



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022, 71-95
Publicación semestral. Huánuco, Perú
ISSN: 2810-8043 (En línea)
DOI: 10.35292/iusVocatio.v5i5.607

EL *NE BIS IN IDEM* COMO PRINCIPIO DIFUMINADO EN LA JURISPRUDENCIA PENAL NACIONAL

NE BIS IN IDEM AS A BLURRED PRINCIPLE IN NATIONAL CRIMINAL CASE LAW

JORGE LUIS MELGAR CUCHO
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: jorge.melgar@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-4572-5932>

RESUMEN

Dentro del análisis de la diversidad y multiplicidad de procedimientos y procesos sancionatorios que existen en el Perú, en el caso no tan hipotético de que se haya ventilado un caso o hecho, primero administrativamente, que concluya con una sanción disciplinaria y, *a posteriori*, en el ámbito penal privativo (castrense), y consecuentemente en el fuero común u ordinario, es factible que, en materia penal, por la existencia de mecanismos procesales de persecución, se sancione a un sujeto que cometió una infracción, y que sea motivo suficiente para que un mismo hecho pueda ser objeto de una regulación sancionadora administrativa y de otra índole penal privativa y penal común u ordinaria. En este escenario, el principio de *ne bis in idem* es una garantía básica que rodea a todo proceso sancionatorio, y que admite solo una posibilidad de un segundo

proceso, a través de una revisión de sentencia, ya que el objetivo de dicho proceso es preservar la necesidad de consolidar un derecho y los principios como el que se ha investigado, a fin de evitar alguna injusticia. Así, a través de este principio se busca lograr que un Estado de derecho disipe la incertidumbre y se sostenga dentro de una seguridad jurídica y un respeto por el ciudadano y su dignidad, como base fundamental del mismo Estado y su organización social.

Palabras clave: *ne bis in idem*; fuero privativo; fuero común; proceso administrativo sancionador; seguridad jurídica; bienes jurídicos.

Términos de indización: legislación, administración de justicia, sanción penal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

Upon analyzing the diversity and multiple number of punitive procedures and processes existing in Peru, in the not so hypothetical case that a case or fact has been aired, administratively at first, concluding in a disciplinary sanction and, in the private jurisdiction (military) subsequently, and consequently in the ordinary or common jurisdiction, in view of the existence of procedural accusatory mechanisms, it is possible for a person who committed an offense to be punished and for the same fact to be subject to an administrative disciplinary process and other proceedings of a restrictive criminal and ordinary criminal nature. In this scenario, the *ne bis in idem* principle is a basic guarantee in every punitive proceeding and that only admits one possibility of a second process, through the review of a judgment, since the purpose of said process is to preserve the need to consolidate a right and the principles such as the one being investigated, to avoid any injustice. Hence, this principle seeks to make sure that a State governed by the rule of law dispel uncertainty and to maintain a legal security and respect for the citizen and his dignity as a fundamental basis of the State itself and its social organization.

Key words: *ne bis in idem*; private jurisdiction; common jurisdiction; punitive administrative process; legal security; legal interests.

Indexing terms: legislation, administration of justice, penal sanctions (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 16/05/2022

Revisado: 20/06/2022

Aceptado: 21/06/2022

Publicado en línea: 30/06/2022

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se justifica porque existe escasa y bifurcada información nacional del principio de *ne bis in idem* o *non bis in idem*, al cual se le conoce así incluso más allá del sistema romano germánico. Este principio es una garantía en los procesos sancionatorios; y se ha convertido en un derecho fundamental. Su naturaleza es tan especial e importante en el mundo del derecho que aún no está claro y definido en el Perú en qué consiste su «vacío de aplicación» en todos los procesos sancionatorios. Durante muchos años, pocos estudios han tratado de desarrollar y comprender de un modo científico, o a través de algún método, los alcances de su aplicación en el ámbito nacional y en los sistemas jurídicos existentes. A veces, incluso, es desplazado por su complejidad y por la irrealizable aplicación de sus efectos; o también se le considera como un accesorio; o existe la idea errónea de que forma parte de la estructura de otros principios. Sin embargo, este principio es tan importante como un derecho y es independiente como una garantía propia dentro del proceso penal y otros procedimientos sancionatorios, sobre todo para limitar el *ius puniendi* del Estado.

2. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM* EN LA JURISPRUDENCIA PENAL NACIONAL Y LA EXPANSIÓN DE SUS EFECTOS HACIA OTRAS RAMAS DEL DERECHO SANCIONADOR

El principio *ne bis in idem* es tan civilizado y antiguo que ha logrado e impulsado el interés propio, y de muchos investigadores, para tratar de

saber y comprender por qué en el ámbito nacional sancionador hay tan poca y limitada doctrina, así como jurisprudencia, sobre todo jurisprudencia penal, que se exprese sobre el tema y el principio mismo. La doctrina se ha limitado a importar conceptos, criterios y definiciones que dificultan su aplicación en el contexto de la realidad nacional, ya que nuestro modelo se desarrolla de forma distinta en comparación con otros modelos dentro del sistema jurídico romano germánico.

