sea ésta judicial o fiscal) el carácter antijurídico del hecho perseguido. Ello hace jurídicamente imposible el procesamiento a otras personas distintas al sujeto pasivo del proceso originario en tanto la cosa juzgada no sólo produce efecto frente a él sino –como en el presente caso- frente a terceros”, por lo que con respecto a nuestro caso en análisis hay que señalar que la beneficiaria del presente proceso, esto es, la persona de Beneranda Isidora Julca Mallqui, en efecto, es la misma en ambas investigaciones fiscales.</p> <p>Con respecto al segundo componente, señala: b) “Este Tribunal considera que el elemento denominado identidad del objeto de persecución (identidad objetiva), consiste en que la segunda persecución penal debe referirse “al mismo hecho” que el perseguido en el primer proceso (o actividad investigatoria fiscal), es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal”; resultando que en este caso no se tiene claridad de los hechos ya que según los medios obrantes en autos los hechos no han sido descritos de manera que puedan ser identificados y contrastados para determinar su semejanza o diferencia, por ello es que consideramos que trascurrido el tiempo de seis meses, el primer caso concluyó con la Disposición Fiscal N° 02 del 11 de septiembre del 2013 y el segundo caso se inicia con la Disposición Fiscal N° 01 del 06 de marzo del 2014, como ya hemos hecho notar en el considerando tercero, es que puede determinarse que no se tratan de los mismos o cuando menos no se puede afirmar que sean los mismos, ello es así por cuanto como señala el propio Tribunal Constitucional, en la sentencia en comentario considerando 20 ha señalado: “las razones porque a la resolución fiscal de “No ha lugar a formalizar denuncia penal” no se le puede negar el carácter de cosa decidida (cosa juzgada), sabiendo además, que es frecuente que el fiscal penal para archivar una denuncia realiza un juicio de tipicidad del hecho denunciado, que al resultar negativo impide que el imputado pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos ...” , situación que no ha ocurrido en el presente caso, donde el Fiscal sólo se ha detenido a señalar los contenidos de los tipos penales denunciados y los articulados que los comprenden sin determinar cuáles son los hechos investigados; por otro lado, como ya se ha señalado, no ha determinado de manera específica y categórica que los hechos no constituyen delito, sino que por el contrario ha señalado que no tiene los elementos de convicción suficientes, más allá de sustentar</p>
--	---

	<p>su postura en el artículo 334.1 del Código Procesal Penal, que no sólo comprende la causal de archivamiento de no constituir hecho delictuoso, sino también otras causas de extinción previstas en la ley. Finalmente, el Tribunal Constitucional ha señalado la tercera identidad, en la forma siguiente: c) “Por último, la identidad de la causa de persecución es un presupuesto que resulta también verificado en el presente caso, por cuanto el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por los denunciados están referidos por igual a bienes jurídicos (...) que fueron materia de las denuncias de parte, y de las resoluciones que al respecto se dictaron en sede fiscal”. Al respecto, como ya señalamos, resulta evidente que los bienes jurídicos presuntamente afectados son los mismos. Es por las consideraciones expuestas que corresponde confirmar la apelada, que declara infundado el hábeas corpus.</p>
<b>Comentario</b>	<p>3.1. En nuestra opinión, esta resolución trata de modo más integral el contenido dogmático del principio de ne bis in ídem. Así tenemos que el recurso se interpone contra una resolución judicial la cual en su oportunidad había declarado infundada una demanda de habeas corpus por la presunta vulneración del principio de ne bis in ídem. El fallo de dicha resolución se sustenta básicamente en el supuesto de que no concurre los presupuestos del referido principio, pues el Juez entiende que no obstante tratarse de la misma persona en dos procesos incoados por el Ministerio Público, de los cuales se tiene que uno es archivado y el otro aperturado, ambos no versan sobre los mismos hechos, aduciendo que el Ministerio Público como titular de la acción penal puede realizar actos de investigación. Lo que se debe anotar con precisión en este caso es que existen dos investigaciones, una después de la otra, con un plazo relativamente corto. En nuestra opinión, consideramos que debió ampararse la demanda de habeas corpus, pues si se está afectando el principio de Ne bis in ídem, en el supuesto de que el Ministerio Público no puede hacer ejercicio abusivo de su prerrogativa constitucional. Para nosotros si se cumple la triple identidad, pues si bien el archivo de la primera investigación es porque no se ha establecido los hechos delictivos. Nos cuestionamos en este punto, acaso nos es tarea primordial del Ministerio Público dirigir la investigación. De tal modo, que un sistema democrático no puede vulnerarse derechos fundamentales, como la presunción de inocencia. En semejante contexto, si se tuvo una primera oportunidad para establecer el carácter delictuoso de un hecho, ¿por qué en una segunda sí? Y más aún, si en la segunda investigación nuevamente no se puede acreditar la responsabilidad del agente, después de un plazo, ¿nuevamente se aperturaría investigación? Definitivamente si hay una afectación al ne bis in ídem.</p>

<b>Expediente N°</b>	<b>03649-2015-0-1301-JR-PE-02</b>
Procedimiento	Hábeas Corpus
Órgano	Sala Penal de Apelaciones y Liquidación de Huaura
Demandante	Leoncio Jimmy Ríos Herrera
Demandado	
Fecha de emisión	12-01-16
El Peruano	08-04-16 (pp. 55865-55866)

Cosa juzgada y ne bis in ídem	<p>El Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: “Asimismo, la eficacia negativa de las resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada configura, a su vez, lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo fundamento (ne bis in ídem). En relación a este derecho, el Tribunal tiene declarado que, si bien el ne bis in ídem no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, sin embargo, al desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2 del artículo 139º de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso”. En consecuencia, resulta claro que no solo la cosa decidida sino también la cosa juzgada puede ser cuestionada ante una vulneración del principio constitucional de ne bis in ídem, siendo la vía idónea para el trámite respectivo adhiriéndonos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada en el fundamento precedente corresponde al proceso constitucional del Amparo.</p>
Comentario	<p>El apelante postula proceso de habeas corpus por la presunta vulneración del principio limitador de la acción penal: Ne bis in ídem. El Tribunal de primera instancia resuelve improcedente, pues en dicho supuesto, la vía idónea es el proceso de amparo. Inconforme la defensa apelante frente a tal razonamiento jurisdiccional, señala en su recurso que ello es viable cuando existe cosa decidida y no cosa juzgada como el de su patrocinado. Frente a semejante encuentro de criterios, el tribunal que revisa la alzada, considera que es erróneo el raciocinio de la defensa y no importa si se trata de cosa juzgada o decidida. En ambos casos, la vía idónea para proteger el contenido esencial del precitado principio es el Proceso de Amparo. Por nuestra parte, no asumimos el criterio de la sala, pues si la investigación penal aun esta en sede fiscal, es claro que lo urgente consiste en garantizar la libertad de investigado. Es viable, en ese sentido que se interponga la demanda de habeas corpus, dada la eficacia que despliega frente a un exceso fiscal o judicial.</p>

<b>Expediente N°</b>	<b>10153-13</b>
<b>Procedimiento</b>	Hábeas Corpus
<b>Órgano</b>	Segunda Sala Penal Procesos Reos Cárcel de Lima
<b>Demandante</b>	
<b>Demandado</b>	
<b>Fecha de emisión</b>	21-08-15
<b>El Peruano</b>	27-08-16 (pp. 57763-57764)

Dimensiones	<p>2.4. En ese sentido, atendiendo al agravio formulado, es menester señalar que el ne bis in ídem es un derecho que tiene un doble contenido. Por un lado, ostenta un carácter procesal y por otro un carácter material. Entender a este principio en su vertiente procesal implica “(...) respetar de modo irrestricto el derecho de una persona de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho (...)” o no “(...) ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir que un mismo supuesto fáctico no puede ser objeto de dos procesos penales distintos o si se quiere que se inicien dos procesos penales con el mismo objeto (...)” – STC número 2050– 2002 – AA/TC –. En tanto que, en su enfoque material “(...) expresa 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 (...)” – STC número 2050 – 2002 – AA/TC –.</p> <p>2.5. Por esta razón, un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos, ni merecer persecución múltiple. En consecuencia, la protección se vincula a los hechos que fueron materia de un primer pronunciamiento y sobre los cuales no corresponde una nueva decisión.</p>
Ne bis in ídem y cosa decidida	<p>2.6. Así las cosas, al caso analizado, corresponde la aplicación del tratamiento efectuado por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 01887 – 2010 – PHC – TC, del veinticuatro de setiembre de dos mil diez, en cuyo fundamento décimo quinto estableció “(...) la sola existencia de dos procesos o dos condenas impuestas, o si se quiere dos investigaciones fiscales, no pueden ser los únicos fundamentos para activar la garantía del ne bis in ídem, pues se hace necesario previamente la verificación de la existencia de una resolución que tenga la calidad de cosa juzgada o cosa decidida. Una vez verificado este requisito previo será pertinente analizar strictu sensu los componente del ne bis in ídem (...)”. Al mismo tiempo, en relación a si ostenta la calidad de cosa decidida un pronunciamiento fiscal de archivo definitivo, el Tribunal Constitucional en la sentencia número 2725 – 2008 – PHC/TC, del veintidós de setiembre de dos mil ocho, ha tenido la oportunidad de pronunciarse de la siguiente manera “(...) las resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal, que en el ejercicio de sus funciones pudieran emitir los representantes del Ministerio Público, no constituyen en estricto cosa juzgada, pues esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales. No obstante ello (...) (se) ha reconocido el status de inamovible o cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución que los hechos investigados no configuran ilícito penal (...)”. Si bien ambas sentencias no constituyen precedentes vinculantes, sí forman parte de nuestra jurisprudencia constitucional conforme lo prescrito en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que todo Juez debe observar, por lo que debe resolverse conforme lo decidido por el Tribunal Constitucional en la sentencias</p>

