

La eficacia del *ne bis in ídem* ante la concurrencia de un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador

Reglas Procesales que permitan su eficaz aplicación en nuestro sistema procesal sancionatorio

The effectiveness of the *ne bis in idem* to the concurrence of a criminal process and an administrative punishment procedure

Procedural Rules that allow its effective application in our system of penalties

NAKIN CRISTIAN ROJAS MONTOYA (*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La vigencia del *ne bis in ídem* ante la incoación de un proceso penal y un proceso administrativo sancionador simultáneo. III. La incidencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa posterior. IV. La vigencia del *ne bis in ídem* cuando se ha impuesto una sanción administrativa y posteriormente pretende intervenir el derecho penal. V. Conclusiones.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Socio fundador del Estudio Jurídico Penal Tello & Rojas Abogados.

Resumen: Teniendo como corolario a la teoría que establece una diferencia meramente cuantitativa entre los elementos esenciales del ilícito administrativo y el penal, con el fin de evitar la vulneración del *ne bis in ídem* en ambos órdenes sancionadores, en el presente artículo proponemos la aplicación práctica de soluciones procesales, como la regla de preminencia del proceso penal sobre el administrativo y la aplicación del criterio cronológico, ante la imposición previa de una sanción administrativa sobre un injusto penal.

Palabras Clave: Proceso Penal, Procedimiento Administrativo Sancionador, *ne bis in ídem*, identidad de fundamento, preeminencia, criterio cronológico.

ABSTRACT: Having as a corollary to the theory that establishes a quantitative difference between the essential elements of the administrative and criminal offenses, in order to avoid the violation of *ne bis in ídem* in the two in sanctioning orders, in the present article we propose the practical application of procedural solutions , As the rule of preminence of the criminal process on the administrative and the application of the chronological criterion, before the previous imposition of an administrative sanction on an unjust criminal.

Key words: Criminal Procedure, Sanctioning Administrative Procedure, *ne bis in idem*, identity of foundation, preeminence, chronological criterion.

I. Introducción

Con el presente artículo desarrollaremos las propuestas de solución elaboradas en la ley y en la doctrina para evitar la vulneración del principio del *ne bis in ídem*, ante la existencia de múltiples procesos penales y/o administrativos contra la misma persona (identidad de persona), por los mismos hechos (identidad de hecho) y por el mismo fundamento (identidad de fundamento), finalizando con una toma de posición personal sobre los mecanismos procesales que se deben tomar en cuenta con el fin de garantizar la eficacia de esta importante garantía.

Para el logro de dicho objetivo somos conscientes que la aplicación del *ne bis in ídem* en la práctica procesal, en orden de evitar múltiples sanciones o procesos bajo el mismo fundamento, es el talón de Aquiles del

desarrollo normativo y doctrinal de este principio constitucional, sobre todo para salvaguardar su intangibilidad ante la múltiple existencia de un proceso sancionador a nivel judicial y otro a nivel administrativo; no obstante ello, se deben realizar todos los esfuerzos necesarios para que el *ne bis in ídem* no sea un simple axioma que se diluya en su abstracción, sino que se convierta en un precepto de plena aplicación práctica. El alcance del contenido del *ne bis in ídem* abarca la proscripción de la existencia de dos procesos sucesivos o simultáneos dentro del orden penal; asimismo, la proscripción de dos procesos sucesivos o simultáneos dentro del orden administrativo, así como la prohibición de la incoación un proceso sancionador en el orden penal y otro simultáneo o sucesivo en el orden administrativo, todos claro está con la presencia de las tres identidades de marras.

En el presente trabajo nos avocaremos al último supuesto señalado, pergeñando los criterios que se postulan para evitar la vulneración del *ne bis ídem*, ante la presencia de un proceso sancionador en el orden penal y otro en el orden administrativo, contra la misma persona, por los mismos hechos y por el mismo fundamento; teniendo como corolario a la identificación de la identidad de fundamento, a partir de un análisis comparativo cuantitativo de los elementos esenciales del ilícito penal y administrativo, que han motivado ambos procesos sancionadores.⁽²⁹⁾

II. La vigencia del *ne bis in ídem* ante la incoación de un proceso penal y un proceso administrativo sancionador simultáneo

En nuestra legislación, por una falta de coordinación político criminal, sobre los ilícitos que deben ser sancionados por el derecho administrativo sancionador y aquellos que deben ser sancionados por el

(29) En un anterior artículo el autor ha desarrollado detalladamente su posición en torno a la diferencia meramente cuantitativa entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, así como el contenido del injusto como identidad de fundamento entre las sanciones emitidas en ambos órdenes. Rojas Montoya, Nakin Cristian. La identidad de fundamento en el *ne bis in ídem*: criterios para su adecuada interpretación. En: Gaceta Penal & Procesal Penal Tomo Nº 88. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, pp. 283-300.

derecho penal, suceden frecuentes casos en que un mismo injusto es considerado a la vez delito e infracción administrativa; por lo que deben establecerse reglas de coordinación procesal en los casos de conflicto entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, que permita la intangibilidad de la garantía fundamental del *ne bis in ídem*.