Asociado a ello se presenta una carencia de pautas y de precisión normativa y jurisprudencial, que permite que aún se produzca la aplicación concurrente de tres manifestaciones del poder punitivo del Estado, a saber, la penal, la penal privativa militar policial y la administrativa sancionadora —pudiéndose crear otras—, para imponer una pena, una sanción o un castigo a quien haya infringido una ley, una norma o una regla. Esta manifestación del Estado fluye por medio de la jurisdicción ordinaria (ley penal común) y la jurisdicción privativa (ley penal militar policial), o por un procedimiento administrativo sancionador (PAS), no acorde con lo evocado por antiguas y modernas posiciones doctrinarias. Al respecto, sobre el principio de *ne bis in idem*, Maier (2011) refiere que la ley no puede proporcionar al acusador dos posibilidades de arribar a una condena.

Una cuestión importante sobre este tema y sobre la cual coinciden los investigadores es que realmente existe un vacío en su determinación. Este ha generado un gran problema de aplicación del principio, que no ha sido pacífico ni sosegado para el intérprete, sobre todo para los operadores de justicia, para que cumplan con la finalidad y el objeto del mismo principio. ¿Cuál sería el reproche más idóneo para el individuo que, con su conducta, activa el poder punitivo del Estado, teniendo en cuenta que este reproche no se puede duplicar o triplicar, según sea el caso, y cuya consecuencia fuese una interpretación difusa y extensa sobre el tema? Este es un problema que, a lo largo de muchos años, aún no ha sido comprendido, aclarado o limitado. En el mismo sentido, el legislador no ha tenido la capacidad ni la rapidez para lograr una solución ecuménica en la materia, acumulándose así mayor incertidumbre. Ello, en cierto modo, ha ido generando mayor caos y cuestionamientos, en lugar de soluciones y desenredos sobre cuál sería el predominio de una manifestación punitiva del Estado sobre otra. Como señala Baumann (1986), «si hay litispendencia, existe un impedimento procesal para iniciar un nuevo procedimiento sobre el mismo

objeto del procedimiento. El segundo procedimiento debe cerrarse» (p. 283). Esto es importante incluso para los fines de graduación de la pena; además, señala el autor, la seguridad jurídica debe preceder a la justicia.

Regresando a nuestra realidad, el legislador peruano, al crear y configurar normas penales para conductas delictivas de un individuo, sin tener presente las garantías o los principios de derecho que protegen o preservan las relaciones, y el normal desarrollo de una sociedad y, sobre todo, del individuo, en armonía con sus instituciones públicas, no logra armonizar los objetivos del Estado, en cuanto a las conductas y las relaciones sociales como fines supremos de la sociedad. Esta situación hace percibir como ilusión una presunta y sospechosa limitación del poder del Estado.

3. EVOLUCIÓN DEL *NE BIS IN IDEM* EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA RELEVANTE PERUANA

En el debate parlamentario de 1993, los congresistas constituyentes e integrantes de la Comisión de Constitución y Reglamento, presidida por el doctor Carlos Torres y Torres Lara, debatían sobre la elaboración de lo que es la actual Constitución Política del Perú. El congresista constituyente Enrique Chirinos Soto, en la sesión del 24 de agosto de 1993, solicitó que se añadiera, en lo referido a los principios de la función jurisdiccional del Poder Judicial, en el artículo 139, inciso 2, las palabras resaltadas en el siguiente párrafo:

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución. [...] **La investigación parlamentaria no puede duplicar la previa investigación judicial.**

Esto es lo que se menciona en las memorias del proyecto sustitutorio y ahora actual constitución. Ello pudo haber sido el sustento constitucional tipificado del principio *ne bis in idem*; empero, no obtuvo la aceptación mayoritaria de los constituyentes de la época y quedó solo como una tácita

interpretación del Tribunal Constitucional como parte de la cosa juzgada (Congreso de la República, 1993).

3.1. Fundamentos constitucionales y normativos del principio de *ne bis in idem*

En el Perú, nuestra Carta Magna no define ni expresa claramente el principio de *ne bis in idem*. Solo existe un pleno reconocimiento que se considera implícito dentro del artículo 139, el cual dice lo siguiente: «son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 13) La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada», ubicación desarrollada y ampliada por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el Expediente n.º 2050-2002-AA/TC.

Ello nos lleva a interpretar, bajo estos mismos argumentos de la sentencia mencionada, que también podemos ubicar dicho principio en el artículo 90 del Código Penal: «Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente». Por su parte, en el artículo III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal se señala que

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.

Finalmente, en el artículo 230, inciso 10, de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se indica lo siguiente: «No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

3.2. Situación actual de la jurisprudencia del principio de *ne bis in idem* en el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional peruano, a través de la sentencia recaída en el Expediente n.º 2050-2002-AA/TC, del 16 de abril de 2003, que

no es vinculante de manera expresa, reconoce en el principio *ne bis in idem* su vertiente material y procesal. Así lo señala en el acápite a del fundamento 19:

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.

[...]

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.

Lo que señala expresamente este fundamento es que debe haber un documento que plasme una expresión o resolución del caso, puesto a pronunciamiento por una autoridad competente, mediante la cual se impondría frente a otro contexto de índole apreciativo, cuya consecuencia devendría en algún fallo o estimación valorativa de los mismos actos.

Sobre la vertiente procesal, el acápite b del mismo fundamento 19 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).

[...]

Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad.