	<p> mencionadas.</p> <p>2.7. Fijado ello, en atención a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, corresponde verificar la presencia del requisito previo, es decir, la preexistencia de una resolución que ostente la calidad de cosa decidida. Así, analizada la resolución emitida por la Cuadragésima Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, de fojas trescientos cincuenta y cuatro, esto es, la que resuelve la apertura de la investigación preliminar contra el recurrente, se observa que a la fecha de la misma, es decir, el siete de enero de dos mil trece, no existía un pronunciamiento definitivo en sede fiscal que establezca la ilicitud del hecho incriminado.</p> <p>En efecto, desde los motivos del recurso, se afirma que “(...) el doctor Humberto Méndez Saldaña, Fiscal de la 45ª Fiscalía Provincial Penal de Lima (...) por haber dado inicio y tramitar una investigación – en mérito a la denuncia presentada por la señora Katia Marisol Agüero Ortega – en contra del favorecido, a pesar de la existencia de una investigación a cargo de la 12ª Fiscalía Penal del Callao (...) por los mismos hechos, mismos fundamentos y objeto de investigación en contra del favorecido (...)”; empero, según emerge del proceso, la resolución de la Décimo Segunda Fiscalía Provincial Penal del Callao, de fojas cuatrocientos sesenta y tres, tiene una fecha posterior, es decir, el cinco de julio de dos mil trece. La conclusión es inexorable: A la fecha en que el Fiscal Provincial emplazado dictó la resolución que dispuso la apertura de investigación preliminar, no existía un pronunciamiento con la calidad de cosa decidida por otra instancia fiscal que se haya pronunciado sobre la ilicitud del hecho investigado. En tal virtud, no se ha verificado la convergencia del requisito previo para la ponderación de las exigencias requeridas para la materialización del principio del ne bis in idem, por lo que no puede ampararse la demanda de autos, interpuesta contra el señor Fiscal Provincial de la Cuadragésima Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, don Humberto Méndez Saldaña y la persona de Katia Marisol Agüero Ortega.</p>
<b>Comentario</b>	<p>Es natural que se persiga la protección de la libertad, más si se está incurrido en un proceso penal, donde el Estado despliega todo su poder punitivo. Es natural también, que se busque el modo para llegar a un buen puerto dentro de un proceso penal, por ello, se proscribe la persecución penal múltiple o paralela. En el presente caso asistimos a confirmar lo que todos los operadores del derecho vemos a diario: deducciones de excepciones e improcedencias de acción o recursos constitucionales que no hacen más que coadyuvar al desorden y a la carga procesal. A pesar de ello, la judicatura tiene que resolver. Así tenemos, que el recurrente alega la vulneración del principio ne bis in idem, pues asume ser investigado por dos fiscalías distintas por el mismo hecho. Frente a ello, la sala responde categóricamente, que en sede fiscal no se da la cosa juzgada, sino la cosa decidida. Para que esta última tenga los mismos efectos, el hecho denunciado no debe constituir delito, lo cual no ocurre en el caso materia de examen. En otras palabras, la cosa decidida, no puede ser usada tal cual la cosa juzgada. Como se ha señalado en otras sentencias, las actuaciones del Ministerio Público son meramente postulatorias. La cosa decidida, aun no tiene el nivel de eficacia como si lo tiene la cosa juzgada.</p>

<b>Expediente N°</b>	<b>136-2010</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Permanente
Imputado	Pedro Nicolás Saldivar Cajaleón
Agraviado	El Estado
Delito	Tráfico Ilícito de Drogas
Fecha de emisión	09-03-11

Antecedentes	<p>Los delitos perseguidos fueron Tráfico ilícito de Drogas y Lavado de Activos: 1º) sobre el primero, el 8 de junio 1998, la Policía interviene un vehículo que llevaba un cargamento de droga, la cual pertenecía la organización criminal denominada “Carnero” o “Tía Julia”; y, 2º) sobre el delito de lavado de activos, en su oportunidad se le imputo al encausado el hecho de que haya facilitado la adquisición de bienes a favor de la esposa del líder de la organización criminal, con dinero proveniente del narcotráfico.</p> <p>El encausado enfrentó dos procesos por el delito de tráfico lícito de drogas. En uno fue condenado y en otro absuelto por parte de la Corte Suprema.</p>
Fundamentos	<p>El encausado Pedro Nicolás Saldivar Cajaleón, fue procesado por dos veces. A lo cual, la Sala Suprema afirma que se cumple con el primer supuesto del principio ne bis in ídem, esto es, identidad del sujeto. Respecto del segundo presupuesto, (identidad del objeto), la sala concluye que si existe en la realidad de los hechos una semejanza en ambos procesos. Es decir, el encausado, no ha cometido el delito de lavado de activos, siendo solo el delito de tráfico ilícito de drogas. En tercer lugar, sobre el presupuesto de sentencia firme, el colegiado determina que se ha cumplido con dicho presupuesto. En el considerando quinto de la sentencia se enfatiza que el acusado, pertenece a una organización criminal que trafica droga. Que estuvo procesado por hechos cometidos en Ayacucho y por semejantes cometidos en Piura. Y en el considerando sexto, señala que no se cumple con los presupuestos del tipo penal de lavado de activos, lo que le hace desmerecedor de un reproche penal por dicho delito.</p>
Comentario	<p>En este caso, se destaca el hecho de que se hay fijado la atención en dos hechos procesos y que la defensa del imputado hay postulado un proceso en el cual se iba a dilucidar si se habría afectado el principio de ne bis in ídem. Consideramos que la sala aplica idóneamente el principio, puesto que no se ha demostrado que el encausado aparte de pertenecer a una organización criminal que traficaba ilícitamente productos provenientes del narcotráfico, se hay dedicado a lavar activos, máxime si en ambos procesos se ha juzgado por el mismo delito. En este caso, solo bastaba verificar los hechos de ambos procesos, lo que se hace, por ello, la sala suprema declara no haber nulidad en la subida en grado.</p>

<b>Expediente N°</b>	<b>544-2009</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Permanente
Imputado	Yolanda Beatriz Nolzco Manco de Sandoval
Agraviado	El Estado
Delito	Peculado
Fecha de emisión	29 de abril de 2010

Antecedentes	Yolanda Beatriz Nolzco Manco de Sandoval fue denunciada en calidad de funcionaria de la USE 3 – Lima por realizar gastos innecesarios y sobrevalorados en perjuicio del Estado, como: i) adquirir materiales de construcción por la suma de S/. 19,921.00 utilizando una mínima parte de la suma, desconociendo el destino de la suma de S/. 18 326.50; ii) disponer la compra de cervezas con motivo del agasajo de fin de año por un valor de S/. 3,300; iii) entre los años 1997-1998 adquirieron mimeógrafos de la firma Gestetner Sociedad Anónima sin existir el requerimiento de necesidad de dichos bienes.
Fundamentos	Considerando Sétimo: Que, estando a lo expuesto precedentemente, se advierte que lo alegado por la recurrente al pretender que se declare fundada la excepción de cosa juzgada – teniendo como fundamento que al haber sido investigada y sancionada administrativamente por la institución agraviada, no podría ser juzgada penalmente-, no tiene sustento legal alguno, por cuanto no se está ante un supuesto de cosa juzgada, y si bien es cierto, las sanciones administrativas y los delitos contra la Administración Pública tutelan el correcto desempeño de la función pública, sin embargo, debe tenerse en cuenta, que el delito de peculado, además de evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, garantiza el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, el cual no se protege con la sola imposición de una sanción administrativa, fundamento jurídico que ha sido plasmado en la Ejecutoria Suprema número mil doscientos veintiocho - dos mil cinco, de fecha uno de setiembre de dos mil cinco, expedida por esta Suprema Sala; a lo que debe agregarse, que los motivos para investigarse administrativamente a la encausados se basan en faltas de carácter disciplinario que se encuentran previstas en los incisos a), d) y f) del artículo veintiocho del Decreto Legislativo número doscientos setenta y seis -Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público-, lo cual, no se condice con la infracción de normas penales en que incurrió la imputada y que ha quedado debidamente acreditada en autos - conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos ya citados-; que siendo así, no se advierte la existencia de una resolución judicial firme seguida contra la recurrente y menos aún, por los mismos hechos, por lo que no es de aplicación lo dispuesto por el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales.
Comentario	No es novedad la confusión que se genera en algunos letrados, acerca del ne bis in ídem, cuando se detecta que se ha cometido un delito contra la Administración Pública. En el caso sub análisis, la defensa pretende que se declare nula una resolución judicial, en tanto se había presentado la vía para deducir la excepción de cosa juzgada, con una resolución propia del derecho administrativo