Primero debemos partir señalando que tanto el procedimiento administrativo sancionador, como el proceso penal, no obstante de sus diferencias formales, tienen la misma naturaleza sancionadora, al perseguir imponer una sanción al ciudadano. En ese orden de ideas, el profesor James Reátegui señala que “si se ha llegado a la conclusión legislativa que tanto la sanción penal y administrativa forman parte de una sola potestad punitiva del estado, con mayor razón el procedimiento en ambos casos también deben ser considerados como una misma naturaleza punitiva” (Reátegui, 2006, p. 94.) Por lo que, al tener la misma naturaleza y al constatarse la triple identidad, debe incoarse un solo proceso sancionador, pero la pregunta es ¿cuál de ellos? De acuerdo a nuestra Constitución Política del Perú y a nuestra legislación debe regir en este caso el principio de preeminencia del derecho Penal sobre el derecho administrativo, el cual, en palabras del profesor Núñez, significa que “la autoridad penal (Ministerio Público o Juez Penal) tiene la competencia exclusiva sobre la calificación penal, en tanto que el Poder Judicial tiene el poder de vincular, con respecto a sus decisiones, a la administración” (Núñez, 2012, p.121)

La Preeminencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador encuentra su fundamento en la Constitución Política del Perú, la cual en su Art. 159º.5 establece que el ejercicio de la acción penal (y por lo tanto la calificación de si la conducta es delictiva o no) le corresponde al Ministerio Público. Asimismo en su Art. 139º.2 nuestra carta magna señala que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones; por lo tanto, si un mismo ilícito es conocido a la vez por la autoridad penal y por la autoridad administrativa, entonces esta última debe paralizar el procedimiento administrativo y remitir todo lo actuado a la autoridad penal, con el fin de garantizar la competencia exclusiva de

la jurisdicción penal de ejercer la potestad punitiva sobre los delitos, así como evitar una eventual vulneración del *ne bis in ídem*.

En la misma línea, el Código Procesal Penal, en el Art. III de su Título Preliminar, regula expresamente lo siguiente: “(...) El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo”, lo cual reafirma la importancia de este criterio orientador en la relación que debe existir entre un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal, regulación que en *prima facie* es adecuada para la solución de los conflictos que sucedan a nivel procesal entre estos dos ordenamientos; sin embargo sería mejor que se establezca legalmente, de manera más precisa, que los funcionarios de la administración pública tienen el deber de abstenerse de conocer un caso de índole penal, o de paralizar el procedimiento administrativo en el cual los hechos investigados revistan de connotación penal, así como la obligación de remitir todo lo actuado a la autoridad fiscal o judicial.

Sobre lo dicho, en el ámbito del derecho concursal, se intentó regular, mediante la Ley General del Procedimiento Concursal, en su artículo 131º, lo siguiente: “Si a criterio de la comisión la infracción reviste especial gravedad, ésa debe inhibirse de pronunciarse sobre e el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes”. Esta norma fue un ejemplo de la manera en que no se debe regular la preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador, pues mediante este dispositivo legal se vulneró la atribución constitucional que tiene el Ministerio Público para calificar un hecho como delito y se otorgó un excesivo poder discrecional a la autoridad administrativa para determinar que conductas consideradas “graves” debían ser investigadas por el Ministerio Público, cuestión que fue finalmente corregida por el decreto legislativo N° 1050, que derogó el artículo 131º de la Ley General del Sistema Concursal, evitando la continua vulneración a la regla de preeminencia del derecho penal.

Como se puede apreciar este principio de preminencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador no sólo evita la vulneración del *ne bis in ídem*, sino que también permite que no se desvir-

tú las funciones y competencias que la constitución ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado⁽³⁰⁾. Así, resulta ilícito que un funcionario público, perteneciente a una entidad administrativa, se avoque a conocer un hecho de connotación penal, pues dicha conducta podría incluso subsumirse en conductas delictivas, como usurpación de funciones, omisión de denuncia e incluso avocamiento indebido.

En dicho sentido, ante la disyuntiva que enfrentaría la autoridad administrativa, de emitir o no lo actuado en un procedimiento administrativo a la autoridad penal, sería incorrecto considerara que la misma se encargue de calificar una conducta como delito, sino que basta que encuentre en ella cierta connotación penal, para que se abstenga de proseguir con el procedimiento administrativo y remita todo lo actuado a la autoridad fiscal, quien se encargará de realizar la correcta calificación jurídica penal. El profesor Alcides Chinchay simplifica tal situación, al señalar lo siguiente:

Tal evaluación no supone graves y sesudos filosofemas de un ente administrativo acerca de la naturaleza y alcance de un tipo penal (...) El asunto es harto más sencillo. Al tomar el conocimiento de un hecho en el que la entidad debe decidir si al hecho es falta administrativa, tal entidad debe hacerse una simple pregunta: ¿El hecho está descrito en una norma penal como delito? Si la respuesta es sí, ya operó la preeminencia. Se trata de remitir todo lo actuado al fuero penal y abstenerse de seguir tramitando el proceso administrativo (Chinchay, 2013, pp. 56-57)

(30) El tribunal Constitucional ha establecido el contenido del Principio interpretativo de Corrección Funcional, señalando taxativamente que “Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.” (Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N° 5854-2005-PA-TC, Fundamento N° 12. Literal c)

Por todo lo dicho, se puede concluir que en caso la autoridad administrativa llegue a conocer *ab initio* hechos de relevancia penal, deberá abstenerse de iniciar un procedimiento administrativo (por más que dichos hechos se subsuman también una infracción administrativa) y deberá poner en conocimiento de dichos hechos al Ministerio Público, como titular de la acción penal. Asimismo, si en el transcurso de un procedimiento administrativo sancionador la autoridad se percata que los hechos investigados tienen relevancia penal, o que están siendo conocidos por la autoridad jurisdiccional, deberá paralizar dicho procedimiento y remitir todo lo actuado al Ministerio Público o al Poder Judicial, cometido que sólo será posible con una adecuada coordinación entre órganos administrativos y judiciales.

