



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL PRINCIPIO DE NE BIS IN IDEM
ANALIZADO EN TORNO A LA
DIFERENCIA ENTRE EL INJUSTO
PENAL E INFRACCIÓN
ADMINISTRATIVA: BUSCANDO
SOLUCIONES AL PROBLEMA DE LA
IDENTIDAD DE FUNDAMENTO

Alejandro Chinguel-Rivera

Piura, setiembre de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Chingel, A. (2015). *El Principio de Ne Bis In Idem analizado en torno a la diferencia entre el injusto penal e infracción administrativa: buscando soluciones al problema de la identidad de fundamento*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo [una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

ALEJANDRO IGNACIO CHINGUEL RIVERA

**EL PRINCIPIO DE NE BIS IN IDEM ANALIZADO EN
TORNO A LA DIFERENCIA ENTRE EL INJUSTO
PENAL E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA:
BUSCANDO SOLUCIONES AL PROBLEMA DE LA
IDENTIDAD DE FUNDAMENTO**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de abogado.

2015

APROBACIÓN

Tesis titulada “El principio de Ne Bis In Idem analizado en torno a la diferencia entre el injusto penal e infracción administrativa: buscando soluciones al problema de la identidad de fundamento”, presentada por Alejandro Ignacio Chinguel Rivera en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Antonio Abruña Puyol.

Director de Tesis

DEDICATORIA

A Dios por darme unos padres y hermanos maravillosos a quienes amo y le dan sentido a mi vida, y unos grandes amigos quienes siempre han estado allí en los momentos difíciles.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| Introducción | 1 |
| Capítulo I. Denominación y Fundamento | 5 |
| 1.1. La cosa juzgada (material). | 6 |
| 1.2. El principio de legalidad. | 8 |
| 1.3. El principio de proporcionalidad. | 10 |
| 1.4. Toma de postura: el principio de seguridad jurídica. | 12 |
| Capítulo II. Naturaleza Jurídica: ¿Norma o Principio? | 15 |
| Capítulo III. Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador: ¿Identidad? | 21 |
| 3.1. El fundamento del Derecho penal y del delito. | 21 |
| 3.1.1. La función de motivación. | 22 |
| 3.1.2. La función reestabilizadora. | 24 |
| 3.1.3. El caso del Derecho penal económico y los delitos de peligro abstracto. | 26 |
| 3.1.4. Conclusión. | 28 |
| 3.2. El fundamento del Derecho Administrativo Sancionador y la infracción administrativa | 28 |
| 3.2.1. La legitimidad del Derecho Administrativo Sancionador. | 28 |
| 3.2.2. La teoría del ius puniendi estatal. | 31 |
| 3.2.3. Finalidad del Derecho administrativo sancionador. | 37 |
| 3.2.3.1. Finalidad preventiva. | 37 |
| 3.2.3.2. Finalidad reestabilizadora. | 39 |
| 3.2.4. Conclusión. | 39 |

| | |
|--|-----|
| 3.3. Distinción y criterios de delimitación entre el injusto penal y la infracción administrativa. | 40 |
| 3.3.1. Precisión terminológica del “fundamento”. | 40 |
| 3.3.2. Principales planteamientos teóricos de distinción. | 41 |
| 3.3.2.1. Teoría cuantitativa o unitaria. | 43 |
| 3.3.2.2. Teoría cualitativa o diferenciadora. | 44 |
| 3.3.2.3. Toma de postura. | 51 |
| 3.3.3. Criterio jurisprudencial. | 60 |
| Capítulo IV. El principal criterio para establecer el ne bis in idem: la identidad de fundamento. | 63 |
| 4.1. Análisis jurisprudencial. | 64 |
| 4.1.1. El fundamento como bien jurídico o interés tutelado. | 64 |
| 4.2.2. El fundamento como la función que debe cumplir cada instrumento punitivo. | 67 |
| 4.2. Análisis doctrinal. | 68 |
| 4.3. Toma de postura. | 71 |
| Capítulo V. El Principio de Ne bis in idem en su sentido material y procesal | 79 |
| 5.1. La vertiente material | 79 |
| 5.2. La vertiente procesal | 82 |
| 5.3. Reglas formales para garantizar el derecho fundamental de ne bis in idem | 84 |
| Conclusiones | 99 |
| Bibliografía | 103 |
| Legislación Nacional y extranjera | 111 |
| Jurisprudencia | 112 |

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

| | |
|---|---|
| <i>Advocatus</i> | Revista de Derecho editada por los alumnos de la Universidad de Lima. |
| <i>Boletín de Investigaciones</i> | Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile. |
| <i>Capítulo Criminológico</i> | Venezuela: Universidad de Zulia, Venezuela. |
| CE | Constitución Española. |
| CEC | Centro de Estudios Constitucionales. |
| <i>Estudios de Derecho Administrativo</i> | La Ley, Uruguay. |
| INDECOPI | Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. |
| <i>Indret</i> | Revista para el análisis del Derecho. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. |
| <i>Ita Ius Esto</i> | Revista de Derecho editada por los alumnos de la Universidad de Piura. |

| | |
|--------------------------------|---|
| <i>Ius Et Veritas</i> | Revista de Derecho editada por los alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. |
| <i>Justicia Administrativa</i> | Revista de derecho administrativo. Lex Nova, Valladolid, España. |
| LPAG | Ley del Procedimiento Administrativo General. |
| OEFA | Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. |
| OSINERGMIN | Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. |
| OSIPTEL | Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones. |
| <i>RAP</i> | <i>Revista de Administración Pública.</i> Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España. |
| <i>R.C.</i> | Recurso de casación. |
| <i>RDA</i> | <i>Revista de Documentación Administrativa.</i> Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España. |
| <i>Rechtstheorie</i> | Duncker & Humblot, Alemania. |
| <i>REDA</i> | <i>Revista Española de Derecho Administrativo.</i> Civitas, España. |
| <i>REJ</i> | <i>Revista de Estudios de la Justicia.</i> Centro de Estudios de la Justicia – Facultad de Derecho – Universidad de Chile, Chile. |

*Revista de Derecho
Administrativo*

Revista de Derecho editada por el
Círculo de Derecho Administrativo
(CDA) de la Pontificia Universidad
Católica del Perú, Lima, Perú.

Revista del Poder Judicial

Revista de Derecho editada por el
Consejo General del Poder Judicial
Español, España.

RGDA

*Revista General de Derecho
Administrativo*. Iustel, España.

R.N.

Recurso de Nulidad.

RUDEP

Revista de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Piura, Perú.

SERVIR

Autoridad Nacional del Servicio
Civil.

SUNAT

Superintendencia Nacional de
Aduanas y de Administración
Tributaria.

SUSALUD

Superintendencia Nacional de Salud
(antigua SUNASA).

TC

Tribunal Constitucional.

TCE

Tribunal Constitucional Español.

TEDH

Tribunal Europeo de Derechos
Humanos.

INTRODUCCIÓN

El principio del *ne bis in idem*, entendido también como prohibición de doble valoración o de doble sanción, es un principio que, en la actualidad ha traído más de un problema, tanto en el ámbito del Derecho penal, como en el Derecho administrativo sancionador. Problemas que se han reflejado no sólo a nivel de doctrina, sino también a nivel práctico. Y cuando nos referimos a una doble problemática es porque ni la doctrina ni la jurisprudencia, y mucho menos el Tribunal Constitucional, a pesar de sus intentos, han logrado solucionar los problemas que se vienen suscitando respecto a la aplicación de una doble sanción por parte de la Administración Pública cuando concurren un mismo *sujeto, hecho y fundamento*. Y, concretamente, el problema se ha ido agravando a lo largo de los últimos años, a raíz que ninguno de los antes mencionados ha sabido responder qué es lo que se entiende por la concurrencia o la identidad de *fundamento* entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. Sin embargo, este problema no es exclusivo de la concurrencia entre estos dos últimos, puesto que, hemos podido apreciar que entre los procedimientos administrativos sancionadores tampoco se ha encontrado el rumbo para entender de manera adecuada el tercer elemento del *ne bis in idem*: la identidad de *fundamento*.

En este trabajo trataremos de sentar las bases para entender y aplicar de modo correcto el principio de *ne bis in idem*; por ello comenzaremos definiendo correctamente el principio, analizaremos su fundamento y su auténtica naturaleza, para, posteriormente, centrarnos en la diferencia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, así como, del injusto penal e infracción administrativa. Una

vez hecho esto, será momento de centrarnos en el tema de fondo: la identidad de *fundamento* como tercer elemento de la prohibición de *bis in idem* y su incidencia en la relación que tiene el Derecho penal con el Derecho administrativo sancionador. Posteriormente, trataremos la doble vertiente que tiene este principio: la material y la procesal, poniendo especial énfasis en los problemas que surgen en el ámbito procesal; siendo, por tanto, mucho más palpable la necesidad de establecer una correcta base teórica que traiga como consecuencia un correcto correlato práctico. En todo este proceso, iremos analizando el principio a la luz del ordenamiento jurídico peruano, desde cómo se reconoce en la LPAG y el Código Procesal Penal, hasta los pronunciamientos que de él ha tenido el Tribunal Constitucional y la Administración Pública peruana.

El primer capítulo, tratará el fundamento del principio, el cual no es unánime a los ojos de la doctrina pues hay tantos planteamientos que es difícil encontrar la respuesta correcta. Se partirá, primero, por entender a qué hace referencia el fundamento y, en segundo lugar, a exponer los principales principios que se han tomado como base para el *ne bis in idem* (legalidad, cosa juzgada, proporcionalidad y seguridad jurídica); finalmente, se tomará postura demostrando que el principio de seguridad jurídica es el que realmente fundamenta la prohibición de *bis in idem*.

El segundo capítulo hará referencia a la naturaleza del principio. Es decir, si la prohibición de *bis in idem* es auténticamente un *principio* o se trata, simplemente, de una *regla o norma jurídica*. No hay postura unánime tampoco en este tema, sin embargo creemos que es posible tomar una a partir de los planteamientos de ROBERT ALEXY y RODOLFO LUIS VIGO. Ambos autores parten de la Filosofía del Derecho y utilizan las denominadas teorías “fuertes” para poder distinguir las *normas* de los *principios*; es decir, criterios distintivos cualitativos o sustanciales. Así, nos centraremos en el *criterio del contenido* para tomar y fundamentar la postura que el *ne bis in idem* es en realidad un auténtico *principio* del Derecho.

En el tercer capítulo se trata la disyuntiva si entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador y, por ende, entre el injusto penal y la infracción administrativa, existe una identidad sustancial o si, por el contrario, hay una diferencia *cualitativa* entre ambos. Este tema es muy importante, puesto que según la posición que se adopte podrá darse una respuesta adecuada al problema de la identidad de *fundamento*, como se verá en el cuarto capítulo de este trabajo. Así, se comenzará exponiendo el *fundamento* de ambas ramas del ordenamiento jurídico y

de sus consecuencias punitivas. Posteriormente, nos centraremos en la distinción de dichas consecuencias (injusto penal e infracción administrativa) y estableceremos los criterios de delimitación entre lo penal y lo administrativo para, finalmente, adoptar la conclusión de que existe una diferencia *cualitativa* entre el Derecho penal y el administrativo sancionador y, por tanto, no habrá identidad sustancial entre el injusto penal y la infracción administrativa.

El capítulo cuarto desarrolla el principal criterio para establecer la prohibición de *bis in idem*. Se trata del capítulo central del presente trabajo puesto que en él se hará especial referencia a la problemática del criterio de la identidad de *fundamento*. El mismo parte del siguiente razonamiento: si, como hemos afirmado en el párrafo precedente, no existe identidad sustancial entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, cómo es posible que lo haya entre sus consecuencias punitivas; por tanto, bien vista las cosas, nunca podrá hablarse de una identidad de *fundamento* entre el injusto penal y la infracción administrativa y, por ende, tampoco podría hablarse de una vulneración al principio de *ne bis in idem*. Ante ello cabe plantearse la siguiente pregunta ¿debe redefinirse este tercer elemento del principio para así poder aplicarlo? La respuesta, en nuestra opinión, es afirmativa; sin embargo, para conocer este nuevo planteamiento el lector deberá pacientemente esperar al desarrollo de este capítulo.

En este capítulo también analizaremos cómo nuestro Tribunal Constitucional y algunas de las más importantes Administraciones Públicas de nuestro país han entendido este tercer elemento y cómo repercute ello en sus decisiones.