A través de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente n.º 00361-2010-PA/TC, del 13 de septiembre de 2010, se precisa que

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 [...], 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 (fundamento 5).

Se recalca la imposibilidad y la afectación de dicho principio, en el sentido de la existencia de otro proceso o procedimiento con una suerte de litispendencia en otra competencia atribuida a otros órganos jurídicos del Estado, que se encargan de resolver algún asunto litigioso puesto a su disposición. Esto, a su vez, es reafirmado por el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente n.º 2868-2004-AA/TC, del 24 de noviembre de 2004, en la cual se remite a lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como a la Convención Americana de Derechos Humanos:

Y este derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces por los mismos hechos se encuentra reconocido en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos, a tenor del cual: «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 (fundamento 3).

Se incluye o resalta como dimensiones propias del principio en mención el mismo contenido significativo que remarca y enfatiza lo dicho por otras sentencias del Tribunal Constitucional en esa misma línea, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente n.º 3194-2004-HC/TC, del 28 de diciembre de 2004, en cuyo fundamento 5 se señala que el hecho de que «nadie pueda ser juzgado dos veces por el mismo delito incluye, aparte de una dimensión material sancionadora, una dimensión eminentemente procesal, según la cual “se garantiza que ‘nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos’ [...]”».

Finalmente, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 4587-2004-AA/TC, conocida también como el caso Santiago Martin Rivas, del 29 de

noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional indica que los presupuestos para que se vulnere el *ne bis in idem* procesal son i) el procesado debe haber sido condenado o absuelto; ii) la condena o absolución debe sustentarse en una resolución judicial firme; y iii) la nueva persecución penal debe sustentarse en la infracción del mismo bien jurídico que motivó la primera resolución de absolución o condena.

3.3. Situación actual de la jurisprudencia del principio de *ne bis in idem* en la Corte Suprema

La Corte Suprema de Justicia de la República ha emitido amplias resoluciones sobre el principio en mención. Así, tenemos el Recurso de Nulidad n.º 3581-2012-Junín, de la Sala Penal Transitoria, del 18 de julio de 2013, cuyo tercer considerando señala

que el principio del *ne bis in idem*, si bien no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución Política como un derecho fundamental de orden procesal, sin embargo, se desprende del derecho reconocido en el inciso dos, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado (cosa juzgada); en tal virtud, se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso, como así lo establece y reconoce el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente número cuatro mil quinientos ochenta y siete-dos mil cuatro-HC/ TC (caso Santiago Martín Rivas).

El mismo recurso, en su quinto considerando, expone lo siguiente:

Que el alcance de esta garantía no solo importa, entonces, la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos o más veces, en razón de una misma incriminación, sino que también importa la prohibición de una persecución paralela; es decir, que la persona sea perseguida, al mismo tiempo, en dos procesos diferentes. En cuanto a la aplicación concreta de esta garantía, se ha establecido en la doctrina la exigencia del cumplimiento de tres requisitos, a saber:

i) Identidad de la persona (*idem personam*), la misma que se advierte cuando una persona que ya fue objeto de una primera persecución es perseguida

penalmente de nuevo por el mismo hecho, la identidad personal siempre recae sobre el autor del injusto, siendo indiferente la identidad recaída sobre el agraviado o la víctima.

ii) Identidad del objeto (*idem re*), [...] como señala Julio Maier: «[...] de lo que se trata es de impedir que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento históricamente determinado, se repita, cualquiera sea el significado jurídico que se le haya dado, en una y otra ocasión, al *nomen juris* empleado para calificar la imputación o designar el hecho [...]» [...].

iii) Identidad de fundamento a *causa petendi* (*eadem causa petendi*), hace referencia a que dos tipos de proceso que responden a diferentes diseños de la acción no se pueden acumular; en tal sentido, la *causa petendi* no es otra cosa que la razón de la persecución que tiene el Estado.

Así, también, tenemos el Recurso de Nulidad n.º 873-2016, de la Sala Penal Permanente, del 6 de septiembre de 2018, en cuya sumilla señala que «el principio del *ne bis in idem* procesal tiene mayor amplitud que el de la cosa juzgada, pues también se encuentra referido a la prohibición de una persecución paralela».

Por otro lado, la Casación n.º 2927-2015-Lima, del 17 de marzo de 2016, de la Sala Civil Permanente, señala en la sumilla que los procesos de violencia familiar tienen finalidad distinta del proceso penal por faltas, tramitado en el Juzgado de Paz Letrado, y no existe infracción al principio de *ne bis in idem* en este caso. En el sexto fundamento de dicha resolución se señala que

se advierte una finalidad distinta en cada texto normativo, por un lado, de la Ley de la Protección Contra la Violencia Familiar [...], lo que busca es establecer medidas de protección respecto a los abusos (físico, psicológico, etc.), que se generen en el entorno familiar; mientras que, por otro, el derecho penal tiene una función represiva.