III. La incidencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa posterior

De acuerdo a la regla de la preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador, la administración ha de remitir las actuaciones a la autoridad penal y abstenerse de continuar conociendo el caso, en espera de la resolución final de la autoridad penal. Hasta aquí la cosa es clara, pero una vez que la autoridad penal resuelva el proceso ¿Qué es lo que debe hacer la administración?

El Administrativista Alejandro Nieto, señala que la sentencia penal tiene “una relevancia que se despliega en dos direcciones: hacia atrás (la eventualidad de que vaya a aparecer una sentencia penal paraliza la continuación de las actuaciones administrativas anteriores a ella) y hacia adelante (las actuaciones y sanciones administrativas posteriores se encuentran condicionadas por el contenido de la sentencia penal)” (Nieto, 2005, p.496). Es esta segunda dirección la que nos interesa, pues a partir de ella la sentencia penal condiciona a la administración, en cuanto a su potestad de iniciar posteriormente un procedimiento administrativo sancionador contra el ciudadano absuelto o condenado penalmente.

En primer lugar se debe partir del criterio de «vinculación de los hechos probados», el cual señala que los hechos probados en el proceso

penal son vinculantes para un eventual procedimiento administrativo sancionador, pues los mismos hechos no pueden, a la vez, existir para un órgano del estado y dejar de existir para otro. Al respecto el Tribunal Constitucional Español ha señalado lo siguiente:

El principio non bis in ídem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nº 77/1983, del 3 de octubre).

A partir de este criterio, se tiene que tener en cuenta que los efectos sobre un eventual procedimiento administrativo sancionador van a ser muy distintos, dependiendo de si la resolución judicial condena o absuelve al procesado. Al respecto se han esbozado algunas propuestas de solución doctrinales en el derecho nacional y español:

El profesor nacional Fernando Núñez Pérez manifiesta lo siguiente: “En el caso que la jurisdicción condene la administración no podrá sancionar, pero si la jurisdicción absuelve la administración podrá continuar o reanudar la investigación administrativa con base en el hecho que se haya considerado probado.” (Núñez, 2012, p.128)

De manera más detallada el profesor De la Rosa Cortina, propone lo siguiente:

Como pautas indicativas, deben distinguirse las siguientes hipótesis: a) sobreseimiento libre por declaración de inexistencia del hecho (Art. 637.1 LE Crim): en este supuesto, en principio, no procederá la remisión de testimonio; b) sobreseimiento libre por

falta de tipicidad penal de los hechos (Art. 637.2 LECrim): en este supuesto procederá la remisión de testimonie; c) supuestos de sobreseimiento previsional (Art. 641 LECrim): la casuística es muy rica y, en principio procederá la remisión del testimonie, dejando a la autoridad administrativa que analice cada caso concreto d) supuestos de sentencias absolutorias: aquí procederá en principio la remisión de testimonie salvo si responde a la declaración de la inexistencia de los hechos o a la falta de participación del acusado en los mismos. En los supuestos de sentencias absolutorias por no quedar acreditados los hechos se ha mantenido que cuando simplemente la sentencia penal declare no probada la realización del hecho o la participación del culpable sí puede continuarse el expediente administrativo (De la Rosa Cortina, 2003, pp.128-129)

Estas propuestas coinciden en que si la resolución penal es condenatoria quedará proscrito un posterior proceso administrativo sancionador y si es absolución podrá reabrirse el mismo, con el fin de procesar y eventualmente sancionar el ilícito administrativo, siempre y cuando se respete los hechos probados en el proceso penal; sin embargo desde nuestra posición, con estos criterios se está generalizando la solución a dos casos distintos, que ameritan una solución propia: A) El caso en que el ilícito administrativo es idéntico al ilícito penal, y por lo tanto hay una identidad de fundamento plena y B) el caso en que el ilícito penal tiene un plus de antijuridicidad en relación al ilícito administrativo, abarcándolo y superándolo en su ilicitud.

En el primer caso (A), si después de realizar un análisis comparativo cualitativo entre los ilícitos contenidos en la norma penal y administrativo, concluimos que el ilícito administrativo, en sus elementos esenciales, es idéntico al ilícito penal, entonces, sea la sentencia penal absolución o condenatoria, proscribirá el inicio de un proceso administrativo posterior, pues de reabrirse este, en caso la sentencia haya sido condenatoria, se estará vulnerando al *ne bis in ídem* material y procesal, y en caso la sentencia haya sido absolución, si bien no existirá una doble sanción, sí existirá un doble proceso sobre el mismo fundamento; por lo que irremediablemente se vulneraría el *ne bis in ídem* procesal.