Finalmente, el quinto capítulo hace referencia a la vertiente material y procesal del principio. En este capítulo básicamente se exponen ambas vertientes, haciendo especial mención a la procesal y a los problemas que se pueden suscitar en su aplicación práctica.

Así, se resolverán cuestiones como ¿debe primar el Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador? (y viceversa), ¿una vez aplicada una sanción penal puede y debe aplicarse una administrativa? (y viceversa), si la respuesta es afirmativa (en alguno de los casos) ¿cómo ha de aplicarse? O, por el contrario, si es negativa ¿qué ha de hacerse en estos casos?

CAPÍTULO I

DENOMINACIÓN Y FUNDAMENTO

A pesar que se ha considerado vaga e innecesaria la discusión sobre si la correcta denominación es *ne bis in idem* o *non bis in idem*, REÁTEGUI SÁNCHEZ sostiene que “resulta de especial interés sobre todo la partícula “ne” o “non”. Entiendo correcta la expresión ne, pues el adverbio de negación simple non se emplea para negar un hecho real (así, por ejemplo, non venit: “no vino”). En cambio, ne se usa en prohibiciones o deseos (v.gr. ne eas: “no vayas”), resultando adecuado, por ende, su uso en el lenguaje prescriptivo de textos jurídicos (...)”¹. Por ello, sin perjuicio de que en la doctrina ambos términos se utilicen indistintamente sin que ello genere mayor problema, a partir de este momento nos referiremos a este principio como *ne bis in idem*.

En cuanto a su fundamento, es preciso mencionar que no hay consenso en la doctrina sobre ello, pues a lo largo del tiempo se le ha relacionado con distintos principios: el de proporcionalidad, seguridad jurídica, cosa juzgada, litispendencia, legalidad penal e, incluso, en principios como la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de subsidiariedad². Esta discusión llevó a algunos autores, entre ellos a ALARCÓN SOTOMAYOR, a sostener que “esa variedad de fundamentos se produce porque, en verdad, se está pensando en diversas

¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., *La Garantía del "NE BIS IN IDEM" en el Ordenamiento Jurídico-Penal*, Jurista Editores, Lima 2006, p. 22.

² Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El *Non Bis In Idem* como Principio General del Derecho Administrativo”, en AA.VV., (Dir.) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid 2010, pp. 416-418.

reglas que gozan cada una de autonomía propia, todas ellas aludidas como *non bis in idem*; y claro está que no todas ellas comparten el mismo fundamento”³.

Esta cuestión cobra especial relevancia pues, a lo largo del tiempo, nuestro Tribunal Constitucional ha ido cambiando de criterio, pasando desde la identificación con la cosa juzgada hasta asumir postura fundamentando el *ne bis in idem* en los principios de legalidad y proporcionalidad⁴.

1.1. La cosa juzgada (material).

Creemos que si bien la cosa juzgada es un instrumento procesal que sirve para garantizar el principio de *ne bis in idem*, no lo fundamenta. Pues, ni es el único instrumento con tal propósito ni éste es su única finalidad⁵. Por tanto, aunque puedan coincidir en algunos casos, su ámbito de aplicación es distinto.

En primer lugar porque la prohibición de *bis in idem* también es aplicable en el Derecho administrativo sancionador. Esto quiere decir que le es aplicable a las resoluciones administrativas que queden firmes al agotar la vía administrativa; es decir, sin que se trate de sentencia judicial firme. Así, aunque estas resoluciones administrativas constituyan lo que

³ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Principio *non bis in idem*”, en AA.VV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid 2010, p. 764.

⁴ En un primera momento sostuvo que compartía contenido con la cosa juzgada y, por tanto, se podían invocar indistintamente (STC en Expediente N° 0799-98-AA/TC), en segundo lugar se le vinculó con el derecho al debido proceso, posteriormente sostuvo que se trataba de una manifestación del principio de la cosa juzgada reconocido en el inciso 13 del artículo 139° de la Constitución y, finalmente, se le consideró como un derecho fundamental del orden procesal con un contenido implícito del debido proceso que puede ser derivado del de legalidad y proporcionalidad (STC en Expediente N° 03517-2011-PHC/TC). Para mayor detalle: Vid., BOYER CARRERA, J., “Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio *Non Bis In Idem*”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 11, 2012, CDA, pp. 325-328; CARO CORIA, D. C., “El Principio de *Ne Bis In Idem* en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” [en línea] *Caro & Asociados especialistas en Derecho Penal Económico y de la Empresa, Publicaciones*. Lima. 2006. www.ccfirma.com [Consulta 08.06.2012].

⁵ Vid. Cano Campos, T., “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador”, en *RAP*, n° 156, 2001, pp. 201-202.

la doctrina ha denominado *cosa decidida*⁶, es claro que no pueden equipararse a la cosa juzgada justamente porque todo acto administrativo crea y modifica situaciones jurídicas que se someten a una presunción *iuris tantum* de que son conformes con el ordenamiento jurídico⁷. En ese sentido, su legalidad siempre es cuestionable ante el poder judicial vía proceso contencioso administrativo.

En segundo lugar si, como afirma NIETO, “la regla de *non bis in idem* no sólo opera respecto a dos resoluciones cronológicamente separadas, sino también dentro de un mismo expediente y de una sola resolución”⁸, será posible que se vulnere este principio sin necesidad que la resolución administrativa agote la vía administrativa ni constituya cosa juzgada (y, al menos en este caso, tampoco cosa decidida). Un ejemplo lo podemos apreciar en el procedimiento administrativo sancionador pesquero cuando “la Dirección General de Seguimiento, Vigilancia y Control impone una sanción en primera instancia (la segunda es el Comité de Apelación de Sanciones) y por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento decide imponer una segunda sanción”⁹.

Un tercer supuesto lo explica CANO CAMPOS al afirmar que “no cabe hablar de cosa juzgada cuando la Administración impone previamente una sanción que no es recurrida y deviene firme y con posterioridad se abre un proceso penal u otro procedimiento administrativo por los mismos hechos. Lo que impide una nueva sanción en este caso no es la institución de la cosa juzgada, pues nada se ha juzgado, sino el *non bis in idem*, que es un principio más amplio”¹⁰.

Finalmente, existen casos en los que el Ministerio Público decide no formular denuncia penal y esta decisión queda firme¹¹; u otros, como cuando el juez penal dicta un auto de no ha lugar a abrir instrucción o

⁶ Vid. BOYER CARRERA. J., “Criterios jurisprudenciales...”, cit. pp. 325-327.

⁷ Vid. BACA ONETO, V. S. y ABRUÑA PUYOL, A., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección octava, el acto administrativo*, (Pro manuscrito), Piura 2010, p. 7.

⁸ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª. Ed., Tecnos, Madrid 2008, p. 471.

⁹ Vid. BOYER CARRERA. J., “Criterios jurisprudenciales...”, cit. p. 326.

¹⁰ CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem*, prevalencia...”, cit. p. 202.

¹¹ STC en Exp. N° 02110-2009-PHC/TC y en Exp. N° 02527-2009-PHC/TC, acumulados.

proceso penal y éste queda firme¹². En estos casos, a pesar que el Tribunal Constitucional y la doctrina han coincidido en que se tratan de supuestos de cosa decidida y no cosa juzgada, el primero ha determinado que se encuentran garantizados por el *ne bis in idem*¹³, salvo que concurren ciertos requisitos¹⁴.

Con todo, creemos que la cosa juzgada a pesar que sirve como instrumento del principio de *ne bis ni idem* no lo fundamenta. Pues, en estos casos, es a través de la proyección de la cosa juzgada que la seguridad jurídica adquiere su carácter de fundamento de la prohibición de *bis in idem*. Sobre esto volveremos más adelante.

1.2. El principio de legalidad.

Respecto a este principio, al igual que su homólogo español¹⁵, el Tribunal Constitucional ha relacionado la prohibición de *bis in idem* con el principio de legalidad¹⁶ reconocido en el artículo 2º de la Constitución¹⁷. Así, ha sostenido que el contenido garantista (*lex certa*, *lex previa* y *lex scripta*) que éste tiene devendría en inútil de aceptarse la concurrencia de sanciones por lo mismo¹⁸.

¹² STC en Exp. N° 8123-2005-HC/TC.

¹³ Vid. BOYER CARRERA. J., “Criterios jurisprudenciales...”, cit. p. 326-327.

¹⁴ En estos casos, si surgen nuevos elementos que permitieran optar por la promoción de la acción penal, la cosa decidida podría relativizarse. Al respecto Vid. CARO CORIA, D. C., “El Principio de *Ne Bis In Idem*...”, cit.

¹⁵ En España el TCE y la mayoría de la doctrina entendieron que la prohibición de *bis in idem* se encontraba relacionada con el derecho fundamental a la legalidad consagrado en el artículo 25º de la CE, el cual dice lo siguiente: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

¹⁶ STC en Exp. N° 2050-2002-AA/TC, f. j. 8 y STC en Exp. N° 03517-2011-PHC/TC, f. j. 2.

¹⁷ **Artículo 2º de la CP: Toda persona tiene derecho:**

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

“d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

¹⁸ STC en Exp. N° 2050-2002-AA/TC, f. j. 19 (a).

Asimismo, un sector de la doctrina también postula esta relación posicionando el principio de legalidad por encima del de proporcionalidad. Estas posturas, aunque se sustentan en dos planteamientos con puntos de partida distintos, concuerdan en que una sanción penal y una administrativa pueden provenir de un único ilícito.

La primera, parte de que sólo será posible aplicar una única sanción ante la concurrencia de un injusto penal y una infracción administrativa, pues aquella expresará todo el desvalor que el ordenamiento jurídico le ha querido atribuir a dicha conducta. Así, el principio de legalidad aportará una *funcionalidad excluyente* en estos casos; es decir, al contener la sanción (asignada a cada ilícito o hecho infractor) todo el desvalor de una conducta, excluirá una tipificación por un mismo hecho, lo que imposibilitará una doble sanción y permitirá establecer el criterio para determinar cuál norma ha de aplicarse¹⁹.

La segunda, a diferencia de la anterior, tiene como punto de partida la identidad sustancial del Derecho penal con el Derecho administrativo sancionador y, en base a ello, concluye que el principio de legalidad es el llamado a fundamentar la prohibición de doble valoración. Asimismo, esta posición se subdivide en dos razonamientos distintos:

Mientras que para uno cabe la posibilidad de que existan dos sanciones (penal y administrativa) que provengan de ilícitos distintos²⁰, la otra parece no considerarlo así²¹. No obstante, ambas llegan a la misma

¹⁹ Vid. CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem*, prevalencia...” cit. pp. 202 y 207-208. Este autor sostiene que el fundamento del *ne bis in idem* no sólo recae en la proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad sino, sobre todo, en el principio de legalidad.

²⁰ En este caso, a diferencia del supuesto en que dos sanciones provienen de un mismo ilícito presentándose como solución el *concurso de normas* y con ello el principio de proporcionalidad, lo que se presenta es un *conflicto de normas* siendo el principio de legalidad el llamado a solucionarlo. De esta manera, se entenderá que el ordenamiento jurídico ha reconocido una sola sanción para una concreta infracción, siendo una sola norma la que recogerá todo el carácter antijurídico del hecho, quedando todo lo demás en apariencias. Vid. GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem: material y concurso de leyes penales*, Cedecs Derecho Penal, Barcelona 1995, pp. 89-91.

²¹ Se sostiene que es voluntad legislativa que una infracción esté determinada por una sola sanción y no por un cúmulo de reacciones punitivas. Por tanto, en base al principio de legalidad sólo cabrá una sola sanción por un hecho infractor (sea penal o administrativo). Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general : teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, 2ª. Ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2010, p. 207.

conclusión: sólo cabrá una sola sanción por un hecho infractor (sea penal o administrativo) gracias al principio de legalidad.

De lo expuesto podemos concluir que las principales razones por las que se considera al principio de legalidad como fundamento son: primero, considerar que existe una identidad sustancial entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador; y, segundo, que es posible hablar de un mismo ilícito cuando concurren una norma penal y una administrativa sancionadora.