En el caso del Recurso de Nulidad n.º 2090-2005-Lambayeque, del 7 de junio de 2006, el imputado como funcionario público fue sancionado administrativamente y también procesado penalmente, ante lo cual se deduce una excepción de cosa juzgada en virtud del artículo 230, numeral 10, de la Ley n.º 27444, por vulneración del *ne bis in idem*. Esto da

a entender, además, que las sanciones administrativas no protegen bienes jurídicos, ya que la misma resolución indica que el derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, sino por afectación general; por lo cual no se requiere la puesta en peligro de bienes jurídicos o la lesión de los mismos. Esta resolución es considerada por la Corte Suprema como un precedente vinculante, siendo la única que hasta la fecha señala dicho detalle; por lo tanto, ello es aplicable en virtud del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

La resolución más invocada por los operadores jurídicos, jueces y fiscales es la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.º 2050-200-AA/TC. Esta resolución define el principio de forma natural a cada cosa y se reafirma con relación al derecho administrativo sancionador y al proceso penal, cada uno con base argumentativa de su aplicación. No obstante, en el fundamento 17 de dicha sentencia se dice que en el caso policial la sanción disciplinaria de pase a la situación de disponibilidad se deriva, o, mejor dicho, esta sanción se aplica cuando se ha infringido intereses legítimos de la institución policial.

En tanto que los intereses jurídicos protegidos se convierten en bienes jurídicos protegidos cuando se elevan a rango de ley, norma o regla, podemos observar una contradicción muy grande entre la resolución del Tribunal Constitucional y otros pronunciamientos, como el Recurso de Nulidad n.º 2090-2005-Lambayeque, que dice que el derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, sino por una afectación general en sentido de los deberes que tiene el funcionario público. Es clara, evidente y abierta la contrariedad de dos pronunciamientos por diferentes entes supremos de justicia.

En ese sentido, si deducimos que el derecho administrativo persigue sancionar «afectaciones generales» derivadas de una conducta que transgrede los deberes del sujeto, y el derecho penal se justifica por la protección de bienes jurídicos de carácter penal, convergemos en que el *ne bis in idem* nunca se aplicaría porque nunca convergerían bienes jurídicos idénticos, en vista de que en el sendero del derecho administrativo, bajo esa interpretación, no hay bien jurídico que proteger. Jamás se aplicaría el *ne bis in idem* entre estas dos ramas del derecho, cuando menos con ese criterio.

Esto se remarca en el fundamento 19 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 2050-200-AA/TC, que señala que el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave si y solo si, en un mismo hecho, la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, vale decir, un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido. Esto no se encontrará y, por lo tanto, será enredoso y complicado de aplicar, pese a que se señala que sí puede haber casos, pero no se menciona la fórmula mediante la cual se podrán identificar esas excepciones.

Si los dos procesos buscan fines distintos, son divergentes, como el águila bicéfala del escudo de la bandera de Rusia. En la jurisprudencia nacional, esto significa que cada ámbito abarca solo el panorama donde se dirige la mirada; sin embargo, si el Tribunal Constitucional da a entender que existen bienes jurídicos penales y administrativos, según se interpreta, no se supone que los bienes jurídicos pertenecen a un solo grupo, o acaso podemos deducir que podría haber bienes jurídicos tributarios, laborales y contenciosos administrativos.

La sentencia del Tribunal Constitucional que desarrolla el *ne bis in idem*, sentencia importada —por no decir un copia y pega— de sentencias del Tribunal Constitucional español, a largo plazo nos ha traído los problemas que hoy nos aquejan, puesto que el ámbito militar policial pertenece a una sola jurisdicción, criterio español basado e importado de pronunciamientos franceses.

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

Los tres componentes del *ne bis in idem* son el sujeto, el hecho y el fundamento. Como presupuesto operativo del principio, cada uno presenta su propia dificultad, discusión, línea de interpretación consensuada y no consensuada, y niveles distintos de su problemática abstracta y objetiva; sin embargo, siempre mantienen la misma estructura fáctica.

4.1. Identidad de sujeto

Refiere a la misma persona como individuo; sin embargo, podría explicarse hacia un término más extenso como «ente». Actualmente no existe

mucha oposición con respecto a este componente en las salas de audiencia, pues de manera universal, tanto en el *civil law* como en el *common law*, se entiende que hace referencia al mismo sujeto como persona natural, como ciudadano dentro de una sociedad, hacia el cual recae o pretende castigar el *ius puniendi* estatal con alguna forma de sanción y en alguna de sus manifestaciones punitivas.

El resquicio problemático que surgiría en este componente está relacionado con las «personas jurídicas». El profesor y juez supremo peruano José Antonio Neyra Flores (2010) destaca este problema de la siguiente manera:

La problemática gira en torno a la circunstancia de que en un proceso penal se sancione y multe al representante de una empresa y simultáneamente se multe, por el mismo monto, a la empresa a la cual representa. Bajo ese supuesto tenemos una aparente violación del principio *ne bis in idem* en tanto que la sanción (multa) imputada a la persona jurídica deviene en repetitiva en la medida que la misma que recae sobre el representante ya contiene, en sí, una sanción administrativa (p. 181).

Pinedo (s. f.) establece una interrogante propia de una incertidumbre planteada a sí misma como una manifestación reflexiva. Al analizar esta situación, que está dispuesto a transformar en un aporte para el derecho, el autor la plantea del siguiente modo:

En algunas situaciones, a través del desarrollo social y económico, las personas naturales se han visto imposibilitadas de alcanzar determinados fines. Ante ello, se crearon las personas jurídicas, siendo que los ordenamientos jurídicos les han reconocido la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones (capacidad jurídica), las cuales son ejercidas (capacidad de obrar) a través de sus miembros (p. 7).