En el caso en que el ilícito penal tenga un plus de antijuridicidad en relación al ilícito administrativo (B), proponemos las siguientes soluciones:

- b.1) Si en el proceso penal se condena, entonces quedará proscrito un posterior proceso administrativo, pues el ilícito penal y el ilícito administrativo (que se encontraba abarcado dentro de éste) ya fueron sancionados.
- b.2) Si en el proceso penal se absuelve se podrán dar los siguientes supuestos:

b.2.1) Supuestos Fácticos (sobre los hechos):

Si en el proceso penal se comprobó que los hechos nunca existieron, entonces el proceso administrativo sancionador no podrá iniciarse, al ya no tener la administración un sustento fáctico sobre la cual sancionar al administrado.

Si en el proceso penal se comprueba que los hechos existieron, pero que el imputado no participó de los mismos, el proceso administrativo sancionador no podrá iniciarse, al ya no tener la administración sustento fáctico que permita la imputación de los hechos al administrado, sin perjuicio que se inicie un proceso administrativo sancionador contra otras personas.

b.2.2) Supuesto de Tipificación (encuadramiento en el injusto):

Si la sentencia absolutoria declara que los hechos existieron, pero que estos no llegan a subsumirse en la totalidad del ilícito penal, entonces se podrá reabrir un proceso administrativo que conozca los hechos probados en el proceso penal, pero ya no para ser subsumidos en el ilícito penal, sino sólo en el ilícito administrativo (sin ese plus de antijuridicidad que lo diferenciaba del penal).

b.2.3) Supuesto Probatorio (vinculados a la insuficiencia probatoria):

Si la sentencia absolutoria declara que no existe la suficiente prueba de cargo para comprobar la existencia del ilícito penal, entonces se po-

drá reabrir posteriormente un proceso administrativo sancionador, que concentre su actividad probatoria en comprobar la realización del ilícito administrativo, respetando los hechos probados en el proceso penal.

Si bien es cierto las soluciones propuestas en los últimos dos supuestos pueden ser objeto de una crítica que revele la vulneración del *ne bis in ídem* procesal, con la incoación de dos procesos sancionatorios sobre el mismo ilícito (el administrativo); sin embargo nosotros consideramos que esto no es correcto, pues el proceso penal que se desarrolló en un primer momento tuvo como objeto encuadrar los hechos probados en la totalidad del ilícito penal, que si bien abarcaba al injusto administrativo, la operación de subsunción se realiza considerando al injusto penal en su conjunto (ilícito administrativo más plus de antijuricidad), con una evaluación parcial que analiza solamente la relevancia penal, sin un análisis individualizado del injusto administrativo, que permita determinar su configuración, por lo que la resolución penal pudo determinar que los hechos no alcanzaban a encuadrar en el ilícito penal, sin que eso signifique que tampoco puedan calzar en el injusto administrativo. Lo mismo ocurre en el supuesto probatorio; pues la actividad probatoria del proceso penal se centró en determinar la existencia de los hechos que configuren el ilícito penal (hechos de relevancia penal), sin una focalización probatoria individualizada, que permita comprobar la existencia de los hechos como constitutivos del ilícito administrativo.

IV. La vigencia del *ne bis in ídem* cuando se ha impuesto una sanción administrativa y posteriormente pretende intervenir el derecho penal

Ante la falta de visión político criminal de la legislación, que ha motivado la sanción de un mismo ilícito por el Derecho Administrativo Sancionador y por el Derecho Penal, desde la academia se deben dar soluciones prácticas, no sólo para la situación en que la autoridad administrativa toma conocimiento de un hecho con índole penal, sino también cuando la misma incumple la regla de preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador e ilegalmente, sea por negligencia o deliberadamente, sanciona una conducta, que

además de configurar una infracción administrativa constituye también un ilícito penal.

Si bien es cierto, el desarrollo doctrinal y legislativo que ha tenido este asunto (el más sensible en lo relacionado al *ne bis in ídem*) es aún incipiente, también es cierto que existen algunas propuestas muy interesantes y rescatables de derecho nacional y comparado, de cuyos aciertos y errores se debe partir, con el fin de proponer una solución jurídica que permita el respeto de la garantía del *ne bis in ídem* al ciudadano, pero sin alejarse del piso de la realidad y volar demasiado en lo que Rudolph Von Iherin llamaba “(...) en el cielo de los conceptos jurídicos, esto es, de espaldas a la realidad” (Ihering, citado por Muñoz, 2001, p. 102). Entre las más importantes soluciones, que se han planteado ante este gran problema se encuentran las siguientes:

IV.1. El criterio de la Compensación

Este criterio propone la vigencia de la sanción administrativa vertida sobre el ciudadano y la posibilidad de que se realice un sucesivo proceso penal por el mismo ilícito previamente sancionado, en el cual, en caso imponerse una pena, se descontará la sanción administrativa de la sanción penal. El criterio del descuento es novedoso; sin embargo no realiza una plena protección de la vigencia del *ne bis in ídem*, pues si bien garantiza la vigencia del *ne bis in ídem* material, al evitar la desproporcionalidad de la reacción punitiva del Estado, olvida el contenido del *ne bis in ídem* procesal, al procesar nuevamente al ciudadano por la realización de un mismo ilícito, que ya fue previamente procesado y sancionado por el brazo punitivo administrativo del Estado, sometiendo a la persona a un constante estado de inseguridad jurídica, en el cual tiene que desarrollar su vida con la espada de Themis suspendida sobre ella.