Sobre lo primero, consideramos que no es posible hablar de una identidad sustancial entre ambos, pues tienen un *fundamento* cualitativamente distinto basado en la *función* que cumple cada uno²². En cuanto a lo segundo, creemos que no es posible sostener que exista un mismo ilícito cuando concorra una norma penal y una administrativa sancionadora pues, en estos casos, aun cuando el *objeto material* protegido por ambos sea el mismo, el ilícito será distinto pues su *fundamento* está en un plano distinto tanto del *objeto material* como del *bien jurídico*²³.

1.3. El principio de proporcionalidad.

Este principio, al igual que el de legalidad, también ha sido vinculado por el Tribunal Constitucional con la prohibición de doble valoración²⁴. No obstante, se discutió si por sí mismo éste era suficiente para fundamentarlo.

Entre muchos argumentos, consideramos importante señalar dos de ellos: el primero, según el cual el principio de proporcionalidad no solucionaría aquellos casos en los cuales un único ilícito no abarca la sanción penal y la administrativa²⁵; y, el segundo, en base al cual aceptándose dicho principio como fundamento, una sanción excesivamente benevolente en el campo penal permitiría una

²² Esto lo trataremos a profundidad en el apartado C del capítulo III del presente trabajo.

²³ La distinción entre el *fundamento*, *bien jurídico* y *objeto material* será tratado con mayor profundidad en el capítulo III del presente trabajo.

²⁴ STC en Exp. N° 2050-2002-AA/TC, f. j. 19 (a).

²⁵ Pues, como ya explicamos, en estos casos se sostiene que no hay *concurso de normas* sino un *conflicto* de ellas; por tanto, el principio que evitará la prohibición de doble valoración será el de legalidad por encima del de proporcionalidad. Vid. GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem...*, cit. pp. 89-91.

consiguiente sanción administrativa (incluso, se dice, aunque tuvieran el mismo *fundamento*)²⁶.

Al respecto, si bien estamos de acuerdo en que el principio de proporcionalidad no puede por sí solo fundamentar la prohibición de doble valoración, consideramos que las razones expresadas para sustentar ello son incorrectas.

En primer lugar, creemos que es un supuesto normal el que un único ilícito no pueda ser abarcado por una sanción penal y una administrativa a la vez, pues como ya sostuvimos cada ilícito se configura a partir de su *fundamento*, el cual es cualitativamente distinto. En ese sentido, el principio de proporcionalidad es el llamado a solucionar este supuesto. No obstante, la razón de su aplicación no es por la existencia de un *concurso de normas* ni por un *conflicto* de las mismas²⁷, sino porque impedirá una sobreacción punitiva innecesaria.

En segundo lugar, entendemos que si se aplica una sanción (que debería ser la penal) excesivamente benevolente, ésta no va a satisfacer empíricamente los requerimientos de la segunda sanción (que debería ser la administrativa). En este caso, creemos que podría aplicarse la segunda sanción sin violar el principio de *ne bis in idem*, pues no se cumpliría con el tercer elemento de dicha prohibición, el cual ya no debe entenderse como la identidad de *fundamento* sino de *efectos*²⁸.

Finalmente, y no obstante lo mencionado, el principio de proporcionalidad es el llamado a fundamentar la vertiente material del *ne bis in idem*; pues, a través de un *juicio de necesidad* (basado en los *efectos* de uno u otro instrumento punitivo) se buscará impedir una sobreacción punitiva innecesaria en atención a las funciones que persiguen tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador²⁹.

²⁶ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador...*, cit. pp. 206-207.

²⁷ Sobre esto volveremos más adelante, basta ahora decir que el *concurso de normas* no sería la vía adecuada para solucionar la concurrencia de una sanción penal y una administrativa, pues el fundamento de esta técnica está basado en la misma *función* que tendrían dos ilícitos; sin embargo, siendo aquélla distinta entre ambos, tal técnica se vuelve inaplicable.

²⁸ Esto lo trataremos a profundidad en el capítulo IV del presente trabajo.

²⁹ En el mismo sentido Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Informe sobre la posible violación del principio del non bis in idem en los cargos imputados penal y administrativamente por*

1.4. Toma de postura: el principio de seguridad jurídica.

Hasta aquí hemos sostenido la importancia de la cosa juzgada, el principio de legalidad y el de proporcionalidad; sin embargo, concluimos que ninguno de ellos es por sí sólo el fundamento general del *ne bis in idem*, sino que es necesario que descansen en otro principio que hará esa labor y que se extenderá a través de ellos.

El principio al cual nos referimos es el de seguridad jurídica. El mismo posee tres dimensiones: “como conocimiento y certeza del Derecho positivo; como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y el orden jurídico en general, en cuanto garantes de la paz social, y, finalmente, como previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de terceros”³⁰.

En nuestra opinión, son las dos últimas dimensiones mencionadas las que dotan de sentido a la prohibición de *bis in idem*³¹. Pues no sólo basta que los administrados tengan la plena confianza en que sus conductas y las de terceros generarán una determinada consecuencia jurídica prevista por la Administración Pública (o, dicho de otro modo, la “confianza razonablemente fundada de los ciudadanos en cuál será la actuación de los poderes públicos”³²); sino, además, será necesario que ésta garantice la efectiva aplicación de dicha prohibición en el desarrollo de su potestad sancionadora³³, impidiendo así las posibles decisiones arbitrarias³⁴.

entrega de información falsa a la Superintendencia de Valores y Seguros y por uso indebido de información privilegiada – elaborado a solicitud del Estudio de Abogados Chaves, Awad, Contreras, Schürmann, (Pro manuscrito), Piura 2013, pp. 4-5.

³⁰ DE LEÓN VILLALBA, F., *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1998, p. 404.

³¹ Por su parte, GARCÍA CAVERO coincide con DE LEÓN VILLALBA en que la tercera dimensión del principio de seguridad jurídica es la que fundamenta el *ne bis in idem*. Al respecto Vid. *Ibidem*; GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. p. 4.

³² CAYÓN GALIARDO, A., “Derechos y garantías del contribuyente: la seguridad jurídica”, en AA.VV., *Cuestiones actuales de derecho tributario : I Jornada de Derecho Tributario. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, Coord. MARES, C., Palestra, Piura 2009, p. 85.

³³ Es por ello que coincidimos con BERMEJO VERA cuando sostiene que “la plena efectividad del principio de seguridad jurídica debería proporcionar satisfacción a las razonables expectativas de los ciudadanos sobre cuál ha de ser la actuación de los poderes públicos legítimos, no solamente en la elaboración o producción de las normas que integran el Ordenamiento jurídico total, sino en la aplicación del Derecho ya

Es decir, no sólo implica que los administrados tengan esa confianza en la actuación de la Administración Pública, sino que ésta corresponda a dicha confianza tutelando la efectiva aplicación de la prohibición de doble valoración.

Así las cosas, puede afirmarse que la seguridad jurídica fundamenta, de modo general, la vertiente material y procesal del *ne bis in idem*. No obstante, este principio es insuficiente para abarcar todas sus manifestaciones; por ello, será necesario que se apoye en otros principios de orden constitucional en los cuales se verá proyectado³⁵.

¿Y en qué principios han de proyectarse? En este punto coincidimos con GARCÍA CAVERO cuando sostiene que “operativamente la prohibición de doble proceso sancionatorio (administrativo y penal) se concreta en la tutela judicial efectiva, en la medida que responde a la idea de que el Derecho debe pronunciarse de forma unívoca e inequívoca; por lo tanto, la Administración no puede entrar a determinar administrativamente la realización de un hecho, si es que esta cuestión fáctica es objeto de un proceso penal en curso. Por su parte la prohibición de una imposición conjunta de pena y sanción administrativa a una misma persona por un mismo hecho, responde al principio de proporcionalidad, en la medida que la imposición acumulada de ambas sanciones provocaría una sobreacción punitiva innecesaria en atención a los fines perseguidos por el Derecho penal y por el Derecho administrativo sancionador”³⁶.

producido”. BERMEJO VERA, J., “El Principio de Seguridad Jurídica”, en AA.VV., (Dir.) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid 2010, p. 77.

³⁴ Vid. BERMEJO VERA, J., *El declive de la seguridad jurídica. Una teoría formal*, Ed. Dykinson, Madrid 2005. En BERMEJO VERA, J., “El Principio...”, cit. p. 83.

³⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. p. 4; DE LEÓN VILLALBA, F., *Acumulación...*, cit. p. 446.

³⁶ GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. pp. 4-5.

CAPITULO II

NATURALEZA JURÍDICA: ¿NORMA O PRINCIPIO?

Para referirnos a la naturaleza jurídica es necesario tener claro la diferencia entre lo que es un principio general del Derecho y lo que es una norma jurídica. Por ello, acudiremos a la teoría del Derecho y a los pronunciamientos que, en nuestra opinión, son los más relevantes para resolver la cuestión planteada.

Los principios, en palabras de ALEXY, son entendidos como “mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también jurídicas”³⁷. De esta manera, la diferencia con las normas-reglas se basa en que “los principios son preceptos de optimizadores, mientras las reglas son preceptos definidos. Como preceptos de optimización, los principios plantean una realización relativa en la máxima medida que lo permitan las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son ponderables y necesitados de ponderación, mientras las reglas se cumplen o no, o todo o nada, y ni admiten ni precisan ponderación, siendo su forma

³⁷ ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC. Traducción de E. Garzón, Madrid 1993, p. 86. En CASTILLO CÓRDOVA, L., “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en AA.VV., *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Coord. CARBONELL, M. y GRÁNDEZ CASTRO, P. P., Palestra, Lima 2010, p. 299.

característica de aplicación la subsunción”³⁸. Además, continúa, “los principios poseen una característica que no se encuentra en las reglas: su importancia y relevancia. A partir de ella cuando dos principios entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos aunque se conceda preferencia a uno de ellos. Por el contrario, en caso de conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida”³⁹. Por ello, sostiene PRIETO SANCHÍS, “las reglas, sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que otras, los principios, admiten un cumplimiento gradual”⁴⁰.

En base a ello, entendemos que tanto la norma-regla jurídica como el principio son imperativos (preceptos de la razón práctica), aunque difieren en su grado de abstracción. En ese sentido, los principios serán más abstractos y genéricos y, por ende, admitirán muchas formas de cumplimiento.

Pero ¿qué quiere decir que un principio sea un precepto optimizador? Se refiere a que se tratan de referencias generales para la realización de toda conducta (ideales de conducta) que, en la medida que son genéricas, siempre se deben cumplir. En ese sentido, su aplicación se lleva a cabo a través de la interpretación y la ponderación, pues teniendo en cuenta que todos los principios tienen igual importancia (todos se optimizan de manera ilimitada hasta entrar en conflicto con otro principio), se aplicará dicha técnica para solucionar los conflictos de principios y ver cuál primará sobre el otro (cuál vive y cuál se sacrifica a fin de cuentas). Por el contrario, las normas son menos abstractas (más precisas y específicas) en cuanto se tratan de una forma puntual de cumplimiento de un determinado principio; en ese sentido, se utilizará la técnica de la subsunción en cuanto se cumpla o no el supuesto de hecho que recoge una determina norma jurídica. Por tanto, una de ellas se aplicará y la otra no, en tanto la primera tendrá mayor importancia que la segunda⁴¹.

³⁸ ROBERT ALEXU., “Rechtssystem und praktische vernunft”, en *Rechtstheorie*, n° 18, 1987, pp. 407-408. En OLLERO TASSARA, A., *El derecho en teoría : perplejidades jurídicas para crédulos*, Thomson-Aranzadi, Navarra 2007, p. 95.

³⁹ ROBERT ALEXU., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC. Traducción de E. Garzón, Madrid 1993, p. 89. En DE LEÓN VILLALBA, F., *Acumulación...*, cit. p. 375.

⁴⁰ Cita a PRIETO SANCHÍS, L., “Principios constitucionales de Derecho Eclesiástico Español”, en *Curso de Derecho Eclesiástico*, Universidad Complutense, Madrid 1991, p. 46. En *Ibidem*, p. 375.

⁴¹ La base de esta interpretación proviene del magisterio oral de TEJADA PINTO, P. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú), Piura 2012.

Según estos planteamientos, podría entenderse que el *ne bis in idem* se trata de “una norma-regla y no un principio, pues contendría una orden específica (la prohibición de castigar más de una vez lo mismo) susceptible de cumplirse o incumplirse totalmente en cada caso concreto pero no de lograrse en mayor o menor medida”⁴².