Resulta acertado el comentario de Pinedo. El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado al respecto al señalar que la persona jurídica es pasible de la titularidad de algunos derechos fundamentales. Así lo señala en la sentencia recaída en el Expediente n.º 0905-2001-AA/TC, cuyo fundamento 5 dispone que

tal titularidad de los derechos por las personas jurídicas de derecho privado se desprende implícitamente del artículo 2, inciso 17, de nuestra Carta Fundamental.

[...]

Sin embargo, no solo de manera indirecta las personas jurídicas de derecho privado pueden titularizar diversos derechos fundamentales. También lo pueden hacer de manera directa.

Se puede observar que hay distintos puntos de vistas, todos con la misma finalidad: establecer una hipótesis y una perspectiva jurídica, y decidir si existe o no una identidad entre los órganos de representación o de dirección, o el mismo gerente general, y las personas jurídicas. De esta forma se quiere establecer si existe o no la posibilidad de subrogación entre estos y la persona jurídica, así como definir si calza o no la persona material en la física desde un mismo plano subjetivo, para así poder establecer responsabilidades solidarias o independientes ante un mismo evento delictivo.

Es una tarea ardua y difícil en la que una persona natural o jurídica inevitablemente expresa la voluntad de otra. Hay una suerte de simbiosis con una urgente necesidad mutua (de un lazarillo) y con un único fin, el de obtener una utilidad (económica o de interés social), de forma mediata o inmediata. Podría partir por ahí una variable de actuación en el sentido de la utilidad que quiera obtener, ya sea social o económica, conceptos económicos pertenecientes a otra ciencia social que se rige por sus propios principios, pero que pueden coadyuvar a establecer mejores conceptos y diferencias entre las personas jurídicas y las físicas, y fortalecer o debilitar el adagio romano *societas delinquere non potest* y las responsabilidades que van internándose en las disciplinas administrativas y penales.

Dentro de la doctrina, existe para el caso de las personas jurídicas la teoría del «levantamiento del velo societario», que consiste en que los tribunales puedan establecer directamente la responsabilidad no a la parte institucional de la persona jurídica, sino a las personas detrás de ella. Es una teoría que nació en EE. UU., cuya finalidad es evitar que los accionistas se escuden en la personalidad jurídica de la empresa y excluyan su patrimonio económico de cualquier responsabilidad. Está enfocada

principalmente en la facilidad que tienen las personas jurídicas para cambiar de personalidad, disolviéndola para nuevamente formar otra, pero con los mismos socios, personas y actividades detrás de la nueva institución jurídica. Lo que se pretende resaltar es que si una persona jurídica que fue sancionada es pasible de la misma sanción, a pesar de que su personalidad haya sido disuelta, pero en el fondo las personas naturales, los socios y los accionistas siguen siendo los mismos, entonces cabría la posibilidad de sancionar a una nueva persona jurídica, cuyo nacimiento impoluto es ajeno a cualquier relación que hayan tenido sus integrantes en anteriores personalidades jurídicas. Esta situación alarmó en su oportunidad a los juristas.

Por esta razón se debe evitar el uso de un provechoso instrumento para el transgresor de la norma, quien quiere evitar cualquier responsabilidad sobrevenida de su mala conducta frente a los ordenamientos administrativos o penales. Esta pretensión de eludir la responsabilidad se revela al usar ese velo que cubre la verdadera intención del infractor o de sus miembros, y el grado de relación que tienen estos con la figura jurídica que se ha creado, y cuyo objeto y fin se ha falseado y deformado, ya que se ha construido con base en una figura ficticia.

Ahora, si se pretende establecer una responsabilidad propia de los integrantes, socios o accionistas que conforman una persona jurídica, estos estarían dentro de la figura de la subrogación, la misma que establece el Código Civil peruano en su artículo 1261:

La subrogación convencional tiene lugar:

1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.
2. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.
3. Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos el acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago.

Esto lo podemos confirmar cuando una determinada persona jurídica se disuelve o se liquida, y al momento de hacerlo las obligaciones que esta tuviese con sus acreedores subrogan la responsabilidad del pago, mediante la sucesión en sus socios accionistas o partícipes hacia los socios liquidadores elegidos entre ellos, conforme con la Ley General de Sociedades y en concordancia con sus estatutos.

4.2. Identidad de hecho

Esta refiere a lo fáctico o al hecho, el cual debe ser el mismo. En la Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 204/1996, del 16 de diciembre de 1996, se señala que

el problema aquí radica precisamente en determinar si la conducta incriminada consistió en uno o varios hechos.

[...]

[Por ejemplo], no es motivo suficiente para entender que se trata de dos hechos distintos penalmente relevantes y constitutivos de separadas infracciones, puesto que el lugar de su realización no es un elemento al que el tipo conceda relevancia alguna (fundamentos 4 y 5).

Sobre este componente, Neyra (2010) sostiene lo siguiente:

Se trata de una identidad fáctica, no de una identidad de calificación jurídica [...].

Se mira al hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento de período determinados, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior (p. 182).