	<p>sancionador. Técnicamente, el razonamiento de la Sala es acorde al ordenamiento penal, pues es un equívoco sostener que la sanción administrativa excluye el proceso penal. En ambas instancias el bien jurídico protegido es distinto. Para el derecho administrativo sancionador será el desempeño correcto de la administración pública. Y para el derecho penal, específicamente en el delito de peculado, será evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, garantiza el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, el cual no se protege con la sola imposición de una sanción administrativa.</p>
--	--



<b>Expediente N°</b>	<b>729-2012</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Transitoria
Imputado	Aurelia Victoria Velarde Gonzales
Agraviado	El Estado.
Delito	Terrorismo.
Fecha de emisión	08 de marzo de 2013

Antecedentes	La persona de Aurelia Victoria Velarde Gonzales, fue procesada por haber tenido participación en una organización terrorista. Por estos hechos fue absuelta por el tribunal militar en fecha de 28 de octubre de 1993. Dicha resolución fue utilizada para presentar una excepción de cosa juzgada, la cual fue declarada fundada por la sala penal nacional. La resolución ultima, fue subida en grado, a petición del fiscal superior y el procurador público del Ministerio del Interior.
Fundamentos	La Sala Suprema concluye que la sala inferior en grado ha cometido un error al admitir la excepción, por lo que es menester reformar la resolución que concedía la excepción.
Comentario	A nuestro criterio, nuevamente es oportuna la intervención de la sala suprema, puesto que no puede equipararse una resolución de una jurisdicción distinta a la ordinaria. Es decir, no puede alegrarse afectación del principio de ne bis in ídem, si en el tribunal militar se absuelve a un agente, quien es procesado en el fuero judicial. En ese orden de ideas, queda claro, que aunque se trate del mismo sujeto, hecho y haya una resolución de una jurisdicción especial, no excluye al fuero común. En otras palabras, una resolución del tribunal militar, no puede constituir cosa juzgada ya sea condenatoria o absolutoria.

<b>Expediente N°</b>	<b>738-2009</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Permanente
Imputado	Oscar Merardo Asencio Bardales
Agraviado	El Estado
Delito	Peculado
Fecha de emisión	26 de mayo de 2010

Antecedentes	<p>Oscar Merardo Asencio Bardales, en su condición de Secretario Judicial del Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, se apropió de la cantidad de S/. 2,820.00, perteneciente a los beneficiarios de depósitos judiciales en los procesos que se encontraban bajo su responsabilidad, para cuyo efecto falsificó la firma de sus titulares e hizo entrega de esos títulos a la Técnico Judicial Sofía Cabrera Vargas (co encausada) a efectos de que los endose a Juliana Ortiz García (co encausada) y Margarita Alcántara Novoa y luego procedan a cobrarlos en las agencias del Banco de la Nación de la ciudad de Cajamarca. Ambas co encausadas se sometieron a la terminación anticipada y en sus testimoniales afirmaron que el dinero cobrado ilegítimamente, era entregado al señor Asencio Bardales.</p>
Fundamentos	<p>Considerando Sexto: Que esta conclusión en modo alguno puede ser desvirtuada con el argumento del referido encausado respecto a que por estos hechos fue absuelto en la vía administrativa -véase resolución de fojas mil cincuenta y seis-, por cuanto el principio ne bis in ídem determina una interdicción de la duplicidad de procesos o de sanciones, administrativas o penales o, entre ellas, respecto a un mismo sujeto, un mismo hecho y con identidad de fundamento, sin embargo, un mismo hecho no puede existir y dejar de existir para los órganos del Estado, lo que habilita a que en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos sobre un mismo hecho, penal y administrativo, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbadado, pues el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo, en tanto el derecho administrativo sancionador opera como respuesta a conductas reguladas por su propio ordenamiento legal, y de ningún modo actúa rigiéndose por el principio de lesividad, que si se produce en un proceso penal - criterio contemplado en el fundamento cuarto y quinto de la sentencia vinculante número dos mil noventa - dos mil cinco, conforme lo dispone en el Acuerdo Plenario número uno - dos mil siete/ESV-veintidós del dieciséis de noviembre de dos mil siete-; que, por tanto, la absolución que mereció el encausado en el proceso administrativo sancionador en nada limita el despliegue del proceso penal hasta emitirse una resolución final firme, consecuentemente la decisión adoptada se encuentra arreglada a ley y a mérito de lo actuado.</p>
Comentario	<p>No queda duda de que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal tienen semejanzas plausibles, las cuales se verifican día a día. En el presente proceso, se arguye que la absolución administrativa condiciona a una eventual absolución penal. Este criterio es erróneo. El derecho administrativo no protege bienes jurídicos en el nivel penal, es decir, constituye un mecanismo cuyos efectos no llegan más allá del propio agente. En cambio en el derecho penal, los efectos son para la comunidad. En dicho</p>

	<p>contexto, no puede sostenerse en la realidad jurídico-pragmática una absolución administrativa es óbice para la incoación de un proceso penal. Por el contrario, constituye una prueba para acreditar la conducta del funcionario o servidor público, por más que haya sido absuelto.</p>
--	--

<b>Expediente N°</b>	<b>817-2009</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Permanente
Imputado	Dositeo Montenegro Guevara. Eloy Santillán Bocanegra, Juan Fernando Pérez Quispe y Elizabeth Sánchez Vallejo
Agraviado	El Estado
Delito	Malversación de Fondos.
Fecha de emisión	04 de junio de 2010

Antecedentes	<p>El encausado Dositeo Montenegro Guevara –Alcalde de la Municipalidad de Soritor-, María Elena Linth Herrera de Alva -Directora Municipal-, y los encausados Eloy Santillán Bocanegra, Juan Fernando Pérez Quispe, Elizabeth Sánchez Vallejo, María Adilia Arbildo Cacique y Eliseo López del Águila -Regidores- en Sesión Extraordinaria de Concejo número cero cero cuatro, del veintiséis de abril de dos mil uno, acordaron solicitar un préstamo de dinero al Banco de la Nación por la cantidad de S/. 200,000.00, que serían cancelados con el capital del Fondo Nacional de Compensación Municipal - FONCOMUN, que iba a ser destinado al proyecto de obra civil de pavimentación de las calles adyacentes a la Plaza de Armas de ese Distrito;</p> <p>De dicho fondo solo se utilizó S/. 113,497.60 y el saldo de S/. 44,019.37 fue transferida a la cuenta de ingresos propios para ser empleada en gastos corrientes, tales como remuneraciones del señor Alcalde, planilla de cesantes, servicios no personales y pago de dietas de los señores Regidores;</p> <p>Asimismo, los encausados a través del Acuerdo de Consejo N° 119, del 17 de octubre de 2001, decidieron transferir S/. 56,874.26 de la cuenta del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN hacia la cuenta corriente de Ingresos Propios, dinero con el que efectuaron pagos por la utilización de maquinaria de la propia Municipalidad, préstamos internos, pagos de servicios y adquisición de bienes; que esta disposición de caudales, por su especial condición - dinero destinado únicamente para gastos de inversión-, afectó el servicio de la Municipalidad.</p>
Fundamentos	<p>Considerando Séptimo: “Que esta conclusión en modo alguno puede ser desvirtuada con el argumento de la encausada Sánchez Vallejo de que por este hecho en la vía administrativa fue suspendida sin goce de haber por treinta días, por cuanto el principio ne bis in ídem determina una interdicción de la duplicidad de procesos o de sanciones, administrativas o penales o, entre ellas, respecto a un mismo sujeto, un mismo hecho y con identidad de fundamento, sin embargo, un mismo hecho no puede existir y dejar de existir para los Órganos del Estado, lo que habilita a que en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos sobre un mismo hecho, penal y administrativo, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbadado, pues el Derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo, en tanto el Derecho administrativo sancionador opera como respuesta a conductas reguladas por su propio ordenamiento legal, y de ningún modo actúa rigiéndose por el principio de lesividad, lo que si se produce en un proceso penal -</p>

	criterio contemplado en el fundamento jurídico cuarto y quinto de la sentencia vinculante número dos mil noventa - dos mil cinco, conforme lo dispone en el Acuerdo Plenario número uno - dos mil siete/ESVveintidós, del dieciséis de noviembre de dos mil siete”.
Comentario	En este caso, la sala resuelve no haber nulidad frente a lo alegado por la parte imputada. Como se verifica supra, el hecho de que se sancione administrativamente a una persona, no da lugar a que el derecho penal se sustraiga y se supedite a este.