En realidad, y más allá de la crítica que al modelo alexyano ha formulado un sector de la doctrina⁴³, creemos que su punto de partida no es del todo correcto y, por ende, tampoco lo es la conclusión a la que, en base a él, se llega.

En nuestra opinión, no es posible definir los principios como mandatos de optimización, pues ello nos llevaría a entender que cada principio tendrá un contenido ilimitado *prima facie* que, en algún momento, entrará en conflicto con el contenido *prima facie* ilimitado de otro principio. En ese sentido, siempre, uno de los contenidos será sacrificado o restringido para permitir el ejercicio del contenido de otro principio. De este modo, en base al principio de proporcionalidad se aplicará la regla de la prevalencia basada en que el contenido de un principio se optimizará en la medida que se sacrifique el contenido de otro principio⁴⁴.

Por el contrario, estamos de acuerdo es que la estructura de los principios son “mandatos abiertos y genéricos que requieren de concreciones porque no definen de modo acabado los supuestos de hecho

⁴² Así lo entiende ALARCÓN SOTOMAYOR; aunque, por otro lado, sostiene que “De todas formas, esa categoría de normas-principios que se inventan las teorías de Alexy y sus seguidores no coincide con la categoría de principios generales del Derecho como fundamento de nuestro ordenamiento jurídico que es la que consagra el art 1. 1 y 4CC y la única que aquí interesa”. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El *Non Bis In Idem* como Principio...”, cit., p. 421.

⁴³ Como señala CASTILLO CÓRDOVA, principalmente, la crítica ha sido formulada por “Jürgen Habermas (quien advierte que los derechos fundamentales no tienen carácter teleológico sino deontológico), Aulis Aarnio (quien repara en que los principios se asemejan a las reglas en cuanto o se cumplen o no se cumplen) y Luis Prieto (quien plantea que los principios no tienen por qué ser necesariamente mandatos de optimización o carecer de condiciones de aplicación)”. CASTILLO CÓRDOVA, L., “Hacia una reformulación...”, cit. pp. 306-307.

⁴⁴ Esta crítica ya fue advertida por CASTILLO CÓRDOVA quien entiende que los derechos fundamentales son principios y, por tanto, si han de definirse como lo hace ALEXY necesariamente tendríamos que hablar de un conflicto entre derechos fundamentales, cosa que es incorrecto. Vid. CASTILLO CÓRDOVA, L., “Hacia una reformulación...”, cit. pp. 306-319.

a los que se ha de aplicar”⁴⁵. En ese sentido, tendrán una estructura genérica que servirá como base a todo el ordenamiento jurídico basada en el valor justicia y, por tanto, en la persona humana como pilar fundamental.

En este punto es donde adquiere relevancia el planteamiento de VIGO, quien establece veinte criterios para distinguir la norma-regla jurídica del principio. Sin embargo, considera que el núcleo de la diferencia está basado en el *contenido* que tienen uno u otro, siendo los demás criterios accesorios o manifestaciones de aquél⁴⁶. Por esta razón y porque creemos que este criterio es el que desarrolla y se acerca mejor a nuestra postura es que nos centraremos en él.

Así, define al principio como un “estándar que ha de ser observado (...) porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”⁴⁷. En ese sentido, mientras que “los principios tienen aquel contenido moral o vinculado a los derechos morales (moral rights o natural rights por oposición a los derechos legales o legal rights) las normas cuentan con un contenido diversificado”⁴⁸.

Lo interesante de esta definición es que se refiere al principio como una exigencia de justicia. De esta manera, estando el principio en la base de todo el ordenamiento jurídico, la razón de ser de su estructura abierta y genérica será la de informar y abarcar todos los supuestos de hecho que se presenten en el caso concreto; y no, la de funcionar como precepto optimizador ilimitado, pues ello conllevaría irremediablemente a un conflicto de principios.

Pero, ¿por qué ha de estar el principio en la base de todo el ordenamiento jurídico? Pues porque trae intrínsecamente en su esencia al valor justicia; es decir, que se le entiende a sí mismo como necesario para establecer las exigencias de justicia en el ordenamiento jurídico.

En base a ello, ¿la prohibición de *bis in idem* se tratará de un principio? Dicha prohibición exige que nadie pueda ser procesado ni

⁴⁵ CASTILLO CÓRDOVA, L., “Hacia una reformulación...”, cit. p. 306.

⁴⁶ Vid. VIGO, R. L., *Interpretación jurídica : del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal Culzoni, Santa fé de Bogotá 1999, p. 140.

⁴⁷ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona 1984, p. 72.

⁴⁸ VIGO, R. L., *Interpretación jurídica...*, cit. p. 134.

sancionado dos veces por lo mismo (cuando concurra un mismo *sujeto, hecho y fundamento*). Asimismo, hemos de recordar que la justicia se trata de “dar a cada uno lo suyo, o dar a cada uno su derecho”⁴⁹ y que toda exigencia de la misma necesariamente debe considerar a la persona humana como fin en sí misma.

En tal sentido, si se impone una sanción penal que cubra empíricamente los efectos de la sanción administrativa tornándola, por tanto, innecesaria; debe entenderse que el administrado ya recibió lo que le corresponde y, por ende, sería injusto volverlo a procesar o sancionar. Este razonamiento es el correcto si lo que se busca es considerar a la persona humana como fin en sí misma y no como mero instrumento⁵⁰.

En conclusión, el *ne bis in idem* se trata de un principio, pues tiene una estructura genérica basada en el valor justicia, lo que le dota de una juridicidad intrínseca⁵¹. Ésta le permite servir como base para fundamentar todo el ordenamiento jurídico y proteger a la persona humana de una posible instrumentalización.

⁴⁹ ZEGARRA MULÁNOVICH, Á., *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Palestra Editores, Lima 2009, p. 26.

⁵⁰ Pongamos algunos ejemplos, ¿qué sucede si por conducir en estado de ebriedad a un administrado se le sanciona en la vía penal (drásticamente) y, posteriormente, se le procesa e impone una sanción administrativa? ¿No será que, en este caso, se estaría utilizando a la persona humana como medio para dar ejemplo a la ciudadanía que quien conduce en estado de ebriedad recibirá una sanción más que drástica? Veamos ahora otro supuesto más discutido. El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que el Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo; sin embargo, ¿qué sucede cuando se impone primero una sanción administrativa? En estos casos, lo lógico sería entender que dicho acto administrativo es nulo y, por tanto, debería anularse y volverse a juzgar al administrado en la vía correspondiente, la penal. No obstante, y muy aparte de que se declare nulo el acto administrativo de sanción, ¿acaso no estaríamos sometiendo a una persona a un doble procesamiento sólo porque un funcionario de la Administración Pública no suspendió cuando lo debía hacer? ¿No es ello instrumentalizar a la persona humana y tomarla como medio para dar el mensaje al funcionario público que la vía penal tiene prevalencia sobre la administrativa conforme lo dice la ley? Sobre este supuesto problemático volveremos más adelante, basta ahora darnos cuenta cómo si no entendemos la prohibición de *bis in idem* como una exigencia de justicia que de luz a todo el ordenamiento jurídico, tendremos consecuencias no deseadas como instrumentalizar a la persona humana en base a otros fines menos importantes.

⁵¹ Vid. VIGO, R. L., *Interpretación jurídica...*, cit. p. 140.

De esta manera, cumple con la triple función de todo principio: primero, fundamenta todo el ordenamiento jurídico (porque los argumenta y justifica); segundo, orienta en la operatividad a los intérpretes jurídicos del derecho; y tercero, cumplen una función supletoria o integradora, a falta de ley y costumbre, de todo el ordenamiento jurídico⁵².

Por esta razón, aunque el principio *ne bis in idem* pueda evolucionar, dándose una reinterpretación de sus elementos, ello no implica que su esencia cambie. Pues ésta, basada en el valor justicia, es lo que se mantiene inmutable y le dota de un carácter permanente para informar y orientar a todo el ordenamiento jurídico⁵³.

⁵² Vid. VIGO, R. L., *Interpretación jurídica...*, cit. p. 139.

⁵³ Vid. DE LEÓN VILLALBA, F., *Acumulación...*, cit. p. 377-378.

CAPITULO III

DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

SANCIONADOR: ¿IDENTIDAD?

3.1. El fundamento del Derecho penal y del delito.

El Derecho penal puede analizarse desde varias perspectivas; aquí partiremos de dos de ellas: objetivo material y la subjetiva para, finalmente, dar una sola definición del *fundamento* de esta rama del Derecho.

La razón de nuestro enfoque es porque ambas hacen referencia a aquello que legitima la existencia del Derecho penal, su *función*. Así, mientras la primera se basa en aquello que define su *función* y legitima su aplicación⁵⁴; la segunda, se refiere a la facultad punitiva ante la realización de un hecho delictivo (*ius puniendi*)⁵⁵.

Ahora bien, en ambas perspectivas la cuestión determinante será la *función* de la pena. Pues, mientras que en la primera la pena constituye la principal consecuencia jurídica del Derecho penal⁵⁶; en la segunda, el *fundamento* del *ius puniendi* dependerá de la *función* que se le asigne a la pena⁵⁷.

⁵⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal: Parte General*, 2ª. Ed., Jurista Editores, Lima 2012, p. 63.

⁵⁵ Vid. *Ibidem*, p. 113.

⁵⁶ Aunque es importante señalar que, como afirma GARCÍA CAVERO, no hay que olvidarse de las demás consecuencias jurídicas del Derecho Penal. Para mayor referencia Vid. *Ibidem*, p. 81.

⁵⁷ Vid. *Ibidem*, p. 81 y 113.

Por esta razón, para poder dar una definición correcta del *fundamento* del Derecho penal será necesario, en primer lugar, analizar la *función* de la pena.

3.1.1. La función de motivación.

Esta *función* implica que la norma penal debe proteger los bienes jurídicos esenciales de la sociedad, evitando, por tanto, su lesión. Por ello, el principio de lesividad, según el cual el Derecho penal sólo intervendrá cuando la conducta delictiva haya afectado un bien jurídico, se constituye como esencial en su actuación⁵⁸. De esta manera, el delito se entenderá como la lesión al bien jurídico, y éste como un objeto (material o inmaterial) valorado positivamente; es decir, como un bien jurídico individual⁵⁹.

Esta concepción no ha estado exenta de críticas. En nuestra opinión, pueden resumirse en dos:

La primera se centra en el principio de lesividad y la protección a los bienes jurídicos individuales. En cuanto a lo primero, JAKOBS ya ha sostenido que este modelo va en contra del principio del hecho, pues el Derecho penal descubre la desviación a la norma en el momento en que ésta es irreversible⁶⁰. Es decir, el Derecho penal intervendrá cuando el bien jurídico ya se encuentra lesionado, por lo que su función, en estricto, no será su protección. Respecto a lo segundo, la protección sólo individual de los bienes jurídicos se ha puesto en duda a partir del surgimiento de figuras como los delitos de peligro abstracto, el Derecho penal económico⁶¹ e, incluso, por los delitos especiales por responsabilidad institucional⁶².

La segunda crítica pone su atención en la *función* motivadora. Concretamente, en la contradicción que surge en la aplicación de

⁵⁸ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte General*, Jurista editores, Lima 2007, pp. 24-25; 30 y 112-113.

⁵⁹ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. pp. 112-113; GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal...*, cit. p. 118.

⁶⁰ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal: Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª. Ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid 1997, p. 31.

⁶¹ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. pp. 30 y 116.

⁶² Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit. p. 52.

sus fines preventivos con las garantías jurídicas de la persona humana. Es decir, en el afán de cumplir dicha función y lograr mayor eficacia preventiva, se podrían sacrificar las libertades individuales llegando a instrumentalizar a la persona humana⁶³.

Por lo expuesto, puede concluirse que el modelo preventivo basado en una *función* motivadora o intimidatoria no puede servir para sustentar la teoría de la pena ni legitimar la intervención del Derecho penal.

⁶³ Esta crítica ha sido asumida, con algunos matices, por JAKOBS, SILVA SÁNCHEZ, GARCÍA CAVERO y H. LESCH.

En primer lugar, JAKOBS sostiene que no es función de la pena generar una prevención general negativa (entendida como el miedo e intimidación que traiga como consecuencia el desaliento para que el autor realice hechos delictivos futuros), pues ésta “mide el beneficio potencial del delincuente y compensa esta ventaja mediante un mal, pero no atiende al daño que el hecho produce en el orden social”; es decir, no pone su atención en los miembros de la sociedad como destinatarios del funcionamiento de la pena. Finalmente, critica la desproporción extrema a la que podría llegarse siguiendo este modelo, pues en éstos “no están vinculados el *quantum* del daño social y el de la reacción”. Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit. pp. 19; 26; 28 y 31-32.