Además pensamos que en la práctica dicho criterio tendría severos óbices, por ejemplo en el caso en que la sanción penal sea una pena privativa de la libertad y la sanción administrativa una multa, pues si bien se podría acudir a las reglas de conversión de pena, muchas veces la multa administrativa, al ser cuantiosa, agotaría a la sanción penal; siendo imposible hacer un descuento propiamente dicho.

IV.2. El criterio de la Nulidad de la Sanción Administrativa

Este criterio propone la imposición de la sanción penal y la consecuente nulidad de la sanción administrativa, al constituir un acto administrativo que vulnera la regla de preeminencia penal, el principio de legalidad y de exclusividad de la jurisdicción penal.

Conforme a esta solución alternativa, y para evitar la lesión del principio non bis in ídem, se sostiene la certeza de la imposición de la sanción penal posterior a la administrativa y la consiguiente nulidad de pleno derecho de la sanción administrativa, remitiendo al condenado a la vía administrativa o, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa, para que sea esta —o la propia Administración— quien declare la nulidad de la sanción y la deje sin efecto (Muñoz, 2001, p. 86)

La nulidad de la sanción administrativa, de acuerdo a la LPAG N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General), se fundamentaría en la vulneración del ordenamiento jurídico que significó dicho acto administrativo (vulneración de la preeminencia del derecho penal), en la incompetencia de la autoridad administrativa que emitió dicha sanción (invasión a competencias reservadas a la autoridad penal) o incluso en la posible ilicitud criminal del actuar administrativo (avocamiento indebido o usurpación de funciones)

Dicho criterio encuentra su fundamento en una radical postura de la regla de preeminencia de la jurisdicción penal, pues esta conocerá el ilícito ya sancionado por la autoridad administrativa sin considerar la sanción administrativa que ésta última ya ha impuesto, otorgando al ciudadano la facultad de solicitar frente a la administración la nulidad de la sanción ilegalmente impuesta; soslayando por completo que el ciudadano ya fue objeto de un proceso sancionador previo que culminó con una sanción en el orden administrativo y que, lejos de otorgarle una solución, se lo somete a un nuevo proceso sancionador en el orden penal y a un constante estado de peregrinaje procesal, dentro del cual mendigará la nulidad de la primera sanción ilegalmente impuesta.

Conforme a esta posición, la sentencia penal no tendría que tomar en consideración ninguna decisión administrativa previa, ni le afectan

las sanciones administrativas que pudieran haberse impuesto (...) De acuerdo con esta solución, la sentencia penal no tomaría en cuenta, la sanción administrativa previa, pero como el principio non bis in ídem impide la duplicidad sancionatoria, remitiría al ciudadano al órgano administrativo para que, teniendo en consideración la condena penal, dicho órgano anulara la sanción administrativa impuesta. Sin duda esta solución es contraria a la economía procesal y somete al ciudadano a un doble enjuiciamiento y a un continuo peregrinar de órgano a órgano del Estado (López Barja, 2004, pp. 55-56)

En el mismo sentido, la crítica que se puede hacer a este criterio es la misma que se realiza al criterio del descuento, pues de la misma manera se estará intentando proteger el *ne bis in ídem* material, pero tirando la toalla en la protección del *ne bis in ídem* procesal, que irremediablemente será vulnerado, al haberse sometido al ciudadano a un doble proceso sancionatorio, por más que el primero haya sido declarado nulo, pues la declaración de nulidad e iniciación del nuevo proceso sancionatorio debe tener, en el presente caso, la finalidad de corregir, a favor del procesado y no en su perjuicio, la vulneración de las normas procesales con relevancia constitucional, que el propio estado conculcó.

Es también necesario señalar que esta teoría al descender a la arena de la realidad, encuentra muchos inconvenientes, pues el aguardar que la propia autoridad administrativa declare nulo el acto administrativo que contiene la sanción, o que en instancia contenciosa administrativa se declare la nulidad del mismo, implicaría el transcurso de un tiempo considerable, más aún en un sistema judicial como el nuestro, plagado de procedimientos burocráticos y de sobrecarga procesal, generando que el ciudadano se encuentre durante un largo periodo de tiempo sometido a los órganos sancionatorios; percibiendo indefectiblemente lesionado su garantía al *ne bis in ídem* procesal, que hasta el momento parece simple letra sobre papel mojado.