<b>Expediente N°</b>	<b>887-2015</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Transitoria
Imputado	Elio Pro Herrera Julio Arturo Camacho Galdós Cesar Armando Quintanilla Cárdenas Augusto Tarazona Chamaya Julio Cesar Loayza Gallegos
Agraviado	El Estado y la Municipalidad Distrital de Echarate
Delito	Peculado
Fecha de emisión	21 de Diciembre 2015

Antecedentes	<p>Elio Pro Herrera, Alcalde de la Municipalidad Distrital de Echarate, fue acusado de direccionar a otros fines el dinero que ostentaba la Municipalidad, no obstante conocer de la expresa prohibición de no realizar reajustes o incrementos de remuneraciones. Además se le atribuye celebrar convenios con personas jurídicas sin respetar el debido procedimiento administrativo. Contratar al gerente de unidad logística sin que esta reúna los requisitos. También se le acuso de adquirir de modo irregular maquinarias pesadas para la municipalidad. Y favorecer la contratación de personas que tenían vínculo familia directo con él.</p> <p>A Cesar Arturo Camacho Galdós, Gerente General de la Municipalidad, se le acusó por hechos similares a los cometidos por el alcalde.</p> <p>A Cesar Armando Quintanilla Cárdenas, Gerente de Administración, se le acuso por incrementar indebidamente las remuneraciones a los funcionarios contratados.</p> <p>A Augusto Tarazona Chamaya, Jefe de Personal, se le acuso, de facilitar la contratación de personal sin que este cumpla con el perfil requerido.</p> <p>A Julio Cesar Loayza Gallegos, Jefe de Logística, se le acuso de permitir la compra la irregular compra de maquinaria para la Municipalidad.</p> <p>La defensa técnica de Cesar Arturo Camacho Galdós, dedujo excepción de cosa Juzgada, pues, con fecha 16 de julio de 2012, declaro fundada la excepción de naturaleza de acción.</p>
Fundamentos	<p>Considerando Noveno: “sobre el particular, cabe indicar que la excepción de cosa juzgada se sustenta en el principio de que nadie puede ser juzgado perseguido dos veces por la misma causa, esto es que no pueden revivirse procesos que ya fueron materia de sentencia final, consentida o ejecutoriada; sin embargo en materia penal se requiere para la procedencia de la cosa juzgada tres identidades, que deben darse entre el proceso resuelto y el que se intenta poner en marcha como son: la identidad objetiva, subjetiva y de acción.(...) conforme se advierte de la resolución emitida en el acta de audiencia del 16 de julio de 2012, la excepción naturaleza de acción deducida por la defensa técnica de los procesados citados supra. (...) verificándose, además que las acciones realizadas en ambos casos han obedecido a un mismo propósito; por lo que la identidad objetiva e identidad de la acción han sido concurrentes en la presente causa, por lo que resulta amparable la excepción de cosa juzgada deducida por el impugnante. (...)”</p>
Comentario	Lo peculiar de este caso es que la deducción de un mecanismo de defensa lleva a consolidar otro. La deducción oportuna de la

	<p>naturaleza de acción da lugar a la posterior deducción de la cosa juzgada. Lo que también llama la atención es que en un contexto de afectación de la administración pública como bien jurídico, se haya decido declarar la nulidad de la sentencia subida en grado, dejando la sala su postura respecto del principio de ne bis in ídem.</p>
--	--

<b>Expediente N°</b>	<b>999-2014</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Transitoria
Imputado	Jesús Gilmer Vega Moreno
Agraviado	El Estado
Delito	Peculado Doloso
Fecha de emisión	Fecha de Resolución : 14 de Marzo de 2016

<b>Antecedentes</b>	La persona de Jesús Gilmer Vega Moreno, alega que fue sancionado administrativamente por un hecho que cometió contra la Administración Pública. Dicha actuación daría lugar a la activación en su favor del principio de Ne bis in ídem.
Fundamentos	Considerando Sexto: “Que el agravio referido al Non bis in ídem carece de sustento porque si bien el imputado fue destituido según la resolución administrativa, no existe unidad de fundamento con relación al tipo legal de peculado doloso. El bien jurídico tutelado en ambos ilícitos: Penal y Administrativo difiere -- en el peculado se tutela la correcta gestión del patrimonio público destinado a la prestación de servicios públicos, mientras que en el injusto administrativo se centra en los deberes abstractos del funcionario público con la administración--; y por ende, las exigencias del delito de peculado son más intensas y extensas que en el injusto administrativo. Al no mediar unidad de fundamento, no existe vulneración del Non Bis In Ídem.”
Comentario	En el presente caso, la Sala concluye que no hay afectación del Ne bis in ídem, puesto que no existe unidad de fundamento. En nuestros términos, entendemos a la unidad de fundamento al hecho de que no tiene el mismo cimiento jurídico el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. Es decir, para son dos vías distintas no excluyentes, por el contrario, el derecho penal incluye al derecho administrativo sancionador. En tal sentido, nada obsta para que se apertura una investigación penal por un hecho ya reconocido ilícito en el ámbito administrativo, configurando un auténtico reproche punitivo desde la óptica penal.



<b>Expediente N°</b>	<b>1662-2009</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Permanente
Imputado	Ana María Chávez Velásquez Juan Evangelista Guevara Villalobos y Tan En Hui
Agraviado	El Estado
Delito	Defraudación Tributaria
Fecha de emisión	19 de Agosto de 2010

<b>Antecedentes</b>	El recurso de nulidad interpuesto por la parte civil, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, contra el auto superior de fojas 212 del 2 de diciembre de 2008 que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra Ana María Chávez Velásquez, Juan Evangelista Guevara Villalobos y Tan En Hui por el delito de defraudación tributaria en agravio del Estado, alegando que no concurre la identidad de sujeto que se exige para la procedencia del principio del ne bis in idem.
Fundamentos	Fundamento Tercero: Que, del análisis de lo actuado se advierte que a nivel preliminar se recibieron las manifestaciones de David Jordan Patina Cutipa, Victoria Eustaquia Montes Lucero y Esther Condori Gutiérrez - supuestos proveedores de materia prima a la empresa de los encausados- quienes, de manera coincidente y categórica, afirmaron que las firmas que se les atribuye y que aparecen coma suyas en los documentos incriminados - liquidaciones de compra- fueron falsificadas y que no habían realizado las operaciones comerciales que en ellas se detallan; que dichos actos de investigación constituyen indicadores susceptibles de ser verificados a nivel del juicio oral, por lo que su desestimación a priori aduciendo falta de formalidad en su obtención -fueron brindadas a nivel preliminar sin presencia del representante del Ministerio Público-, resulta prematura - repárese que la resolución que se cuestiona es una que clausura la posibilidad del juzgamiento- Fundamento Cuarto: Que, por otro lado, en lo que se refiere a la eventual aplicación del principio n en bis in idem bajo la consideración que por los mismos hechos la administración tributaria ya había aplicado una sanción a la empresa Atlántico Fish Sociedad de Responsabilidad Limitada, debe anotarse que el Colegiado al pronunciarse sobre esta articulación -que fuera formulada por el propio Fiscal Superior-, únicamente efectúa una alusión genérica al mencionado principio y lo considera procedente al caso sin explicitar las razones de tal determinación, lo cual vulnera la garantía de la debida motivación de las resoluciones.
Comentario	En este caso, se busca que se declare nula una resolución que concede la aplicación del principio de Ne bis in ídem. Para nosotros es correcta la solución a la que arriba la sala, pues no puede hacerse de un derecho un abuso, más si este garantiza la libertad. Si se justifica la no aplicación del principio; también debe motivarse la aplicación del mismo.