En segundo lugar, SILVA SÁNCHEZ, a pesar de tener una concepción distinta a la anterior, tiene como premisa que “lo que legitima la intervención penal no es la prevención de por sí, sino el esfuerzo por aproximarse en la mayor medida de lo posible a la consecución de todos los fines (*tendencia a la maximización de la prevención, utilidad social y garantías individuales*)”. De esta manera, habrán dos criterios a seguir: preventivos (donde se puede apreciar la tendencia a la máxima prevención corregida por la lógica utilitarista de la intervención mínima) y los garantísticos (entendidos como las garantías individuales, como, por ejemplo, la proporcionalidad, racionalidad, humanidad, etc.). En definitiva, la intervención del Derecho penal partirá de una síntesis de todos sus fines, buscando un equilibrio entre la máxima eficacia preventiva y el mínimo sacrificio de la libertad individual; no obstante, siempre existirá un conflicto permanente y dinámico entre ambos lo que conllevará a que la síntesis de sus fines sean provisionales y dinámicos. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Jospe María Bosch Editor, Barcelona 1992, pp. 348; 387; 397-399; 446-447 y 472.

Finalmente, GARCÍA CAVERO sostiene que, de aceptarse esta postura, se apreciaría un “desequilibrio evidente entre los fines de motivación y la limitación de la represión mediante garantías jurídicos penales” que traería como consecuencia, como indica H. LESCH, la “(...) instrumentalización del autor a favor de la función de policía del Estado (...) se abusa del autor en interés de la defensa de futuros peligros para disciplinar a otros destinatarios de la norma”. Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. p. 28; H. LECH, H., *La función de la pena*, Dykinson, Madrid 1999, p. 46.

3.1.2. La función reestabilizadora.

Esta *función* encuentra su explicación en la teoría funcional de la retribución planteada por JAKOBS. Esta teoría se centra en la *función* social de la pena, el sentido comunicativo del delito y la sanción penal⁶⁴, y busca mantener las condiciones esenciales para la coexistencia social, es decir, de la identidad normativa de la sociedad⁶⁵. De la misma manera, trae consigo un nuevo concepto del bien jurídico – penal y con ello una reformulación del concepto del principio de lesividad⁶⁶.

De esta manera, el Derecho penal cumplirá una *función* social la cual consistirá en “restablecer la vigencia de la norma infringida”⁶⁷ y “mantener las expectativas normativas de conducta derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad”⁶⁸; asegurando, por tanto, la plena realización de la persona humana⁶⁹.

Según ello, el concepto tradicional del bien jurídico – penal, que en un primer momento fue concebido como objeto individual (material o inmaterial) valorado positivamente, pasará a entenderse como la vigencia de la norma jurídico – penal o la validez fáctica o del contenido de la norma⁷⁰. En ese sentido, el principio de lesividad también debe reformularse y ser entendido como lesión al contenido de validez que tiene la norma⁷¹.

En consecuencia, la *función* del Derecho penal no será preventiva, pues no se busca evitar que el autor no delinca en el

⁶⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. pp. 24-25.

⁶⁵ Vid. H. LECH, H., *La función...*, cit. p. 50.

⁶⁶ Vid. FEIJO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Editorial Reus, Madrid 2007, p. 49.

⁶⁷ GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. p. 24.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁹ Es importante mencionar que coincidimos con el planteamiento de GARCÍA CAVERO pues, a diferencia de JAKOBS, acoge un concepto de persona que no está basado en los consensos sociales ni en cómo esté constituida la sociedad actual. Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. p. 33; GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal...*, cit. p. 129; JAKOBS, G., *Dogmática del Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson Civitas, Madrid 2004, pp. 51-54.

⁷⁰ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. p. 115; GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal...*, cit. p. 129; JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit. pp. 45 y 58.

⁷¹ Vid. FEIJO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal...*, cit. p. 49.

futuro; sino, reestabilizadora, pues se busca proteger la vigencia del sentido comunicativo de validez que tiene la norma y las expectativas de confianza que crea en los ciudadanos.

No obstante ello, no es posible descartar del todo el plano preventivo, pues es éste quien va a proporcionar la base aflictiva que sustentará la reestabilización de la vigencia normativa. Es decir, para que pueda darse la negación a la contradicción de la vigencia de las expectativas normativas defraudadas, será necesaria la existencia de un contenido aflictivo (“el dolor penal”) como apoyo cognitivo al mantenimiento de dicha vigencia. De esta manera, se proporciona una orientación real para entender el delito como fracaso, algo que no se logra manteniéndose sólo en el plano de la comunicación ideal⁷².

⁷² Esta reformulación de la teoría de la pena fue planteada por el mismo JAKOBS y, a nuestro entender, tiene como base tres ideas: “el reto de integrar el “dolor” de modo pleno en su teoría de la pena”, “el reconocimiento de que el Derecho, para ser real requiere facticidad” y la integración entre la lógica de la vigencia de las expectativas normativas con la del apoyo cognitivo. Es decir, ya no se basa sólo en el ser normativo en un plano de comunicación ideal (lo que JAKOBS llama *persona* en sentido estricto) sino, además, en el ser sensible en el plano empírico (lo que JAKOBS llama *individuo*). Por tanto, la función de la prevención general positiva de la pena (aquella que, según este autor, confirma la orientación correcta de la norma, a pesar de la conducta delictiva que intenta negar su correcta vigencia) deberá abarcar, además, la prevención general negativa (entendida como miedo o intimidación hacia el sujeto destinatario de la norma); pues, sin ella, la primera no podría funcionar. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Del Derecho abstracto al Derecho “real”” [en línea] *InDret – Revista para el análisis del Derecho*. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona 2006, pp. 3-4. www.indret.com [Consulta 02.07.2014]; JAKOBS, G., *La pena como reparación del daño, en Dogmática y criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Legis Editores, Bogotá 2005, pp. 346-351. Para mayor detalle consultar: JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijo Sánchez)*, Thomson-Civitas, Madrid 2006.

Finalmente, nos parece correcto aclarar que lo que JAKOBS llama prevención general positiva, en realidad, hace referencia a la teoría funcional retributiva basada en la función de reestabilización de la pena. La razón de ello es porque el contenido de la primera teoría no se corresponde con su denominación. Tal es así que H. LESCH afirma que “no se trata aquí de fines preventivos, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. Se trata por el contrario de una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad (...) función, a saber, el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad”. Punto de vista que también es compartido por GARCÍA CAVERO. Vid. H. LECH, H., *La función...*, cit. p. 50; GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. p. 30.

3.1.3. El caso del Derecho penal económico y los delitos de peligro abstracto.

Como consecuencia del desarrollo de los contextos de protección penal que, poco a poco, se volvieron más genéricos y abstractos; la estructura y el contenido material de los delitos fueron modificándose⁷³. De esta manera, nació un Derecho penal de segunda velocidad distinta al tradicional, donde los criterios de imputación y las garantías jurídico-penales se flexibilizaron (sobre todo en las formas diferenciadas de funcionamiento). Este Derecho penal de segunda velocidad ha sido llamado por SILVA como Derecho penal económico⁷⁴.

En un sentido amplio y desde una perspectiva objetivo-material⁷⁵, el Derecho penal económico cumple una *función* social consistente en “restablecer la vigencia de expectativas sociales derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad en la economía”⁷⁶. Es decir, en la “protección de expectativas normativas de conducta derivadas específicamente del modelo economía (libre mercado o función social del Estado)”⁷⁷.

Como puede apreciarse, salvo características puntuales del Derecho penal económico, ambos Derechos penales (el tradicional y el económico) comparten la misma *función* social⁷⁸. Por tanto, las conclusiones a las que llegamos sobre del Derecho penal tradicional (nuevo concepto del bien jurídico-penal y reformulación del principio de legalidad), las hacemos extensivas, con la única diferencia de la flexibilización en los criterios de imputación y en las garantías jurídico-penales, al Derecho penal económico.

⁷³ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. pp. 112-113; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal : aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de f, Montevideo 2006, pp. 132.

⁷⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. pp. 106-107; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit. pp. 178-183.

⁷⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. pp. 22-24.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 47.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁷⁸ Vid. *Ibidem*, p. 109.

Ahora bien, debido a la relación del Derecho penal económico con “fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas”⁷⁹, se produjo la “anticipación de la barrera de protección penal”⁸⁰ para ciertos tipos de delitos, lo que propició una transición del “modelo “delito de lesión de bienes individuales” al modelo “delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales”, pasando por las modalidades intermedias”⁸¹. Es decir, los delitos de peligro abstracto se volvieron una tipificación muy extendida en el Derecho penal económico.

Este tipo de delitos se caracterizan por “sancionar comportamientos peligrosos en general, sin requerir que efectivamente se haya puesto en peligro o lesionado un objeto valorado positivamente”⁸². Asimismo, son tipificados por el legislador como unas máximas iguales para todos; es decir, independientemente de la valoración individual divergente, se administran centralizadamente los riesgos y se precisa cuándo alguien infringe las expectativas sociales⁸³.

Según estas características, ¿el delito de peligro abstracto es compatible con el concepto del bien jurídico-penal que hemos dado y, por ende, con la nueva forma de entender el principio de lesividad?

En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa, pues debe entenderse que el delito de peligro abstracto se constituye a partir de la “afectación de las condiciones de disposición segura de un bien jurídico. [Y, esta afectación,] produce una defraudación social que fundamenta la intervención del Derecho penal”⁸⁴.

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit. p. 134.

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, cit. P. 461.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit. p. 132.

⁸² GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. p. 116.

⁸³ Vid. *Ibidem*, p. 123.

⁸⁴ GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal...*, cit. p. 133. También Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit. pp. 58-59.

3.1.4. Conclusión.

Como puede observarse, a pesar de la evolución que ha sufrido el Derecho penal tradicional, situación que trajo como consecuencia el nacimiento del Derecho penal económico y la extensión de la tipificación de las conductas a través de los delitos de peligro abstracto, su *función* social sigue siendo la misma: asegurar las expectativas normativas esenciales de la sociedad. Así, mientras el bien jurídico-penal ha de entenderse como la vigencia de la norma, el principio de lesividad se fundamentará en esa defraudación de expectativas normativas esenciales de la sociedad⁸⁵.

3.2. El fundamento del Derecho Administrativo Sancionador y la infracción administrativa

3.2.1. La legitimidad del Derecho Administrativo Sancionador.

La legitimidad de la Administración Pública para sancionar fue muy discutida en su tiempo pues, se afirmaba, que ello iba en contra del principio de separación de poderes que reserva únicamente al Poder Judicial, como jurisdicción, la potestad de imponer sanciones⁸⁶.

⁸⁵ Sobre esta posición, SILVA ha defendido la finalidad garantística del principio de lesividad (entendiéndolo como parte integrante del principio de protección fragmentaria). No obstante, ha señalado que ello no quiere decir dejar a los bienes universales sin protección penal (por ejemplo: instituciones económicas o laborales). En efecto, ha entendido que existe la obligación de protegerlos por tratarse de “intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma”; sin embargo, la condición para ello será concebir tales bienes en un sentido instrumental a la persona humana. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, cit. p. 463.

⁸⁶ Sobre el origen y situación de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, 2ª. Ed., Iustel, Madrid 2009, pp. 378-380; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo II*, 12ª. Ed., Thomson Reuters, Navarra 2011, pp. 169-173; NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. pp. 173-178; SOTO KLOSS, E., “Derecho Administrativo Penal, Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Boletín de Investigaciones*, volumen 44-45, 1979-1980, pp. 95-103.

No obstante, esta discusión no se enfocó en toda la potestad sancionadora administrativa⁸⁷; sino, sólo, en la potestad sancionadora de orden general⁸⁸.

Así, ya desde la década de los setenta, GARCÍA DE ENTERRÍA⁸⁹ y PARADA VÁSQUEZ⁹⁰ cuestionaban esta capacidad de la Administración Pública para sancionar a los administrados en general, básicamente porque afirmaban que ésta se trataba de una potestad sancionadora “prebeccariana”⁹¹; es decir, basada en viejas técnicas del Derecho de policía del Antiguo Régimen que desconocían las debidas garantías en el procedimiento administrativo sancionador⁹².