El profesor Claus Roxin (2000), en su libro *Derecho procesal penal*, revisado por Julio Maier, plantea lo siguiente:

Según la jurisprudencia y la doctrina dominante, el concepto procesal de hecho, decisivo a este respecto, es independiente, en gran parte, del

derecho material. Él describe el «acontecimiento histórico» sometido al tribunal a través de la acusación, en tanto conforma una unidad según la concepción cultural [...]. Sin embargo, sobre ello no se ha podido lograr acuerdo alguno hasta el momento, respecto de bajo qué presupuestos se debe admitir la existencia de un «acontecimiento histórico único» [...]. Merece preferencia una combinación de puntos de vista fácticos y normativos [...] que también la nueva jurisprudencia está inclinada a aceptar (p. 160).

El hecho en el desarrollo de una investigación puede variar en cuanto a sus detalles periféricos, que no pasan de ser pormenores fácticos. Sin embargo, la esencia, la médula del suceso fáctico, continuará siempre indemne. Nunca variará esa realidad, que es lo que se busca al final del proceso penal, pues a veces la verdad resulta ambigua y cierta para las partes. Es como el ejemplo del vaso de agua lleno a la mitad, ya que se dirá que está medio vacío y será cierto; mientras que otros señalarán que está medio lleno y eso también será verdadero.

En esta misma línea de ideas, Roxin (2000) establece que existe un concepto procesal del hecho que debe ser diferenciado de los conceptos de derecho material de la unidad de hecho, de la pluralidad de hechos y del delito plurisubsistente,

cuando el autor es acusado por encubrimiento personal porque ha escondido el cuerpo de la víctima y en el juicio oral resulta que él mismo ha cometido el asesinato poco antes [...]; cuando el autor es acusado por hurto y en el juicio oral se muestra como encubridor real [...]; cuando el autor es condenado por encubrimiento por receptación y posteriormente resulta que él mismo ha robado las cosas supuestamente solo ocultadas [...]. En todos estos casos, si el segundo hecho es conocido solo en el juicio oral, es preciso, a su respecto, interponer una nueva acusación; si el segundo hecho es descubierto solo después de una condena firme del primero, todavía es posible una nueva acusación, mientras que si se considerara lo sucedido como un hecho único, a ella se le opondría el principio *ne bis in idem* (pp. 162-163).

Podemos argumentar que el hecho está muy relacionado con la acción de una persona o la omisión de la misma, de manera insustituible, más allá de los efectos que estos tengan en la realidad, es decir, las reacciones jurídicas y penales del aparato estatal establecidas en una norma legalmente definida y fijada en un texto o un ordenamiento normativo sancionador en un determinado tiempo y para un espacio geográfico, que señalen su prohibición. Esta es la única manera de precisar que un hecho está en contravención de una norma legal (principio de legalidad).

A través de la acción se determina el comportamiento de un sujeto con relación a los demás. Esto va más allá de las posiciones dogmáticas referentes a las finalidades propias de cada corriente filosófica. Al final de cuentas, la acción humana constituye la sustancia esencial del hecho expresado por un sujeto. Este hecho —o hechos— debe obedecer a lo expresado en la norma, por la actividad del sujeto, frente a la prohibición de su realización a través de una conducta.

4.3. Identidad de fundamento

En este aspecto reside la actual y discutible problemática global (no en ambos sistemas jurídicos) para identificar si existe la posibilidad de aplicar el principio de *ne bis in idem*. Es menester citar en este punto a diferentes autores, con el fin de establecer una armonía entre sus pensamientos y corrientes doctrinarias sobre el tema. Neyra (2010) define este componente con las siguientes palabras:

En cuanto a la identidad de fundamento o *causa petendi*, nos referimos a que dos tipos de proceso que responden a diferentes diseños de la acción no se pueden acumular; no se podría tramitar, por ejemplo, en vía civil un proceso que también se está tramitando en la vía penal simultáneamente sobre los mismos hechos.

[...]

Se está en presencia de *ne bis in idem* cuando se sanciona dos veces sobre un mismo hecho y una misma persona si es que el fundamento de la persecución punitiva es la misma (pp. 183-184).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia n.º 270/1994, del 17 de octubre de 1994, se ha pronunciado de esta manera:

En el entendimiento, claro está, de que, para que así fuese, sería necesario que con la sanción extraordinaria se estuviese protegiendo un interés jurídico distinto al tutelado con las sanciones ordinarias y que la sanción fuese proporcionada a dicha necesidad de protección adicional (fundamento 7).

En la Sentencia n.º 234/1991, del 10 de diciembre de 1991, del mismo organismo español, se lee también sobre la identidad de fundamento lo siguiente:

Para que exista violación del principio *ne bis in idem* es necesario que las dos sanciones recaigan sobre el mismo sujeto y tengan el mismo objeto y el mismo fundamento, en ningún caso puede entenderse que la dualidad de normas implica la existencia de dos distintos fundamentos (fundamento 2).

Ya hemos observado extensamente que hay posiciones encontradas al señalar al bien jurídico como esencia de la identidad de fundamento. No obstante, consideramos que esto no es tan cierto, puesto que la identidad de fundamento no es lo mismo que identidad de bien jurídico, pero esta última sí sería un elemento o una parte de la identidad de fundamento, o estarían dentro de una familia. Es aquí donde se diluye la seguridad jurídica que se viene invocando desde el principio del presente artículo, puesto que no hay parámetros claros para identificar su aplicación en una u otra jurisdicción, ya que bajo la interpretación del Tribunal Constitucional peruano nunca se presentaría una colisión de bienes jurídicos entre una jurisdicción a otra, vale decir, penal, administrativa o privativa militar policial, o viceversa. Si el Tribunal Constitucional hubiera adoptado criterios propios de la realidad actual del país, sosteniendo que los bienes jurídicos pertenecen a una misma familia, o si estos fuesen independientes en cada rama del derecho, el problema actual a discutir consistiría solo en los casos de tentativa que no lesionan algún bien jurídico protegido.