<b>Expediente N°</b>	<b>2563-2013</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Permanente
Imputado	Edwin Abelardo Mendivil Gracia
Agraviado	SUB CAFAE-DRE-CUSCO
Delito	Hurto Agravado
Fecha de emisión	20 de abril de 2015

Antecedentes	<p>Edwin Abelardo Mendivil Gracia fue procesado por el delito de hurto agravado.</p> <p>Con fecha 02 de mayo de 2011, se declaró fundada la excepción de Cosa Juzgada.</p> <p>Con fecha 28 de octubre de 2011, se revocó la resolución que había concedido la cosa juzgada.</p> <p>Contra el auto revocador, el imputado interpuso recurso de nulidad, alegando afectación del principio de Ne bis in ídem, pues por los mismos hechos ha sido juzgado en un proceso anterior.</p>
Fundamentos	<p>Considerando Segundo: “El contenido esencial constitucionalmente protegido del Ne bis in ídem debe identificarse en función de sus dos dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que en su función materia, el enunciado según el cual “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho”, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que al proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces(o más veces) por una misma infracción cuando existe identidad de sujeto, hecho, fundamento.”</p>
Comentario	<p>En nuestra opinión, este caso consiste en un clásico ejemplo de activación del principio ne bis in ídem. Es decir, cuando ya existe un pronunciamiento firme en sede jurisdiccional sobre un hecho materia de punibilidad, no puede instaurarse otro proceso posterior por el mismo hecho. En este caso, estamos frente al no bis in ídem material, por cuanto existe una resolución de sede jurisdiccional.</p>

<b>Expediente N°</b>	<b>1228-2005</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Permanente
Imputado	Elio Hernán Reyes Benavides
Agraviado	El Estado
Delito	Peculado
Fecha de emisión	01 de setiembre de 2015

Antecedentes	El acusado Reyes Benavides interpone recurso de nulidad procurando la absolución de los cargos, sosteniendo que no se valoró las pruebas practicadas en el proceso, tales como el informe emitido por la UGEL de Huacrachuco que señaló que cumplió con pagar a los docentes; asimismo, acotó que la Sala sentenciadora no consideró la forma y circunstancias en que el dinero supuestamente retenido fue entregado en forma oportuna al Jefe de Auditoría Interna Juan Julio Villanueva, y que no se ha demostrado que medió dolo en su conducta. Y que fue sancionado administrativamente.
Fundamentos	Considerando Quinto: “Que, (...), aun cuando el imputado –según afirma el Auditor de la Institución- fue sancionado administrativamente con suspensión de seis meses, no se está ante un supuesto de ne bis in ídem, constitucionalmente prohibido, porque las sanciones administrativa y penal, en este caso, no tienen el mismo fundamento o, mejor dicho, no tutelan el mismo bien jurídico vulnerado, dado que el tipo penal de peculado no sólo tutela el correcto desempeño de la función pública sino también el patrimonio público unido al debido cumplimiento del derecho presupuestario, y porque existe un supuesto de relación de sujeción especial del imputado con el Estado al ser funcionario público y contra él se ha concretado el régimen administrativo sancionador”
Comentario	El presente proceso, desarrollado en la década pasada, permite advertir la confusión en los letrados respecto del tratamiento del principio ne bis in ídem, puesto que se asumía como regla que la sanción administrativa tiene el mismo efecto que la sanción judicial (penal). A lo que debemos señalar, nuestra conformidad con la sentencia, al delimitar de modo sencillo, el marco de protección de ambas vías. La Sala -en el fundamento extraído- deja en claro que el fundamento de la sanción penal no es el mismo de la sanción administrativa. Hay que señalar, también, que en los delitos contra la administración pública, siempre va a existir un proceso administrativo, lo cual no implica la no incoación del proceso penal por el delito que corresponde.

<b>Expediente N°</b>	<b>5105-2008</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Transitoria
Imputado	Michael Fernando Hurtado Mosquera
Agraviado	Enrique Javier medina Burgos
Delito	Violación de la Libertad de Trabajo
Fecha de emisión	06 de abril de 2010

Antecedentes	El acusado Michael Fernando Hurtado Mosquera fue requerido y apercibido judicialmente por mandato judicial a efectos de cancelar los beneficios por derechos laborales que le correspondían al agraviado Enrique Javier Medina Burgos, como consecuencia al grado de dependencia que mantenía con él; imperativo legal no cumplido, por lo que se le apertura proceso penal por el delito contra la violación a la libertad de trabajo.
Fundamentos	<p>Considerando Quinto: Que, respecto a lo alegado por el procesado, al señalar que se ha vulnerado el debido proceso, ya que se le juzgó dos veces, tanto en vía laboral como en lo penal, y se ha quebrantado el principio de Non Bis In ídem, se debe señalar que en sede laboral el procesado fue demandado por no cumplir con el pago de los beneficios laborales, declarando el Juzgado fundada la demanda interpuesto, aplicando el artículo cuarenta de la Ley veintiséis mil seiscientos treinta y seis y el artículo cuatro del Decreto Supremo cero cero tres-noventa y siete - TR, y a pesar que fue notificado constantemente para que cumpliera con dicha obligación, conforme se acredita de fojas diecinueve y veinticuatro, éste no lo ha hecho.”</p> <p>Considerando Sexto: Que, habiéndose incumplido un mandato judicial, se le aperturó denuncia contra la violación de la libertad de trabajo, establecido en el artículo ciento sesenta y ocho, inciso tercero del Código Penal vigente, que sanciona con una pena no mayor de dos años, y señala que: "...La misma pena se aplicara al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente..."; Por lo tanto, es preciso señalar que no se ha quebrantado el principio constitucional alegado por el procesado, ya que su responsabilidad penal es consecuencia de no haber cumplido con el mandato judicial que le ordenó el pago de los beneficios sociales que le correspondía al agraviado”.</p>
Comentario	Lo destacable de esta resolución es la controversia. Tal como se verifica supra, estamos ante dos procesos; uno laboral y otro penal. En el proceso laboral el imputado fue sancionado y se le obligaba a cumplir con cierto mandato. El recurrente hace caso omiso, y por ello se le imputa lesionar un derecho fundamental de la libertad de trabajo. Para nosotros es equivocada la postura de la defensa que alega la vulneración del principio ne bis in ídem, puesto que la sanción en la vía laboral y su incumplimiento recién activa el proceso penal. Es decir no estamos ante dos procesos que estén juzgando el mismo hecho. Existe un solo hecho, no cumplir con una resolución judicial y con ello afectar el derecho fundamental del trabajo.

<b>Expediente N°</b>	<b>3031-2009</b>
Procedimiento	Recurso de Nulidad
Órgano	Sala Penal Permanente
Imputado	Renzo Mariano Caro Zapata
Agraviado	Menor de edad A.M.M.R.
Delito	Violación contra la libertad sexual
Fecha de emisión	25 de enero de 2010

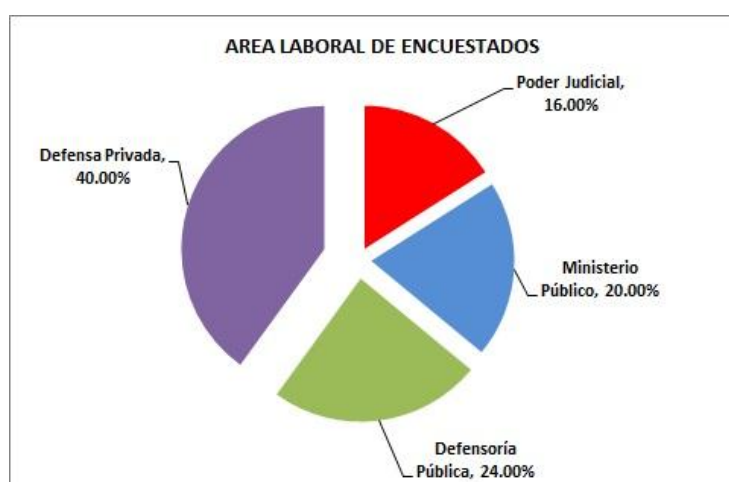
Antecedentes	<p>El acusado Renzo Mariano Caro Zapata fue imputado de haber captado a la menor de iniciales A.M.M.R. (de 17 años de edad) en el mes de septiembre de 2007, en la ciudad de Trujillo; haberla agredido sexualmente, y trasladado a las ciudades de Chiclayo e Ica para que ejerza el meretricio y obligado a entregarle el dinero que ganaba producto de esta actividad; asimismo, se le atribuyó haber despojado a su conviviente agraviada identificada con las iniciales G.V.T.V. de las ganancias que obtenía al ejercer la prostitución.</p>
Fundamentos	<p>Considerando Noveno: Que dentro de ese contexto el propio abogado defensor del acusado Caro Zapata en la sesión de audiencia del seis de mayo de dos mil nueve de fojas quinientos noventa y seis solicitó al Tribunal Superior que se desvincule de la acusación fiscal por delito de trata de personas, previsto en el artículo ciento cincuenta y tres y ciento cincuenta y tres "A" del Código Penal -en su modalidad básica y agravada- y reconduzca la tipicidad al delito de rufianismo previsto en el artículo ciento ochenta del citado cuerpo legal; que la Sala Penal Superior informó al Ministerio Público -permitiendo la discusión del punto de vista jurídica planteado- y posteriormente, analizando los presupuestos legales del tipo legal, acogió la petición del encausado; que desde la perspectiva de la vigencia del principio de contradicción se respetó el derecho de defensa de los sujetos procesales al discutirse y plantearse la estrategia en función de lo peticionado; que, asimismo, los hechos por los que se acusaba permanecieron intactos y la modificación en la calificación jurídica fue consecuencia de la prueba practicada en el juicio oral, en tanto en cuanto se trató de una diferente apreciación jurídica de los mismos hechos."</p> <p>Considerando Décimo: Que, en consecuencia, si el Tribunal Superior al dictar la sentencia se pronuncia por la condena por el delito de rufianismo no es posible que por esos mismos hechos, bajo otra perspectiva jurídica, absuelva por el delito de trata de personas -coma ocurrió en el caso concreto-, en tanto supondría una palmaria violación del non bis in ídem porque existe identidad fáctica -y de sujetos-; por tanto, la aplicación del principio de desvinculación en la solución del conflicto, implica la calificación de la conducta propuesta solo coma delito de rufianismo".</p>
Comentario	<p>Interesante propuesta de la defensa e interesante solución del tribunal. La figura planteada en el presente caso origina una inquietud a saber respecto del principio de ne bis in ídem consistente en el hecho de que sí en un inicio la acusación fiscal versó sobre un delito y posteriormente se desvinculó de la primigenia calificación dándole otra connotación jurídica; no obstante ello, la sala resuelve por dos delitos, condenando y absolviendo. Es decir, la sala no se desvincula de la calificación primigenia, por el contrario, asume que existiría un concurso real de delitos. Frente a ello, hace bien la sala suprema, al señalar que no</p>