Sin embargo, esta discusión fue superada básicamente por tres ideas concretas:

- 1) Primero, porque se entendió que el Derecho administrativo sancionador era también parte de una única potestad sancionadora del Estado y, por tanto, debían aplicarse los mismos principios y garantías del genérico *ius puniendi* estatal ampliamente desarrollado por el Derecho penal⁹³. De

⁸⁷ La potestad sancionadora administrativa se subdivide en: la potestad sancionadora de orden “especial” o disciplinaria y la potestad sancionadora de orden “general”. Así, “mientras que la primera se ejerce respecto de sujetos especialmente vinculados con la Administración, que de algún modo se integran dentro de su organización, la segunda se ejerce respecto de los administrados en general, en tanto destinatarios del ordenamiento administrativo que pueden infringir, y que por tanto a los que cabe castigar”. BACA ONETO, V. S., “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2, 2010, pp. 3 a 24.

⁸⁸ La potestad disciplinaria no cuenta con mayor cuestionamiento pues, como veremos más adelante, además de aplicarse a sujetos especialmente vinculados con la administración, se entiende que el fundamento en base al cual se aplica es sustancialmente distinto de la potestad penal.

⁸⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, en *REDA*, n° 10, 1976, pp. 399-430.

⁹⁰ Vid. PARADA VÁSQUEZ, R., “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, en *RAP*, n° 67, 1972, pp. 41-94.

⁹¹ Ello en referencia a todas las técnicas de garantía que se adoptaron en el Derecho Penal con el acogimiento de los principios de BECCARIA. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso...*, cit. p. 173.

⁹² Vid. BACA ONETO, V. S., “¿Responsabilidad...”, cit. p. 6.

⁹³ Vid. *Ibidem*, p. 3.

esta manera, se justificaba que la Administración Pública pudiera sancionar y, a la par, se aseguraba que al momento de hacerlo cumpla con las garantías del debido procedimiento.

- 2) Segundo, debido al fortalecimiento que la Administración Pública experimentó en el siglo XIX y que llevó a muchos Estados a dotarla de poderes represivos⁹⁴, se entendió que la potestad sancionadora era el correlativo de la potestad administrativa de regulación, supervisión y vigilancia. Es decir, una manifestación de la actividad de policía y, por tanto, compartía con ésta el objetivo de protección del interés público y general. Pues, se entendió que de otra manera dichas facultades devendrían en inoperantes⁹⁵.
- 3) Tercero, debido a que las funciones de la Administración Pública crecieron desmesuradamente y desbordaron por completo la capacidad de actuación del poder judicial, se entendió que aquélla podía sancionar. A ello debe agregarse que los recursos del poder judicial eran insuficientes para asumir una represión efectiva de los incumplimientos de las innumerables normas jurídicas administrativas, siendo

⁹⁴ Para mayor detalle Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, cit. pp. 379-380. No obstante, hemos de mencionar que el origen y la evolución del Derecho Administrativo Sancionador no ha sido igual en todos los países. Así, hasta la mitad del siglo pasado, en Alemania e Italia, el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador formaban parte de un único Derecho de Contravenciones, en el que las contravenciones formaban parte del Código Penal y se encontraban tipificadas como delitos o faltas. Esto, a diferencia de España, en la cual desde una primera etapa existió el famoso Derecho Administrativo Sancionador *prebeccariano* al que hacía mención GARCÍA DE ENTERRÍA, el mismo que se encontraba separado e incomunicado del Derecho Penal. Sobre esto último Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”, en *RAP*, n° 195, 2014, pp. 144-145.

⁹⁵ Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. pp. 94-97 y 173-174; BACA ONETO, V. S., “¿Responsabilidad...”, cit. p. 7; BACA ONETO, V. S., “La potestad disciplinaria y el control por el tribunal constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura”, en *RUDEP*, n° 8, 2007, p. 253; BACA ONETO, V. S. y ABRUÑA PUYOL, A., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimo novena, la actividad administrativa (I), la policía administrativa*, (Pro manuscrito), Piura 2010, p. 18; DANÓS ORDÓÑEZ, J., “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública”, en *Ius Et Veritas*, año V, n° 10, 1995, pp. 150-151; MORÓN URBINA, J. C., “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana”, en *Advocatus*, n° 13, 2005, p. 228.

necesaria la intervención de la Administración Pública para ello⁹⁶.

Esta superación, llevó a NIETO a afirmar que “el problema actual no es el de la existencia de la potestad sancionadora, y ni si quiera el de su justificación, sino mucho más sencillamente el de su juridificación. No se trata ya (en otras palabras) de devolver a los Jueces potestades indebidamente detentadas por la Administración sino conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los Jueces y procesos penales. Y así, la “despenalización” de las materias se corresponde con una “jurisdiccionalización” de los procedimientos y garantías”⁹⁷.

Al respecto, estamos de acuerdo en que lo importante es buscar la aplicación de las debidas garantías al procedimiento administrativo sancionador, de tal manera que se asegure que la sanción impuesta sea justa. No obstante, creemos que tener claro cuál es el *fundamento* del Derecho administrativo sancionador es muy importante, pues sólo conociendo la *finalidad* por la cual la Administración Pública sanciona podremos comprender mejor no sólo su sustantividad sino, también, el porqué el procedimiento administrativo sancionador cuenta con unos matices propios que le distinguen del proceso penal.

3.2.2. La teoría del *ius puniendi* estatal.

En general, esta teoría hace referencia a que tanto la potestad penal como la administrativa sancionadora (por tanto, también el injusto penal y la infracción administrativa) forman parte y son manifestaciones de una única y general potestad punitiva del Estado⁹⁸.

⁹⁶ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, cit. p. 380.

⁹⁷ NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. p. 89. (Original en cursivas).

⁹⁸ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general : teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, 3ª. Ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2013, p. 94; NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. pp. 85-86. Por otro lado, también es destacable la posición de PARADA VÁSQUEZ, para quien existe un “derecho garantizador” como una rama específica del Derecho Público, la misma que estaría formada por el Derecho Penal, Procesal y Derecho Administrativo Sancionador. Vid. PARADA VÁSQUEZ, R., *Derecho Administrativo I: parte general*, 17ª. Ed., Marcial Pons, Madrid 2008, p. 29.

En un primer momento, se le entendió como una tesis del supraconcepto de ilícito. Es decir, existe un Derecho punitivo público único del que parten dos subvariedades (Derecho penal y Derecho administrativo sancionador) de un único ilícito de naturaleza idéntica, aunque cada uno con su propio ordenamiento positivo propio⁹⁹.

Como puede apreciarse, esta tesis partía de una identidad ontológica de ambas potestades y tenía como ventaja aplicar y extender la avanzada teoría del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador¹⁰⁰.

Con el tiempo esta teoría se ha reinterpretado, situación que ha traído como consecuencia la asunción de distintas posturas sobre el *ius puniendi* estatal. En nuestra opinión, éstas pueden resumirse en tres:

- 1) La primera propone una relación de plano horizontal. Es decir, el Derecho administrativo sancionador parte del Derecho penal; por tanto, su *fundamento* o *finalidad* perseguida será la misma y la única razón que lleva a tipificar un hecho como uno u otro será de política legislativa. De esta manera, ambos formarán parte de un mismo *ius puniendi* estatal¹⁰¹.

⁹⁹ Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. pp. 150-151.

¹⁰⁰ Vid. *Ibidem*, p. 159.

¹⁰¹ Esta posición, con los matices propios de uno u otro autor, parece ser asumida por GÓMEZ TOMILLO, SANZ RUBIALES, SUAY RINCÓN, GARRIDO FALLA, GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ.

Para GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador cumplen la misma finalidad: persiguen la tutela de bienes jurídicos. Por tanto, la infracción penal y la administrativa serán “esencial, material [y] sustancialmente idénticas”. Así, aunque el segundo autor parte de que tanto las medidas de policía como las sanciones administrativas son actos administrativos restrictivos de derechos, concluye que mientras las primeras se vinculan al principio *pro libertate* (entendida como aquélla que busca la medida menos lesiva para libertad y propiedad) y a actuaciones lícitas de los administrados; las segundas, están sometidas a otros principios distintos (como el de culpabilidad) y se vinculan a actuaciones ilícitas de los administrados. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte...*, cit. p. 94-96;

Para SUAY RINCÓN, quien busca el concepto constitucional de la sanción administrativa, debemos centrarnos en los elementos sustantivos, en concreto en la finalidad de las sanciones. Así, es este elemento el que acerca la figura de la sanción administrativa a la

- 2) La segunda propone una relación de plano vertical. Es decir, se trata de una teoría de la fuente que parte, verticalmente, del Derecho público estatal al Derecho penal y al Derecho administrativo sancionador, y no horizontalmente (del Derecho penal al Derecho Administrativo sancionador). De esta forma, el *ius puniendi* estatal estará regido por el Derecho público estatal y no por el Derecho penal¹⁰².

penal, lo cual trae como consecuencia una identidad sustancial entre ambos ilícitos. Esta finalidad debe ser represiva sin dejar de lado el perjuicio o mal añadido como elemento necesario de aquélla. Sin embargo, hace la salvedad que dicha finalidad no es la única atribuible a la sanción administrativa, pues la CE impone las exigencias propias de ésta a medidas aflictivas que no son reconocidas como tales (distintas a la multa). Vid. SUAY RINCÓN, J., “Concepto de sanción administrativa”, en AA.VV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid 2010, pp. 165-173.

GARRIDO FALLA, por su parte, entiende que la potestad administrativa sancionadora y la atribuida a los tribunales de justicia comparten el mismo fundamento: “asegurar el cumplimiento de los deberes genéricos que los individuos tienen frente al Estado, es decir, que deriven de sus situación general de sumisión”. Vid. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo II*, 11ª. Ed., Tecnos, Madrid 2002, p. 188.

GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, por su lado, a pesar que sostienen que la sanción administrativa y el injusto penal comparten la misma naturaleza (no existiendo, por tanto, diferencia sustancial entre ambos), terminan por afirmar que tienen distinta finalidad. Así, mientras que las penas están orientadas a la reeducación y reinserción social, las sanciones administrativas tienen una finalidad represiva más pragmática. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso...*, *cit.* p. 173.

¹⁰² Esta postura es atribuible en su totalidad a NIETO y parte de la crítica que este autor hace a la tesis del supraconcepto de ilícito.

La primera, se centra en que ambos ilícitos (el penal y el administrativo sancionador) no son ontológicamente ni iguales ni desiguales, pues ambos se tratan de conceptos normativos. Es decir, son creados por la norma y no existen en la realidad; por tanto, es inútil tal discusión ya que se centra en un terreno metanormativo que no vincula al legislador, quien puede cambiar de criterio por razones de política punitiva.

La segunda, es consecuencia de la primera. Es decir, la premisa de la identidad ontológica entre delitos e infracciones administrativas sólo debe aceptarse con el único propósito de prestar cobertura teórica al Derecho administrativo sancionador. Por ende, ante su evolución, debe abandonarse el plano inferior del Derecho penal y centrarnos en uno superior: el del ilícito genérico y el Derecho público estatal. En otras palabras, el *ius puniendi* estatal está regido por el Derecho público estatal que abarcará el Derecho penal y el Derecho Administrativo sancionador. No obstante ello, se entra en contradicción buscando aún la aplicación del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador. Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, *cit.* pp. 154; 160-161.

- 3) La tercera propone una relación de plano horizontal, aunque asumiendo una interpretación distinta a la explicada en el primer punto. Es decir, parte de la idea de un genérico *ius puniendi* estatal, pues se entiende que tanto la pena como la sanción administrativa son castigos impuestos por el Estado; sin embargo, la *finalidad* que persiguen ambos instrumentos punitivos es distinta.

Por tanto, el Derecho administrativo sancionador parte del Derecho administrativo, pues la potestad sancionadora se trata de un corolario de la potestad constrictiva o de ordenación¹⁰³ que tiene

Es importante mencionar que esta posición ha sido criticada por GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES para quienes “debería reflexionarse si con tal construcción no estamos ante una mera cuestión de etiquetas, pues, al final, los principios de ese Derecho Punitivo del Estado son los principios del Derecho penal (y del Derecho administrativo sancionador) y a la inversa (...) surgen (...) dudas [de la] trascendencia de tal construcción, como en relación a su alcance. Así, nos preguntamos qué principios engloba que puedan estimarse como diferenciados de lo que hoy es el Derecho penal y que justifiquen la creación propuesta”. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte...,cit.* pp. 118-119.