5. EL PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM* Y EL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA

Para tratar de aclarar estos dos principios muy frecuentes entre sí, debemos iniciar citando un párrafo del maestro y jurista Carnelutti (1994), indispensable en lo que concierne a nuestro tema:

En efecto, quien lee sin una profunda preparación sus libros no puede sustraerse a la impresión de un contraste entre la fórmula tradicionalmente repetida de la eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada penal y las explicaciones restrictivas del principio *ne bis in idem* o de la *exceptio iudicati* (p. 258).

El jurista prosigue y señala que «corre de boca en boca entre los penalistas, y hasta de los juristas en general, una especie de proverbio que encontramos repetido no solo en los libros de instituciones, sino hasta en las más acreditadas monografías» (p. 255). Aunque no estamos de acuerdo con una verdad jurídica, actualmente reiteramos que la nueva tendencia en aproximación debe ser la de la realidad jurídica.

La proximidad que existe entre el *ne bis in idem* y la cosa juzgada siempre ha suscitado que, de manera errónea, se les confunda, debido al vínculo que guardan entre sí. No obstante, este se desvanece cuando se aplica el principio en otras áreas, como la del derecho administrativo, puesto que ahí no existe cosa juzgada, sino cosa decidida, y, en algunos casos, cosa decidida con efectos de cosa juzgada. Es decir, el *ne bis in idem* es mucho más amplio, menos limitado que la cosa juzgada, y este, a su vez, no fundamenta el principio, solo que no cubre todos los supuestos de aplicación en el vasto mundo del derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, del 2006, señala algunos parámetros necesarios para establecer el principio de *ne bis in idem*:

En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: 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 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 (párr. 154).

La extensión de la cosa juzgada en el ámbito penal es muy amplia, y en otras áreas sus límites están establecidos e instituidos en la doctrina autorizada, en la ley y en otras normas. En la formalidad, la cosa juzgada encuentra su lecho de aplicación, ya que los resultados son rigurosamente expresados a través de los mecanismos propios para emitir un pronunciamiento, requisito de la certeza de una declaración —generalmente dada por un juez— que puede ser positiva o negativa para las partes que intervienen; sin embargo, los efectos de su aplicación pueden irradiarse en otros procesos, sean civiles o de otra índole, conforme lo establezca el juez.

Dentro de la jurisprudencia internacional, en relación con el *ne bis in idem* y la cosa juzgada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció pautas que conviene admitir como criterios, a fin de una correcta aplicación de las mismas.

6. CONCLUSIONES

1. La controversia entre los órganos judiciales de distintas instancias —o, como diría Baumann (1986), las pretensiones penales del Estado y otros órganos sancionatorios autónomos y administrativos del mismo, cuando estos coinciden— en la concurrencia sancionatoria de una conducta del mismo sujeto, de manera objetiva y aparentemente subjetiva, podría probablemente solucionarse si una jurisdicción absorbiera o integrara a la otra, en cuanto a los elementos configuradores del delito. Sin embargo, es más difícil de lo planteado llegar a ese extremo, de manera que no se vulnere el principio de *ne bis in idem*. Abarcar toda la ilicitud podría ser una solución rápida, igual que la misma regla o fórmula que aplica el concurso ideal de delitos, para evitar cualquier resultado desproporcionado y desmerecido en cuanto a la aplicación de las reacciones punitivas del Estado al sujeto. Sin ello no habría una

previsibilidad por el sujeto al momento de realizar dicho hecho que fuese presuntamente contrario a las normas por su acción u omisión; sin embargo, aun con vínculo especial o no, no hay justificación alguna para delimitar los derechos que le asisten a todo ciudadano como tal. De modo que resulta actualmente insatisfactoria la actuación judicial y se denota una reiterada violación del principio con una forzada inaplicación dentro del sistema judicial ordinario, privativo e incluso administrativo.

2. De manera fundamental y arraigada, el principio de *ne bis in idem* está presente desde el inicio de una investigación, puesto que, en la práctica, sea en casos penales, administrativos o del fuero privativo militar policial, si dos despachos fiscales (comunes o privativos), o secretarías técnicas, previenen un hecho delictivo, suelen derivar sus investigaciones con el fin de evitar la duplicidad de las mismas. Esto lo hacen por *ne bis in idem* procesal. Es más, podría decirse que cuando un presunto hecho revistiera un carácter contrario a las normas ya existe una preexistencia del principio en mención de manera previa, reconociéndose desde ahí como una garantía básica que acompaña al sujeto durante todo el proceso o procedimiento, y se vuelve más efervescente cuando mayor riesgo corre una persona de ser afectada por dos procesos o procedimientos establecidos por el *ius puniendi* del Estado.
3. En el Perú, el *ius puniendi* del Estado lo podemos observar en el derecho penal, administrativo y privativo militar policial, y por una invocación de la sujeción especial de algunos sujetos. Al respecto, una persona no debería padecer más de una sanción por el Estado por el único hecho de tener una relación de sujeción especial con él. Dicho principio no debería duplicarse o triplicarse puesto que la sobrecarga punitiva contravendría el principio *ne bis in idem*. Podrían, en todo caso, concurrir otras medidas de manifestación del Estado, sin que ellos puedan quebrantar o infringir el principio mismo o algún derecho, como sería el caso de las multas y su aplicación, como una suerte de consecuencia negativa por el accionar ilícito del sujeto, respetando así el enclave que tiene el principio *ne bis in idem* como un derecho civilizadísimo que posee todo sujeto, frente al *ius puniendi* del Estado. Esto debe ser concordante con el principio de proporcionalidad y seguridad