IV.3. El criterio Cronológico

El criterio cronológico postula que dado el caso en que se sancione un injusto por una consecuencia jurídica (sea administrativa o penal),

esta sanción elimina la posibilidad de que se vuelva a procesar o eventualmente sancionar la misma conducta, por el derecho administrativo o por el derecho penal (claro está ante la presencia de la triple identidad tantas veces mencionada); es decir, prevalecerá la primera sanción que se ha impuesto al ciudadano, sin interesar el orden punitivo que la emitió. El profesor Nieto, manifiesta que “el verdadero criterio es el cronológico, o sea, que la primera resolución cierra el paso a la segunda, cualquiera que sea su precedencia, hasta tal punto que una simple resolución administrativa impide por si misma las actuaciones penales posteriores” (Nieto, citado por Muñoz, 2001, p.69)

El criterio cronológico se fundamenta en el criterio de unidad del derecho sancionador, pues no debe interesar si la primera sanción se impuso por el derecho administrativo sancionador o por el derecho penal (ambas manifestaciones de un único *ius puniendi*), para que el *ne bis in ídem* desplegué su plena eficacia e impida una segunda sanción contra el ciudadano por la comisión de un mismo ilícito. Al respecto el profesor Núñez, señala lo siguiente:

Entendemos que si el Estado ya sancionó un hecho (sea con ropa de administrativo), no puede luego el mismo estado (con ropa de penal) sancionar el mismo hecho, bajo el pretexto irracional y literal de que la jurisdicción siempre tiene que prevalecer, a raja tabla, sobre la administración, así sea en perjuicio del ciudadano. Debe entenderse que si existe el *non bis in ídem* para que actúe siempre a favor del ciudadano, evitando buscar preeminencias que no tiene ningún sentido, preeminencia sí, pero siempre en concordancia interpretativa con el *non bis in ídem*. (Núñez, 2012, pp. 128)

No sólo doctrina nacional y española han fundamentado este criterio, pues como cita el profesor Cesar San Martín Castro, el Tribunal de Estrasburgo también se ha pronunciado al respecto, al señalar que “si las figuras penales o la infracción administrativa y el tipo penal no difieren en sus elementos esenciales, no puede iniciarse un segundo procedimiento, en cuyo caso, sin interesar en qué ordenamiento está prevista la primera sanción, debe regir ésta y anularse el segundo procedimiento”

(STEDH del 30.6.2002. Caso W.F.C.vs. Austria, ss. 26f. Recopilado por San Martín Castro, 2005, pp. 16-17)

IV.4. Toma de Posición

Somos de la posición de que el criterio cronológico es el único que garantiza completamente la vigencia del *ne bis in idem*, teniendo como marco las premisas de la unidad del *Ius Puniendo* y de la identidad cualitativa entre la sanción administrativa y la sanción penal⁽³¹⁾; siendo necesario centrarnos en la aplicación práctica de este importante criterio y en su defensa ante los reparos generados en su contra.

En efecto, se critica al criterio cronológico el afectar el principio de interpretación constitucional de concordancia práctica, de acuerdo al cual los derechos fundamentales, como el *ne bis in idem*, deben ser interpretados en concordancia con los demás principios que fundamentan nuestro ordenamiento jurídico, lo cual permita un equilibrio garantista-eficientista, que por un lado garantice el respeto del *ne bis in idem*, pero amparen también la eficacia de los principios de legalidad y jurisdicción penal, los cuales se verían vulnerados al dejar a la administración sancionar una conducta que se subsume en un delito.

Ante lo dicho, es necesario señalar que en el presente caso no estamos ante una ponderación de dos o más derechos o principios constitucionales, de los que se requiera su interpretación concordante, sino ante la disyuntiva de garantizar la eficacia de un derecho fundamental, como es el *ne bis in idem*, o de la potestad persecutoria y sancionadora estatal, cuyo ejercicio fue impedido negligentemente por el propio Estado, al procesar y/o sancionar una conducta de relevancia penal con un órgano incompetente; disyuntiva que en todo caso, de acuerdo a lo recogido por el propio Tribunal Constitucional, deberá ser reconducida a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones

(31) Para lo cual, como señalamos *supra*, nos remitimos al desarrollo teórico sobre la identidad cualitativa y diferencia cuantitativa entre el ilícito administrativo y el penal, esbozado en un anterior artículo del autor. ROJAS MONTOYA, Nakin Cristian. *La identidad de fundamento en el ne bis in idem: criterios para su adecuada interpretación*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal Tomo Nº 88. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, pp. 283-300.

del principio-derecho de la dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

En la misma línea, comulgar con esta crítica significaría avalar que la vigencia del *ne bis in ídem* depende del propio Estado, pues si los órganos administrativos que lo conforman respetan los principios de legalidad y jurisdicción penal y remiten el injusto penal al conocimiento de la autoridad penal, entonces se mantendrá vigente el *ne bis in ídem*, pero si los órganos administrativos vulneran los principios de legalidad y jurisdicción penal, procediendo a sancionar un injusto penal con una sanción administrativa, entonces no se mantendrá la vigencia del *ne bis in ídem*, justamente para salvaguardar los principios que el propio Estado conculcó. Como menciona el profesor Caro Coria:

La efectiva vigencia del derecho ciudadano a que se respete el *ne bis in ídem* no puede depender de la corrección del procedimiento administrativo y de la sanción que se imponga en ese ámbito, con lo que la extensión de un derecho fundamental que el Estado debe respetar y proteger, haya sus límites en la conducta previa del propio Estado. (...) No se imputa al Estado, sino al ciudadano, las consecuencias negativas de su indebida actuación sancionatoria. Esta solución a favor de la persecución estatal es además desproporcionada, no estamos ante la necesidad de ponderar la extensión de dos derechos fundamentales, sino de garantizar el equilibrio entre un derecho fundamental y la potestad sancionadora del Estado ante un hecho negativo del propio Estado: la sanción administrativa indebidamente impuesta (Caro, 2006, p. 21)