¹⁰³ Dentro de las modalidades de actuación administrativa que plantea LÓPEZ MUÑIZ, podemos encontrarla dentro de las técnicas de *ordenación* y *garantías de la libertad y de la propiedad*, en concreto, dentro de la actividad constrictiva.

Ahora bien, siendo el concepto de policía administrativa un concepto jurídico indeterminado (dependiente de las circunstancias y del momento histórico), algunos autores como ESTEVE PARDO –partiendo de una clasificación de modalidades de actuación administrativa basada en el concepto de *regulación* y que se subdivide en: *regulación de riesgos* y *regulación económica*– han sostenido que el concepto de policía administrativa (basado en la búsqueda del orden público) ha sido desplazado por el concepto de regulación de riesgos (que tomaría en cuenta el concepto de orden público económico y serviría para explicar de mejor manera la estructura unitaria de la *autorización* y de otras técnicas jurídicas). No obstante ello, aquí nos centraremos en un concepto que abarca tanto el orden público en sentido estricto (*policía general*) como en un sentido amplio (*policía especial*).

Así, de modo general, puede afirmarse que la actividad constrictiva consiste en “la determinación directa, general o particular, de límites negativos y positivos a los derechos y libertades de los ciudadanos y demás sujetos sometidos a las potestades administrativas, con los consiguientes deberes, obligaciones o cargas en beneficio de otros sujetos o del interés general, así como en la actuación conducente a garantizar su respeto y cumplimiento con la prevención y corrección de sus infracciones. En otras palabras, se trata de límites que se imponen a la actividad privada en circunstancias concretas de actuación para asegurar el orden público o el orden al bien común. Vid. BACA ONETO, V. S. y ABRUÑA PUYOL, A., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimo novena..., cit.* pp. 2 y 4; ESTEVE PARDO, J., “La regulación de la economía desde el Estado garante”, en AA.VV., *La Autonomía municipal*,

la Administración Pública. De esta manera, la finalidad de la primera se verá relacionada, directa o indirectamente, con la de la segunda¹⁰⁴.

administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales, Aranzadi, Santander 2007, pp. 79 y 126; ESTEVE PARDO, J., “El encuadre del regulación de la economía en la sistemática del Derecho Público”, en *RGDA*, n° 20, 2009, pp. 6-11.

¹⁰⁴ Esta posición, con los matices propios de uno u otro autor, parece ser asumida por LÓPEZ MUÑIZ, BACA ONETO, NIETO, REBOLLO PUIG, CANO CAMPOS, SILVA y GARCÍA CAVERO.

Para LÓPEZ MUÑIZ “las sanciones administrativas se pueden incluir en la policía o actividad constrictiva, en la medida en que sirven para asegurar el cumplimiento de las demás técnicas (actos normativos y no-normativos)”. En el mismo sentido, BACA ONETO entiende que “en la medida en que las sanciones son actos administrativos constrictivos, que cumplen una función de salvaguarda de la legalidad, pueden estudiarse junto a las demás manifestaciones de la actividad de policía”, “cuyos objetivos (protección de intereses públicos y generales) comparte”. Vid. BACA ONETO, V. S. y ABRUÑA PUYOL, A., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimo novena...*, cit. p. 18; BACA ONETO, V. S., “La potestad disciplinaria...”, cit. p. 253.

Similar punto de vista, aunque yendo un poco más lejos, tiene NIETO para quien la potestad sancionadora encuentra su justificación dentro de la potestad de policía. Así, “la potestad administrativa sancionadora forma parte ínsita de la competencia de gestión” o es una “potestad aneja a la potestad de regular y de ejecutar la actuación pública en determinadas materias”. En cuanto a los elementos característicos que dotan de identidad al Derecho Administrativo Sancionador, señala los siguientes: 1. La función preventiva (en lugar de la represiva); 2. Especial atención en el riesgo (en lugar del daño); 3. Ilícitos de mera inobservancia y prohibiciones normativas (en lugar de la exigencia del a culpa); y, 4. La tarea primordial en la gestión y defensa de los intereses públicos y generales (en lugar de la defensa de los derechos individuales). Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. pp. 96; 180-185.

Por su parte, REBOLLO PUIG entiende que ambas figuras no se deben confundir ni integrar una en otra, puesto que aunque compartan el mismo objetivo (protección de intereses públicos y generales), los medios empleados y la forma de actividad que emplean cada uno son distintos. Por ello, “se trata de dos medios complementarios y distintos dirigidos a un idéntico fin”.

Para desarrollar la idea de la finalidad, el autor citado parte de la distinción entre la finalidad del castigo (sanción) que se impone, y el mal que se impone como contenido de la sanción. De esta manera, la sanción administrativa busca “directa, precisa y deliberadamente causar el mal en que consisten” y tal contenido no realiza o satisface el interés público o general (ni los específicos de la Administración Pública). Sin embargo, el castigar por medio de la sanción administrativa sí que tiene una finalidad, pues son “útiles como sistema de respaldo o tutela del ordenamiento (particularmente, aunque no exclusivamente, del ordenamiento administrativo y de las diferentes potestades administrativas de ordenación) pues sirven para *prevenir* infracciones futuras y, así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración”.

Por tanto, según el citado autor, la sanción administrativa tiene como único contenido el infligir un mal en los administrados; sin embargo, la imposición de dicha sanción administrativa (el castigar) tiene una finalidad preventiva y de respaldo a la potestad de ordenación. Vid. REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAP, Madrid 1989, pp. 445 y ss. En NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. p. 174; REBOLLO PUIG, M., “El contenido de las sanciones”, en *Justicia Administrativa*, n.º. Extra (Ejemplar dedicado a: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador), 2001, pp. 156-157.

CANO CAMPOS, por su lado, entiende que el Derecho Administrativo Sancionador persigue “reforzar un determinado modelo de gestión sectorial, razón por la cual se centra en el sector en su integridad tipificando las infracciones desde enfoques generales”; centrándose, por tanto, en ilícitos de baja intensidad desde una perspectiva global o sistemática.

En cuanto a la sanción administrativa, el autor citado entiende que ésta no busca realizar de forma directa o inmediata el interés general o público, sino, únicamente causar un mal (carácter aflictivo). Sin embargo, entiende que dicha sanción “inflige un mal o se priva de un bien para castigar, y se castiga para prevenir” o, dicho de otra manera, se busca “castigar para tratar de prevenir infracciones futuras”. Así, “lo peculiar de las sanciones es la forma en que dicha finalidad preventiva o disuasoria se persigue: castigando”.

Es interesante la relación que, según este autor, tienen: el mal infligido, la prevención y la ordenación de un determinado sector social. Así, cuando se sanciona se impone un mal al infractor, esa imposición tiene fines preventivos que, a su vez, ayudan a reforzar la potestad de ordenación. Vid. CANO CAMPOS, T., “La actividad sancionadora”, en AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, Coord. CANO CAMPOS, T., Volumen III, Tomo II, Iustel, Madrid 2009, pp. 88 y 101; CANO CAMPOS, T., “¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?”, en *RAP*, n.º 184, 2011, pp. 106-107.

En una perspectiva similar, aunque no idéntica, SILVA entiende que la finalidad del Derecho Administrativo Sancionador es ordenar, de modo general, sectores de actividad; es decir, reforzar mediante sanciones un modelo de gestión sectorial. Por ello, “es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración”. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit. pp. 137-138.

De esta manera, siendo el Derecho administrativo sancionador, ante todo y sobre todo, Derecho administrativo¹⁰⁵, su *finalidad* será un instrumento para lograr un objetivo mayor: el orden público y el interés general.

3.2.3. Finalidad del Derecho administrativo sancionador.

Hasta aquí no hay dudas que el Derecho administrativo sancionador (con ello la infracción administrativa), busca -a través de la sanción administrativa- un efecto aflictivo, pues es evidente que al imponerse un castigo se genera un mal en su receptor (estímulo externo negativo). Sin embargo, ¿cómo se ve orientada la conducta del administrado con dicho estímulo? Para responder esta pregunta es necesario determinar si la sanción administrativa cumple una *finalidad* preventiva o reestabilizadora.

3.2.3.1. Finalidad preventiva.

Pueden darse dos interpretaciones respecto de la prevención:

En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO entiende que las normas administrativas “aseguran el funcionamiento global de un sector del tráfico social sometido a control o fiscalización”; es decir, buscan dar “un orden a sectores regulados del sistema social o de cuestiones accesorias del sistema”. Por ello, sigue “criterios de afectación general, estadística en todo caso, por lo que no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución que se rige por criterios de oportunidad y no de legalidad”. Así, la sanción administrativa “se dirige a las personas como seres sensibles a los que debe orientar por medio de estímulos externos negativos, como las multas, a actuar correctamente en determinado sector social” y “tienen como finalidad únicamente que ese sector no colapse con una generalización de conductas contrarias al orden impuesto”. Vid. GARCÍA CAVERO, P., “El principio del *non bis in idem* a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa”, en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor José Hurtado Pozo, el penalista de dos mundos*, IDEMSA, Lima 2013, pp. 175-176; GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal...*, cit. p. 134; GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. p. 13; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit. pp. 137-138; GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. p. 69.

¹⁰⁵ Vid. REBOLLO PUIG, M., “Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores”, en AA.VV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid 2010, p. 325; NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. p. 177.

- 1) La primera será entender que la prevención debe centrarse en el ámbito de la tipificación de conductas como infracciones administrativas. Pues, la amenaza de sanción creará un estímulo externo negativo en el administrado que le motivará a cumplir con sus obligaciones legales para que su conducta no perturbe el buen funcionamiento de un determinado sector administrativamente regulado¹⁰⁶.
- 2) La segunda será entender que la prevención debe centrarse en el ámbito de la imposición de la sanción administrativa. Es decir, dado que su imposición generará un estímulo externo negativo, tanto en el que cometió la infracción administrativa como en los demás (quienes al ver el contenido aflictivo que sufre el infractor perciben de mejor manera la amenaza de sanción), preverá la comisión de futuras infracciones; y, de manera indirecta, protegerá el interés general y reforzará los modelos de gestión sectorial.

De ambas interpretaciones, nos parece que la que debe ser asumida como correcta es la primera. Pues, aunque la tipificación de conductas (como infracciones) y las sanciones administrativas tengan un efecto preventivo, no es finalidad de esta última la de motivar y prevenir futuras infracciones administrativas. Puesto que, si así fuera, en el afán de cumplir dicha finalidad y lograr una mayor eficacia preventiva podría terminarse por instrumentalizar al autor de la infracción y, de esta manera, sacrificar su libertad individual en pos de disciplinar a otros destinatarios de la norma¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Así lo deja en claro NIETO cuando afirma que el “objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto”. NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. p. 34.

¹⁰⁷ En nuestra opinión a la postura de la finalidad preventiva podría hacerse los mismos cuestionamientos que en su momento se le hicieron a la función motivadora del Derecho penal. Para mayor detalle consultar el acápite A.1) del capítulo III del presente trabajo.

3.2.3.2. Finalidad reestabilizadora.

Se puede afirmar que la sanción administrativa tiene esta *finalidad* en la medida que, cuando se impone, su contenido aflictivo se orienta a restablecer el correcto funcionamiento global de un sector administrativamente regulado, su eficacia en pos del interés general¹⁰⁸.

3.2.4. Conclusión.

Es posible sostener que el Derecho administrativo sancionador es parte del *ius puniendi* estatal en la medida que se entienda que es un derecho punitivo impuesto por el Estado; sin embargo, y a pesar de ello, su *finalidad* será distinta a la del Derecho penal¹⁰⁹, por tanto, su *fundamento* también.

Para entender dicha *finalidad*, se debe partir del Derecho administrativo y no de un orden jurídico distinto. En tal sentido, la Administración Pública utilizará estímulos externos negativos (la amenaza de sanción y su imposición) para reforzar su actividad, la potestad constrictiva, de tal manera que en los sectores específicos, en los cuales se limita la actuación de los administrados, se pueda aspirar a un correcto funcionamiento y un mayor eficacia, lo que conllevará a una mejor tutela del orden público e interés general.