jurídica, como pilares fundamentales y suficientes para evitar la doble o triple imposición de sanciones, que la doctrina ya está formulando como un respaldo al principio; y adecuado a la circunstancia, así como al contexto de la realidad, sobre una correcta y real prevalencia del *ne bis in idem* en la esfera penal sobre la administrativa, siendo graduativo y ponderado.

4. Para lograr un apropiado consenso se espera darle viabilidad al principio a través de un soporte constitucional o un pronunciamiento en ese extremo, a fin de que se cumpla la imposibilidad de reiteración punitiva del *ius puniendi* estatal, tan aceptada científicamente, como una interdicción de las consecuencias sancionadoras del Estado. En la actualidad, resulta insuficiente la poca doctrina y los criterios difusos al respecto, tan exiguos y escasos que impiden un correcto desarrollo legal del mismo, puesto que la doctrina y los pronunciamientos para aclarar no ayudan a desarrollar este tema, que en su oportunidad tuvo que ser discutido por el legislador, de modo que solo se consideran como una brisa de ideas desapercibidas en las tribunas del legislativo. De esta manera se demuestra la falta de interés por el mismo, y se evidencian las consecuencias que trae la ausencia de lineamientos para precisar una garantía tan importante como esta. Se pretende la propuesta de un postulado adecuado para ser comprendido por cada sujeto, en el cual se exija el cumplimiento del mismo a cada operador y, sobre todo, a quienes aplican el derecho.

REFERENCIAS

- Baumann, J. (1986). *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Depalma.
- Carnelutti, F. (1994). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Librería El Foro.
- Congreso de la República (1993). Debate constitucional. Pleno - 1993. Tomo III. https://constitutionnet.org/sites/default/files/report_of_the_constitutional_debates_1993_vol_iii.pdf

- Congreso de la República (2001). Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: 10 de abril de 2001. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27444.pdf>
- Congreso de la República (2021). Ley n.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional. Lima: 21 de julio de 2021. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/nuevo-codigo-procesal-constitucional-ley-no-31307-1975873-2/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. San José: 26 de septiembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República (2006). Recurso de Nulidad n.º 2090-2005- Lambayeque. Lima: 7 de junio de 2006. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/11/RN-2009-2005-Lambayeque.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2013). Recurso de Nulidad n.º 3581-2012. Lima: 18 de julio de 2013.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Casación n.º 2927-2015-Lima. Lima: 17 de marzo de 2016. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Casaci%C3%B3n-2927-2015-Lima-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Recurso de Nulidad n.º 873-2016. Lima: 6 de septiembre de 2018.
- Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal. Parte General. Actos Procesales* (t. III). Editores Del Puerto.
- Neyra, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. IDEMSA.
- Pinedo, P. (s. f.). ¿Vulneración del non bis in idem mediante la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas? [Archivo PDF]. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20111108_02.pdf

Presidencia de la República (2004). Decreto Legislativo n.º 957, que promulga el Código Procesal Penal. Lima: 22 de julio de 2004. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Decretoslegislativos/00957.pdf>

Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. El Puerto.

Tribunal Constitucional (2002). Expediente n.º 0905-2001-AA/TC. Lima: 14 de agosto de 2002. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html>

Tribunal Constitucional (2003). Expediente n.º 2050-2002-AA/TC. Lima: 16 de abril de 2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>

Tribunal Constitucional (2004a). Expediente n.º 2868-2004-AA/TC. Lima: 24 de noviembre de 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2004b). Expediente n.º 3194-2004-HC/TC. Lima: 28 de diciembre de 2004. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03194-2004-HC%20Aclaracion.pdf>

Tribunal Constitucional (2005). Expediente n.º 4587-2004-AA/TC. Lima: 29 de noviembre de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2010). Expediente n.º 00361-2010-PA/TC. Lima: 13 de septiembre de 2010. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00361-2010-AA.html>

Tribunal Constitucional de España (1994). Sentencia n.º 270/1994. Madrid: 17 de octubre de 1994. <https://vlex.es/vid/stc-t-h-59-r-f-pa-as-15355681>

Tribunal Constitucional de España (1991). Sentencia n.º 234/1991. Madrid: 10 de diciembre de 1991. <https://vlex.es/vid/1-as-2-3-c-u-fa-4-15356578>

Tribunal Constitucional de España (1996). Sentencia n.º 204/1996. Madrid: 16 de diciembre de 1996. <https://vlex.es/vid/1-25-stc-c-2-u-15355222>