	<p>se puede juzgar de modo dual (por el primer delito absuelve y por el delito reconducido condena) a una persona cuya conducta esta subsumida en un único delito aunque haya sido reconducido. Con ello se deja por sentado que el imputado solo cometió un delito y a pesar que por el presunto delito primero se le absuelve, si habría una afectación del principio de ne bis in ídem.</p>
--	--

### 3. TABULACIÓN DE APLICACIÓN DE INSTRUMENTO 02 (ENCUESTA DOCUMENTAL)

#### 3.1. **ÁREA LABORAL DE ENCUESTADOS**

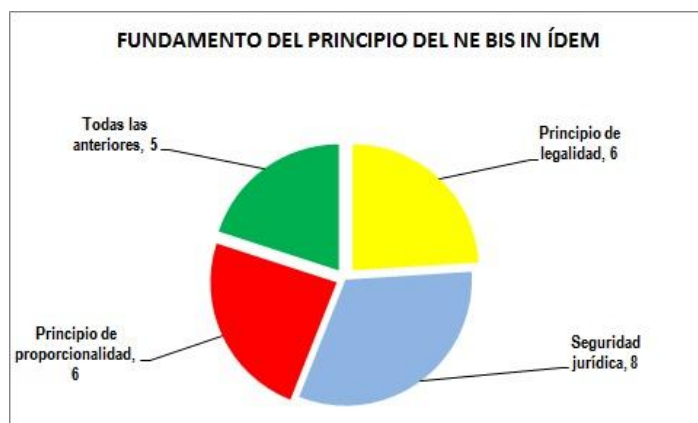
CRITERIO	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA RELATIVA	%
Poder Judicial	4	4	16%
Ministerio Público	5	9	20%
Defensoría Pública	6	15	24%
Defensa Privada	10	25	40%
ENCUESTADOS	25	-	100%



La gráfica permite advertir que la mayor cantidad de encuestados está configurado por abogados que ejercen libremente, lo que en nada afecta la objetividad de la encuesta debido a que el problema no es exclusivo de la judicatura, sino del sistema de administración de justicia penal.

#### 3.2. **FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM**

CRITERIO	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA RELATIVA	%
Principio de legalidad	6	6	24%
Seguridad jurídica	8	14	32%
Principio de proporcionalidad	6	20	24%
Todas las anteriores	5	25	20%
ENCUESTADOS	25	-	100%



La gráfica permite advertir que la mayoría de encuestados (32 %) considera que el fundamento del principio del ne bis in ídem es la seguridad jurídica, lo cual es correcto, aunque no exclusivo pues conforme hemos desarrollado a lo largo de la investigación, igualmente se fundamenta en el principio de legalidad (24 %) y de proporcionalidad (24 %).

### 3.3. CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DEL NE BIS IN ÍDEM EN LA ESFERA DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

CRITERIO	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA RELATIVA	%
Ne bis in ídem material y procesal	15	15	60%
Sólo el ne bis in ídem material	4	19	16%
Sólo el ne bis in ídem procesal	6	25	24%
ENCUESTADOS	25	-	100%





La gráfica permite advertir que la mayoría de encuestados (60 %) considera que el principio del ne bis in ídem, ya sea en su vertiente material o procesal, es aplicable en la etapa de la investigación preliminar, y en un menor porcentaje (16 %) solo la configuración material y en forma intermedia (24 %) la vertiente procesal; datos que son relevante a efectos de comprender que los operadores jurídicos tienen presente que en aquella fase del proceso penal actual es exigible la observancia de los principios y garantías constitucionales, bajo riesgo de ser objeto de control jurisdiccional.

### 3.4. NATURALEZA DE LA DISPOSICIÓN FISCAL DE ARCHIVO DE UNA DENUNCIA PENAL

CRITERIO	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA RELATIVA	%
Es cosa juzgada	3	3	12%
Es cosa decidida	20	23	80%
Es naturaleza jurídica sui generis	2	25	8%
ENCUESTADOS	25	-	100%



La gráfica permite advertir que la mayoría de encuestados (80 %) considera en forma acertada que la naturaleza de la disposición de archivo definitivo de una investigación preparatoria es cosa decidida, según la posición del Tribunal Constitucional peruano y la doctrina mayoritaria. Asimismo, de manera reducida un numero de encuestados sostiene que tiene una naturaleza distinta (cosa juzgada 12 % y sui generis 8 %).

### 3.5. SUPUESTOS PARA LA REAPERTURA DE UNA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR YA ARCHIVADA EN FORMA DEFINITIVA

CRITERIO	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA RELATIVA	%
El ofrecimiento de nuevos elementos de convicción	21	21	84%
La verificación de una deficiente inicial investigación fiscal	3	24	12%
La verificación de actos de corrupción a nivel fiscal	1	25	4%
ENCUESTADOS	25	-	100%



La gráfica permite advertir que la mayoría de encuestados (84 %) considera que la reapertura de una investigación preparatoria ya archivada procede ante el ofrecimiento de nuevos elementos de convicción, lo cual es acorde con la regulación del Código Procesal Penal. Sin embargo, es interesante como un sector de los encuestados admiten hechos no previstos, como la producción de actos de corrupción (4 %) y de deficiencias en el desarrollo de la investigación archivada (12 %) lo cual debería ser considerados para una futura regulación legal de mejoría de la excepción a la inmutabilidad de la cosa decidida de archivo fiscal.

## CONCLUSIONES

El desarrollo de la presente investigación ha permitido establecer determinadas conclusiones, las cuales tienen por finalidad absolver los objetivos inicialmente trazados:

**En cuanto al primer objetivo** referido a la necesidad de delimitar el contenido del Estado Constitucional de Derecho y el papel que juegan las instituciones vinculadas a la administración de justicia para mantener el sistema político respectivo, queda claro que el proceso penal juega un rol fundamental dentro de la finalidad de restablecimiento de la paz social quebrantada por un determinado acto reprochable por la norma penal. Sin embargo, en aquel propósito se deben observar en todo momento un conjunto de garantías y derechos previstos a favor del ciudadano procesado o imputado, ello bajo el actual sistema procesal adoptado (Sistema Acusatorio Garantista con tendencia a lo Adversarial).

En este sentido, es menester señalar que se ha podido identificar los siguientes principios y garantías procesales del proceso penal peruano vigente: a) principio del juez natural; b) principio de legalidad; c) principio de excepcionalidad de la detención; d) derecho de defensa; e) cláusula de no incriminación; f) principio de la instancia plural; g) principio de la presunción de inocencia; h) garantía de la cosa juzgada - non bis in ídem; i) principio de publicidad; y, j) principio del indubio pro reo.