Con lo dicho no estamos sustentando que el *ne bis ídem* es un derecho absoluto, que no acepta restricción alguna en pro de intereses públicos, como el de persecución estatal de los delitos; pues, conforme hemos señalado supra, en el presente caso no nos encontramos frente a un conflicto entre un derecho fundamental y un interés público de persecución penal, en el cual es necesario restringir ciertos derechos fundamentales para lograr los fines públicos (como sucede por ejemplo con las medidas de coerción penal, en que se restringe la libertad para asegurar la eficacia del proceso penal); sino que nos encontramos

ante un hecho irregular del Estado (la sanción administrativa de un injusto penal), consistente en vulneraciones de principios constitucionales, las cuales pretende remediarlas sacrificando derechos fundamentales del ciudadano.

Otro óbice que encontraría el criterio cronológico es la corrupción estatal, marco social que generaría no pocas veces (más aún en un país con altos índices de corrupción como el nuestro), que la sanción administrativa del ciudadano, sea impuesta con el único fin de sustraerlo de la jurisdicción penal, generándose impunidad y por ende que la sanción penal (la cual se supone con mayor capacidad de prevención) no logre los fines preventivos para los cuales había sido regulada, convirtiendo al criterio cronológico en un arma de doble filo, al causar la proliferación de conductas administrativas ilícitas.

Sin embargo, en un país en que la corrupción es sistemática y hasta forma parte intrínseca de la sociedad, tenemos que señalar que no sólo la autoridad administrativa es proclive a incurrir en actos de corrupción, sino también cada una de las autoridades que conforman el sistema penal, en las cuales se concentra también este fenómeno; por lo tanto no podemos alegar que las autoridades administrativas son altamente corruptibles y que las autoridades del sistema penal están inmaculadamente libres de ella.

No obstante lo dicho, planteamos que la teoría cronológica debe tener una excepción en su aplicación, en la cual sí se tendrá que soslayar la vigencia del *ne bis in ídem* (al no ser un derecho absoluto), para someter a un ciudadano a un proceso penal y sancionarlo eventualmente por el injusto penal cometido, a pesar de haber sido sancionado previamente con una sanción administrativa. Así planteamos la inaplicación de la garantía del *ne bis in ídem* (y por ende del criterio cronológico) cuando el ciudadano de manera deliberada realiza acciones con el único fin de recibir la sanción administrativa y evitar la sanción penal, verbigracia corrompiendo a la autoridad administrativa.

El fundamento de esta excepción radica en que ya no nos encontramos ante un único acto irregular por parte del Estado, sino también ante un acto ilícito del ciudadano, quien abusando de su derecho a no ser procesado y sancionado dos veces por el mismo injusto, busca ex-

profesamente la sanción administrativa, con el único fin de evitar la sanción penal; por lo tanto, con la incoación de un segundo proceso y la eventual sanción en la vía penal se está salvaguardando el principio de legalidad y jurisdicción penal que no sólo lesionó el Estado, sino que el propio ciudadano coadyuvó para su vulneración, quien ahora ya no podrá hacer valer su derecho al *ne bis in ídem* para evitar el remedio de los principios que el mismo conculcó.

Finalmente y con el fin de no ser simples aviadores del “cielo de los conceptos jurídicos” somos de la posición de que el criterio cronológico tendrá menos problemas en su aplicación práctica y garantizará de una mejor manera la garantía del *ne bis in ídem*; pues el ciudadano, a quien el Estado ha impuesto una sanción administrativa previa, por la comisión de una conducta que configura un injusto penal, y al cual posteriormente se le pretende iniciar un proceso penal, tendrá las siguientes posibilidades de defensa:

En mérito al artículo 334 inc. 1 del Código Procesal Penal (2004)⁽³²⁾ podrá solicitar el archivo de la investigación al existir una causa de extinción de la acción penal, protegida por el principio *ne bis in ídem*, y regulada por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal penal⁽³³⁾, que evita una duplicidad sancionadora por parte del Estado (mediante sanciones penales o administrativas).

Del mismo modo, en mérito al Art. 344 inc. 2. Literal c.⁽³⁴⁾ y al Art. 350 Inc.1 literal d⁽³⁵⁾ del Código Procesal Penal, dentro del

(32) “Art. 334. Inc. 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 con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado (...)"

(33) Art III- Título Preliminar- Código Procesal Penal: “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 (...)"

(34) Art. 344 Inc. 1 Literal c: “(...) El sobreseimiento procede cuando: (...) c) la acción penal se ha extinguido (...)"

(35) Art. 350 Inc. 1 Literal d): La notificación será notificada a los demás procesales. En el plazo de diez días éstas podrán: (...) d) Pedir el Sobreseimiento (...)"

plazo de diez días posteriores a la notificación de la acusación y durante la Audiencia Preliminar de Control de Acusación, el ciudadano podrá pedir el sobreseimiento de la causa, por existir una causa de extinción de la acción penal que evita una duplicidad sancionadora por parte del Estado (mediante sanciones penales o administrativas).

En los distritos judiciales en que aún está vigente el Código de Procedimientos Penales de 1940, el ciudadano podrá solicitar la disposición de archivo fiscal, al no ser procedente la denuncia presentada contra su persona, de acuerdo al artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público⁽³⁶⁾.