**En cuanto al segundo objetivo** referido al desarrollo de los aspectos conceptuales del principio del ne bis in ídem como antecedentes, definición, contenido o aspectos, regulación normativa, función e importancia, debemos señalar en forma sucinta:

El principio ne bis in ídem es una de las garantías que asiste a la persona ante el ejercicio del poder punitivo estatal tiene como finalidad evitar que se someta a ésta al riesgo de ser procesada o sancionada dos veces por el mismo hecho y bajo el mismo fundamento. En tal sentido, mediante el presente principio se busca dar a la persona la seguridad de que el Estado no ejercerá de manera abusiva su potestad sancionadora cuando nos encontremos ante la comisión de un hecho ilícito que ya

ha merecido la aplicación de una sanción o que es materia de un proceso o procedimiento sancionador.

La trayectoria histórica demuestra que la prohibición de bis in ídem ha servido de base para la consagración o madurez de instituciones hoy ampliamente aceptadas en todo el mundo civilizado, tanto en su dimensión procesal inicial, como en su dimensión material y sustantiva más reciente, como las reglas relativas a la cosa juzgada, la preclusión, el concurso ideal de leyes y el concurso de delitos, las (puntuales o generales) prohibiciones de acumulación de sanciones administrativas y las disposiciones de coordinación de las persecuciones en las esferas administrativa y judicial.

La doctrina y la jurisprudencia nacional al hacer referencia a los tipos de ne bis in ídem indican que el mismo es aplicable en dos ámbitos. El primero, referido al doble riesgo de sanción (vertiente material) y, el segundo, referido al doble riesgo de persecución (vertiente procesal).

A nivel legislativo, debemos señalar que la Constitución Política del Perú, no define expresamente el principio del ne bis in ídem, aunque existe un reconcomiendo implícito en el artículo 139 inciso 13 del texto constitucional el cual señala: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...)”. Asimismo, el principio del ne bis in ídem se encuentra desarrollado en el Código Penal, Código Procesal Penal, Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el fundamento y precisado la configuración del principio del ne bis in ídem, acorde con el desarrollo jurisprudencial de otros países, como España, Colombia y Brasil.

**En cuanto al tercer objetivo** referido al análisis de los elementos objetivos y racionales que la legislación, jurisprudencia y doctrina exigen para la emisión de una Disposición Fiscal de disponer el inicio de investigación preliminar de una denuncia penal sujeta a archivo, debemos expresar:

La aplicación del principio non bis in ídem requiere la concurrencia de la identidad de sujeto, hechos y fundamento entre dos procesos.

El Fiscal Penal, tras finalizar la investigación preliminar, debe calificar los hechos investigados y dependiendo de las circunstancias propias del caso y de los elementos probatorios obtenidos podrá: i) formalización de la investigación preparatoria; ii) archivo definitiva de la investigación; iii) archivo provisional de la investigación; y, iv) reserva provisional de la investigación.

La decisión de archivo procede cuando antes las siguientes causales: i) cuando el hecho denunciado no constituye delito; ii) cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente; y, iii) cuando se ha producido la extinción de la acción penal.

El principal efecto de la Disposición Fiscal de Archivo Definitivo es la prohibición de instaurar una nueva investigación fiscal ante la concurrencia de la triple identidad, esto es, contra la misma persona, sobre la base del mismo hecho y en mérito de los mismos fundamentos.

No obstante el carácter inmutable de la Disposición Fiscal de Archivo prevista en el numeral 1 artículo 335 del Código Procesal Penal, el legislador ha establecido la posibilidad excepcional de reapertura de la investigación, según el numeral 2 de la norma procesal, cuyo texto señala: “2. Se exceptúa esta regla, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial”.

La carga de la prueba de probar la concurrencia de los supuestos de una investigación deficiente o la falta de indicios suficientes, superado mediante el ofrecimiento nuevas pruebas, corresponde al Ministerio Público, pudiendo tal afirmación ser objeto de control mediante el proceso constitucional de Habeas Corpus.

El control judicial procede ante el cuestionamiento al carácter de “nuevo” y a la “contundencia” del elemento de convicción ofrecido por el Fiscal Penal para la reapertura de la investigación de una denuncia archivada definitivamente.

**En cuanto al análisis de resultados**, la aplicación de los dos instrumentos (documental y encuestas), permitió arribar a las siguientes conclusiones:

- Respecto del análisis documental (sentencias del Tribunal Constitucional y de las Salas Penales Superiores y Supremas), se confirmó el debate constante en cuanto a la proyección de la exención de responsabilidad administrativa en el ámbito penal, concluyéndose que al versar sobre bienes jurídicos tutelados diferentes, no genera mayor impacto en el ámbito del proceso penal la exoneración de responsabilidad administrativa.

Asimismo, respecto del doble juzgamiento por iguales hechos, la jurisprudencia nacional ha sostenido de manera rotunda que una variación de la calificación inicial, tras un pronunciamiento inicial de ausencia de responsabilidad, configura una afectación de la garantía del ne bis in ídem, lo que pone en evidencia la importancia de la adecuada subsunción de los hechos en el tipo penal por parte del Ministerio Público.

- Respecto de las encuestas, se permitió establecer: 1º) la mayoría de encuestados (32 %) considera que el fundamento del principio del ne bis in ídem es la seguridad jurídica, lo cual es correcto, aunque no exclusivo pues conforme hemos desarrollado a lo largo de la investigación, igualmente se fundamenta en el principio de legalidad (24 %) y de proporcionalidad (24 %); 2º) la mayoría de encuestados (60 %) considera que el principio del ne bis in ídem, ya sea en su vertiente material o procesal, es aplicable en la etapa de la investigación preliminar, y en un menor porcentaje (16 %) solo la configuración material y en forma intermedia (24 %) la vertiente procesal; datos que son relevante a efectos de comprender que los operadores jurídicos tienen presente que en aquella fase del proceso penal actual es exigible la observancia de los principios y garantías constitucionales, bajo riesgo de ser objeto de control jurisdiccional; 3º) la mayoría de encuestados (80 %) considera en forma acertada que la naturaleza de la disposición de archivo definitivo de una investigación preparatoria es cosa decidida, según la posición

del Tribunal Constitucional peruano y la doctrina mayoritaria. Asimismo, de manera reducida un número de encuestados sostiene que tiene una naturaleza distinta (cosa juzgada 12 % y sui generis 8 %); y, 4º) la mayoría de encuestados (84 %) considera que la reapertura de una investigación preparatoria ya archivada procede ante el ofrecimiento de nuevos elementos de convicción, lo cual es acorde con la regulación del Código Procesal Penal. Sin embargo, es interesante como un sector de los encuestados admiten hechos no previstos, como la producción de actos de corrupción (4 %) y de deficiencias en el desarrollo de la investigación archivada (12 %) lo cual debería ser considerados para una futura regulación legal de mejoría de la excepción a la inmutabilidad de la cosa decidida de archivo fiscal.

<b>RECOMENDACIÓN</b>
----------------------

Los defensores públicos o privados, así como Fiscales Provinciales Penales deben tener presente en todo momento que la reapertura de una investigación fiscal ya archivada es una situación excepcional, recayendo en el representante del Ministerio Público la carga procesal de ofrecer elementos de convicción que revistan el carácter de “nuevo” y “contundentes” a la luz del efecto de someter nuevamente a un ciudadano a un proceso penal, por lo que de no observarse aquella carga procesal podrá tal actuación fiscal ser sometida a control constitucional a través del proceso de Habeas Corpus.

La jurisprudencia de las Salas Permanente o Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República o del Tribunal Constitucional debe desarrollar cuando un elemento de convicción revista la condición de “nuevo” y “contundente”, a efectos de ofrecer predictibilidad en la actuación de los representantes del Ministerio Público.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### LIBROS

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., Principio non bis in ídem. En: LOZANO CUTANDA B. (dir.), Diccionario de sanciones administrativas, Madrid, Iustel, 2010
- ASENCIO MELLADO, José María. Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. Lima: Fondo Editorial Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. 2008
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. El Principio Non Bis in ídem. Madrid: Dickinson, 2004
- BINDER, Alberto. Iniciación al Proceso Penal Acusatorio, Lima: Alternativas, 2002
- BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Ad. Hoc. 2002
- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana, “El ABC del Derecho Procesal Penal”, Lima: San Marcos, 2007
- CAROCCA PÉREZ, Álex. Manual. El Nuevo Sistema Penal. 3ª ed, Santiago de Chile: Lexis Nexis. 2005
- CATACORA GONZÁLEZ, Manuel. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1990
- FERNÁNDEZ ROMO, Rodolfo Máximo. El principio de contradicción en la jurisdicción ordinaria de los tribunales provinciales en Cuba. La Habana: Editorial Universitaria, 2008
- GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte general. Lima, Ara 2003
- GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., Curso de derecho administrativo, Tomo I, 13ª ed., Madrid, Civitas, 2006
- GÓMEZ COLOMER, J. L., siguiendo a MONTERO AROCA, J., y AAVV., Derecho jurisdiccional III, proceso penal, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998
- GUERRERO PALOMARES, Salvador. El Principio Acusatorio. Navarra: Arazandi, 2005
- GÜNTHER JAKOBS, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, (Cuello Contreras J. Traductor), 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997
- GUZMAN NAPURÍ, Christian. Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo” Lima: Editorial Caballero Bustamante, 2011

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. 2ª ed., Navarra: Arizandi. 2004
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El proceso penal entre la eficiencia y la justicia: la aplicación de técnicas de dirección judicial del proceso al sistema acusatorio colombiano. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2006
- MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos. 2ª ed., Buenos Aires: Editores del Puerto. 1996
- MARINA JALVO, Belén. Derecho disciplinario y potestad sancionadora de la Administración. Madrid: Lex Nova, 3ª ed., 2006
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El juez de garantías vs. El juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio. En Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 17. 2005
- MUÑOZ LORENTE, J., La nueva configuración del principio non bis in ídem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental, Cuadernos profesionales de gestión ambiental, Madrid, Ecoiuris, La Ley, 2001
- NIETO, A. Derecho Administrativo Sancionador. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1994
- OLIVA SANTOS, Andrés. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. MUERZA ESPARZA, Julio. TOMÉ GARCÍA, José Antonio. Derecho Procesal Penal. Madrid: Editorial Ramón Areces. 1993
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Alternativas, 1996
- ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Jurisdiccional. Tomo III. Proceso Penal. 7ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch. 1998
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX. Tomo IV. Legislación, abogados y exegetas. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003
- RAMOS, Vania Costa. Ne bis in ídem e Uniao Européia. Coimbra: Coimbra Ed., 2009
- ROJAS VARGAS, Fidel. Código de Procedimientos Penales. Lima. 2003
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando. Hacienda y derecho: estudios de derecho financiero. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Volumen I, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003

- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Introducción al Nuevo Proceso Penal. Lima: IDEMSA. 2005
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: IDEMSA. 2004
- SCHIMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza, 1982
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Editora Jurídica Grijley. 2004
- VERGUER GRAU, Joan. La defensa del imputado y el principio acusatorio. Barcelona: José María Bosch Editor. 1994
- WITT, Elder. La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales. México, Gernika 1995

## REVISTAS

- ARMENTA DEU, Teresa. La Reforma del Proceso Penal: Principios Irrenunciables y opciones de Política Criminal". En Revista Jurídica. Escola Superior Do Ministério Público de São Paulo. Volume 1 - Nº 2. Julho – Dezembro - 2001
- CARO CORIA, Dino Carlos. Las garantías constitucionales del proceso penal. En "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano". México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2006
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Apuntes sobre el nuevo Código Procesal Penal. En Revista Actualidad Jurídica. Tomo 129. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2004
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Instrucción e Investigación Preparatoria. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Octubre del 2009
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. La reforma del sistema procesal penal en el Perú. En "Jurídica". Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial "El Peruano. Año 01. Nº 04. Lunes, 14 de junio del 2004
- NEYRA FLORES, José Antonio. El Juzgamiento en el Nuevo Proceso Penal. En Diario Oficial El Peruano. Miércoles 20 de Marzo de 2005.
- NUÑEZ OJEDA, Raúl. La instrucción del Ministerio Público o fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Nº 01, Lima 2004
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. Panorama del proceso penal peruano. En "Jurídica".

Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial “El Peruano. Año 01. N° 04.  
Lunes, 14 de junio del 2004

RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. Los principios de la reforma y el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal (NCPP). En “Revista Institucional de la Academia de la Magistratura” N° 8. 2008

RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. Medidas cautelares y contracautelares en el proceso penal, En IPEF - N° 8. Septiembre: 1997

## **TESIS**

ARIAS OROZCO, Norma Lucía; GUTIÉRREZ, José Oscar; OSORIO RAMÍREZ, Jorge Eliécer. La Prueba Ilícita en el Sistema Acusatorio Colombiano. Tesis para optar el Título de Abogado. Manizales: Universidad de Manizales. 2007

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del Derecho Español con el chileno. Tesis Doctoral. Universitat de Valencia. Valencia. 2007

## **LINKOGRAFÍA**

BARRETO ARDILA, Hernando. Observaciones sobre el tratamiento del Derecho de Defensa en la implementación del sistema acusatorio. Disponible en <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/viewFile/422/604>

CASTELLS Alberto y CROTTI Susana I. El conflicto entre el Sistema Acusatorio y el Sistema Inquisitivo en la crisis institucional jurídica. Un análisis desde el punto de vista de las Ciencias Penales en dos novelistas contemporáneos: Camus y Kafka. Disponible en [http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/trabajos/castells\\_crotti\\_nro03.pdf](http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/trabajos/castells_crotti_nro03.pdf)

FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. Garantías Constitucionales del Proceso Penal. Disponible en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC\\_06\\_055.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_06_055.pdf)

FERRER BARQUERO, Ramón. Los principios esenciales del proceso penal y su reflejo constitucional: problemas procesales en caso de suspensión de ciertos derechos. Disponible en <http://www.uv.es/~ripj/2bar.htm>

GIL LAVEDRA, Ricardo R. La Reforma del Sistema de Enjuiciamiento y la

- consolidación democrática. Disponible en [www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC\\_06\\_125.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_06_125.pdf)
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. Introducción al Proceso Penal español. Disponible en [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/GomezColomer1.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/GomezColomer1.pdf)
- MEJÍA ESCOBAR, Carlos Eduardo. El Juez del Sistema Acusatorio Colombiano. Disponible en [http://www.pfyaj.com/checcchi/Transformacion/El\\_Juez\\_del\\_sistema\\_penal\\_a\\_cusatorio\\_colombiano.pdf](http://www.pfyaj.com/checcchi/Transformacion/El_Juez_del_sistema_penal_a_cusatorio_colombiano.pdf)
- NADER KURI, Jorge. El sistema penal acusatorio, los juicios orales y sus implicaciones en la prisión preventiva". Disponible en [http://www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27\\_001.htm](http://www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_001.htm)
- PIZZI, William T y MONTAGNA, Mariangela. La batalla para el establecimiento de un sistema penal acusatorio en Italia. Disponible en [http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/la\\_batalla.pdf](http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/la_batalla.pdf)
- RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes y ÁLVAREZ, Paola. El principio non bis in ídem en el derecho disciplinario del abogado, en Colombia. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122015000100010&script=sci\\_arttext#12](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122015000100010&script=sci_arttext#12)
- ROSAS YATACO, Jorge. Sistema acusatorio en el nuevo Código Procesal: problemas y soluciones de su aplicabilidad". Disponible en <http://ciseperu.com/pdf/penal/sistemaacusatorio.pdf>
- VÁSQUEZ RAMÍREZ, Jaime. Principios en el nuevo Sistema Procesal Penal peruano. Disponible en <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=699>
- VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna Fabiola. El Nuevo Código Procesal Penal: La necesidad del cambio en el sistema procesal peruano. Disponible en [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/08mar07/velez\\_procesal.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/08mar07/velez_procesal.pdf)

## ANEXO 1

### JURISPRUDENCIA COMENTADA

Expediente N°	05143-2011-PA/TC
Procedimiento	Amparo

Expediente N°	01575-2013-PA/TC
Procedimiento	Amparo

Expediente N°	01672-2015-0-0601-JR-PE-04
Procedimiento	Habeas Corpus

Expediente N°	07460-2013-PHC/TC
Procedimiento	Hábeas Corpus

Expediente N°	06115-2015-PHC/TC
Procedimiento	Hábeas Corpus

Expediente N°	00882-2014-0-1301-JR-PE-01
Procedimiento	Habeas Corpus

Expediente N°	03649-2015-0-1301-JR-PE-02
Procedimiento	Hábeas Corpus

Expediente N°	10153-13
Procedimiento	Hábeas Corpus

Expediente N°	136-2010
Procedimiento	Recurso de Nulidad

Expediente N°	544-2009
Procedimiento	Recurso de Nulidad

Expediente N°	729-2012
Procedimiento	Recurso de Nulidad

Expediente N°	738-2009
Procedimiento	Recurso de Nulidad

Expediente N°	817-2009
Procedimiento	Recurso de Nulidad

Expediente N°	887-2015
Procedimiento	Recurso de Nulidad

Expediente N°	999-2014
Procedimiento	Recurso de Nulidad

Expediente N°	1662-2009
Procedimiento	Recurso de Nulidad

Expediente N°	2563-2013
Procedimiento	Recurso de Nulidad

Expediente N°	1228-2005
Procedimiento	Recurso de Nulidad

Expediente N°	5105-2008
Procedimiento	Recurso de Nulidad

Expediente N°	3031-2009
Procedimiento	Recurso de Nulidad