Asimismo, cuando el fiscal ha formalizado denuncia penal contra el juez instructor, de acuerdo a los artículo 77 inc. 5. y 77-A inc. 21. literal c. del Código de Procedimientos Penales⁽³⁷⁾, en la audiencia de presentación de cargos, la defensa del imputado podrá solicitar al Juez Penal la emisión del auto de No Ha Lugar por la existencia de una causa de extinción de la acción penal.

Finalmente, al instaurarse contra el ciudadano, que ya sufrió una sanción administrativa previa por el mismo injusto que se lo pretende sancionar en la vía penal, dicha persona en defensa de su garantía del *ne bis in idem* y del debido proceso, y ante la amenaza de restricción de su libertad, puede acudir a la garantía constitucional del Habeas Corpus, de acuerdo al artículo 25º del Código Procesal Constitucional.

V. Conclusiones

Teniendo como corolario a la teoría que establece una diferencia meramente cuantitativa entre los elementos esenciales del ilícito admi-

(36) Art. 12 LOMP: “la denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el Fiscal Provincial (...) si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente se lo hará saber por escrito al denunciante (...)"

(37) Art. 77 inc. 5 del Código de Procedimientos Penales: “(...) Acto seguido, se escuchará al defensor del imputado quien podrá ejercer contradicción a lo alegado por el Fiscal y solicitar auto de no ha lugar conforme a lo previsto en el artículo 77-A. (...)"

Art. 77-A inc. 1. Literal c: “El Juez expedirá un auto de No Ha lugar, cuando se presenten los siguientes supuestos: (...) c. La acción penal se ha extinguido.

nistrativo y el penal, con el fin de evitar la vulneración del *ne bis in ídem* en ambos órdenes, proponemos aplicar en la práctica soluciones procesales, como la regla de preminencia del proceso penal sobre el proceso administrativo y el respeto del criterio cronológico ante la imposición previa de una sanción administrativa sobre un injusto penal. Tanto el procedimiento administrativo sancionador como el proceso penal, no obstante de sus diferencias formales, tienen la misma naturaleza punitiva, al perseguir imponer una sanción al ciudadano; por lo que al tener la misma naturaleza y al constatarse la triple identidad de marras debe incoarse un solo proceso sancionador, el cual deberá ser el proceso penal, en aplicación de la regla de preminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador.

En caso la autoridad administrativa llegue a conocer hechos de relevancia penal, deberá abstenerse de iniciar un procedimiento administrativo sancionador (por más que dichos hechos constituyan también una infracción administrativa) y deberá poner de conocimiento de dichos hechos al Ministerio Público, como titular de la acción penal. Sobre la incidencia de la sentencia penal sobre el eventual procedimiento administrativo posterior, podemos concluir que en el caso de que el ilícito administrativo coincida en sus elementos esenciales con el ilícito penal, trátese de una sentencia penal absolutoria o condenatoria, la misma proscribirá el inicio de un proceso administrativo posterior; pero si sucede que el ilícito penal tiene un plus de antijuridicidad en relación al ilícito administrativo, las soluciones serán diversas, dependiendo de si la sentencia absolutoria ha sido motivada por fundamentos fácticos, jurídicos o probatorios.

Cuando se ha impuesto una sanción administrativa y posteriormente pretende intervenir el derecho penal, el criterio cronológico es el único que garantiza completamente la vigencia del *ne bis in ídem*, teniendo como marco el criterio unitario del *Ius Punieri*; pues ante el propio error del Estado de sancionar una conducta por un órgano estatal que carecía de competencia, no se puede perjudicar al ciudadano restringiéndole un derecho fundamental, con el fin de garantizar el principio de legalidad y jurisdicción que el propio Estado conculcó.

Referencias

- CABRERA DELGADO, José Manuel (2014) *Duplicidad Sancionadora en el Ámbito Administrativo y Penal*. En: Avances en supervisión educativa N° 22. Tenerife.
- CANO CAMPOS, Tomás (2001) *Non Bis In Idem, Prevalencia de la Vía Penal y Teoría de los Concursos en el Derecho Administrativo Sancionador*. En: Revista de Administración Pública N° 156. Madrid.
- CARO CORIA, Dino Carlos. (2006) *El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Jurisprudencia y doctrina penal constitucional-Segundo Seminario. Lima: Palestra.
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides (2013) *La Interdicción de la Persecución Penal Múltiple en el Código Procesal Penal del 2004*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Lima: Gaceta Jurídica.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel (2003) *Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. En especial, el principio non bis in idem*. En: Revista del Ministerio Fiscal, n.- 11. Madrid.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2004) *El Principio Non Bis In Idem*. Madrid: Dykinson.
- MUÑOZ LLORENTE, José (2001) *La Nueva Configuración del Principio Non Bis In Idem*. Madrid: La ley.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2005) *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente (2012) *El Contenido Esencial del Non bis in Idem y de la Cosa Juzgada en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2006) *La Garantía del “Ne Bis In ídem” en el Ordenamiento Jurídico Penal*. Lima: Jurista
- SAN MARTIN CASTRO, César (2005) *Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal*. En: El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Lima: Palestra Editores.