De esta manera, aunque el Derecho administrativo sancionador tenga efectos preventivos (al momento de tipificar conductas como infracciones), su *finalidad* principal será la de restablecer y mantener el correcto funcionamiento global de un sector de actividad administrativamente regulado.

¹⁰⁸ Así lo entiende GARCÍA CAVERO cuando sostiene que “las normas administrativas aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social” o, en otras palabras, buscan mantener el “funcionamiento de aspectos que simplemente dan un orden al sistema económico global o de cuestiones accesorias al sistema”. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico...*, cit. pp. 69 y 124.

¹⁰⁹ En cuanto a ello, coincidimos con BACA ONETO para quien “difícilmente puede afirmarse que los ilícitos y las sanciones administrativas tengan <<naturaleza penal>>, y ésta no puede utilizarse como fundamento para aplicar, sin más, los principios propios de dicho orden jurídico al Derecho Administrativo Sancionador”. BACA ONETO, V. S. y ABRUÑA PUYOL, A., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimo novena...*, cit. p. 21. También Vid. BACA ONETO, V. S., “¿Responsabilidad...”, cit. pp. 10-11; BACA ONETO, V. S., “La potestad...”, cit. p. 256-257.

Así las cosas, ¿cómo se explica la aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador? En nuestra opinión, existen tres razones que lo explican:

- 1) La primera se refiere a que, en el plano normativo, la utilización de dichos principios no se hace con las estructuras propias del Derecho penal, sino con una reproducción que el Derecho administrativo sancionador hace de los criterios de aplicación del Derecho penal.

De esta manera, los principios se acomodarán a la estructura propia del Derecho administrativo sancionador y, como consecuencia, se darán las matizaciones o la adaptación de los principios del Derecho penal en el ámbito administrativo sancionador.

- 2) La segunda se refiere a que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador son derechos punitivos, porque castigan; en ese sentido, en busca de una mayor garantía al administrado, deben aprovecharse las técnicas, experiencia y desarrollo del Derecho penal¹¹⁰ en el procedimiento administrativo sancionador.
- 3) Finalmente, la tercera se basa en la llamada “unidad del sistema jurídico”. Esta unidad, además de permitir “trasladar sistemáticamente decisiones de un sistema jurídico parcial a otro”, debe ser entendida como “ausencia de contradicción”. Es decir, los principios del Derecho penal se aplicarán al Derecho administrativo sancionador siempre que no entren en contradicción con la *finalidad* que éste último persigue¹¹¹.

3.3. Distinción y criterios de delimitación entre el injusto penal y la infracción administrativa.

3.3.1. Precisión terminológica del “fundamento”.

A lo largo de este trabajo hemos venido usando de manera indistinta los términos “naturaleza”, “fundamento”, “función” y

¹¹⁰ Pues, como bien indica NIETO, sería necio desaprovecharlos por un escrúpulo sistemático. Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. p. 161.

¹¹¹ GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal...*, cit. p. 806.

“finalidad”. Por esta razón, conviene ahora aclarar el panorama para no caer en confusiones no deseadas.

Cuando hablamos del “fundamento” o “naturaleza jurídica” nos referimos a la *finalidad* (o *función*) que cumplen una u otra determinada rama del Derecho, y no a su naturaleza ontológica en el plano de lo suprasensible¹¹²; pues, finalmente, ambas se tratan de creaciones humanas que terminan por plasmarse en una norma. Precisamente por ello, es necesario tener clara la *finalidad* de uno u otro, pues sólo así el legislador tendrá criterios que le ayuden a delimitar qué ámbitos deben regirse por uno u otro.

3.3.2. Principales planteamientos teóricos de distinción.

Los planteamientos teóricos que sobre dicha distinción han surgido son diversos, entre los más importantes destacan dos: la teoría *cuantitativa* y la *cualitativa*. Mientras la primera sostiene que el criterio de distinción radica en una mayor o menor gravedad de la lesión; la segunda, sostiene que el criterio de distinción es material o sustancial y, por tanto, el fundamento de ambas sanciones será distinto¹¹³.

En cuanto a ello, GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES, sostienen que es más precisa la distinción entre teorías *diferenciadoras* y *unitarias* (aunque, añaden, las *eclécticas* como una tercera). Así, las primeras sostienen un criterio sustancial o material de distinción (*cualitativo*, a fin de cuentas); las segundas, sostienen que tanto la infracción administrativa como el injusto penal serían esencial, material y sustancialmente idénticos (poseen la misma naturaleza); y, finalmente, aquellas que los autores citados califican como *mixtas*, sostienen, aceptando como punto de partida la teoría *cuantitativa*, que entre las infracciones administrativas y los delitos más graves existen diferencias

¹¹² Con ello nos apartamos de la vieja discusión acerca de la naturaleza ontológica referida al “ser”, la cual, basada en criterios no normativos (o *metanormativos*), llevó a NIETO a afirmar que, al final, determinar qué se rige por el Derecho penal o por el Derecho administrativo sancionador dependerá de meras etiquetas del legislador que impondrá por razones de política punitiva global. Siendo el régimen legal aplicable a uno u otro lo realmente interesante de averiguar. Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. pp. 154-161.

¹¹³ Vid. GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. pp. 182-183.

cualitativas (en realidad, según estos autores, se trata de una tesis *cualitativa*, independientemente del término que se use)¹¹⁴.

Los primeros planteamientos teóricos para establecer la distinción planteada, tuvieron lugar a principios del siglo XX de la mano de la doctrina alemana, en las figuras de GOLDSCHMIDT, cuya concepción fue dotada de una fundamentación filosófico-jurídica por WOLF, y BINDING. Estos planteamientos, partían de una diferencia material entre el delito judicial y el “delito” administrativo, basados en distintos contenidos de injusto y de culpabilidad (teoría *diferenciadora* o *cualitativa*)¹¹⁵. Así, según éstos, la “diferencia central radicaba en que el delito judicial constituía la lesión de un bien jurídico, es decir la afectación de un valor social vital, mientras que el delito administrativo era tenido simplemente como un acto de desobediencia a la relación de dependencia con la Administración estatal”¹¹⁶.

Posteriormente, con el nuevo concepto que se asumió del bien jurídico en los años setenta (con un fundamento socio-funcional); se dio, por un lado, un acercamiento del bien jurídico penalmente protegido con el fin de la regulación administrativa y, por otro, la opinión que tanto el injusto penal como la infracción administrativa protegían bienes jurídicos y, por tanto, su única distinción se basaba en la mayor o menor gravedad de lesión (teoría

¹¹⁴ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte..., cit.* pp. 76-77; 84-85 y 91-94. Al respecto, creemos que la segunda distinción es la más precisa; sin embargo, debido a la extensión con que ha sido utilizada la primera, utilizaremos de manera indistinta las teorías *diferenciadoras* con las *cualitativas*, por un lado, y las *unitarias* con las *cuantitativas*, por el otro (aunque, haremos las precisiones del caso cuando sea conveniente). Aunque hemos de dejar en claro que asumir la teoría *unitaria* no equivale a asumir la *cuantitativa*, pues no siempre hay una correlación entre los delitos y las infracciones administrativas, por ello la diferencia no siempre será de grado. No obstante, con dicho matiz, se podría aceptar la corrección de la citada tesis.

¹¹⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 172; CUY URZÚA, E., “Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas”, en *Boletín de Investigaciones*, volumen 44-45, 1979-1980, pp. 87-89.

¹¹⁶ GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 172.

cuantitativa o unitaria)¹¹⁷. Incluso, otro sector de la doctrina llegó a sostener que la diferencia entre ambos era meramente *formal*¹¹⁸.

Con sus más y sus menos, las teorías *cuantitativas y unitarias* conforman el grueso de la opinión doctrinal entre penalistas y administrativistas.

3.3.2.1. Teoría cuantitativa o unitaria.

En nuestra opinión, esta teoría ha sido interpretada de dos maneras por la doctrina:

- 1) La primera, planteada por GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES, sostiene, por un lado, que el injusto penal y la infracción administrativa son sustancialmente idénticos y, por otro, que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador tiene como *finalidad* la tutela de bienes jurídicos¹¹⁹.
- 2) La segunda, planteada por ALARCÓN SOTOMAYOR, sostiene que el delito y la infracción administrativa (así como la pena y la sanción administrativa) tienen la misma naturaleza, pues al ser por igual castigos, su sustancia es la misma¹²⁰. La diferencia radica en la intensidad o gravedad de ataque a los mismos bienes

¹¹⁷ Vid. GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. pp. 172-173.

¹¹⁸ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal” [en línea] *InDret – Revista para el análisis del Derecho*. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona 2008, p. 2. www.indret.com [Consulta 02.07.2014].

¹¹⁹ Sostentan la tesis *unitaria* como ineludible punto de partida, desde diversas perspectivas: histórica, en cuanto a la finalidad de uno u otro, temporal, espacial, en cuanto a la definición material de la infracción administrativa, punto de vista jurídico-positivo, de las consecuencias jurídicas y en cuanto a las ventajas derivadas de la adopción de dicha teoría. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte..., cit.* pp. 92-115.

¹²⁰ Por esta razón considera que las antiguas teorías que establecían una distinción ontológica entre ambos, hoy se encuentran superadas. No obstante ello, termina por puntualizar que la identidad sustancial defendida no conlleva, por sí misma, a entender que no hay diferencias entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador ni entre el proceso penal y el proceso administrativo sancionador, pues las hay y, en algunos casos, sobresalientes. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines...”, cit. pp. 140-148.

jurídicos (debiendo la pena proteger de los ataques más graves y la sanción administrativa de los menos graves).

3.3.2.2. Teoría cualitativa o diferenciadora.

Al igual que la teoría anterior, la teoría *cualitativa* ha sufrido en los últimos años una serie de interpretaciones con la finalidad de replantear su punto de partida y buscar mayor solidez en la distinción entre el injusto penal e infracción administrativa.

En nuestra opinión, la mayoría de estas interpretaciones tiene como punto de partida entender que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador son Derechos punitivos, pues ambos imponen castigos que generan un contenido aflictivo en sus destinatarios; no obstante, son distintos entre sí.

La razón de esta distinción es lo que, a nuestro criterio, marca la diferencia entre las diversas interpretaciones. Según ello, creemos conveniente separarlas en cuatro interpretaciones:

- 1) La primera, planteada por REBOLLO PUIG, luego de admitir la común naturaleza punitiva entre el injusto penal y la sanción administrativa¹²¹, plantea una distinción *formal*, la cual se divide en dos clases: las naturales o inevitables¹²² y las que son consecuencia de la libre determinación del Derecho positivo¹²³.

¹²¹ Lo que REBOLLO PUIG entiende como *fundamento*, y que da la medida de aproximación entre el régimen penal y el administrativo sancionador. No obstante ello, luego indica que dicha aproximación no supone una identidad. Por esta razón, aunque pueda hablarse de principios generales de todo el Derecho punitivo estatal, “no serán más de Derecho Penal que de Derecho Administrativo sancionador, sino tan penales como administrativos”. Vid. REBOLLO PUIG, M., “Derecho Penal...”, cit. pp. 326-327.

¹²² Son llamadas de esta manera porque “el simple hecho de que las sanciones las imponga la Administración supone un cambio trascendental”. Así, el dato formal de la competencia judicial o administrativa es tan relevante que de él se derivan diferencias ya no sólo formales. De esta manera, mientras el juez penal impone penas como justificación del poder jurisdiccional, la Administración las impone ejerciendo un poder punitivo no jurisdiccional que tiene como fin la persecución de un concreto interés

- 2) Las segundas, directa o indirectamente, plantean una distinción basada en la protección al *bien jurídico* y la aplicación del principio de lesividad. En nuestra opinión, son tres los autores que postulan esta distinción:
 - a) El primero, CANO CAMPOS, sostiene que el “Derecho penal, dado su carácter fragmentario, sólo protege una parte de los bienes jurídicos y lo hace, además, frente a las modalidades de ataque más graves. (...) El Derecho administrativo sancionador, por el contrario, persigue reforzar un determinado modelo de gestión sectorial, razón por la cual se centra en el sector en su integridad tipificando las infracciones desde enfoques generales. (...) ilícitos (...) baja intensidad (...) desde una perspectiva sistemática o global”¹²⁴.
 - b) El segundo, PAREJO ALFONSO, luego de criticar la interpretación del supraconcepto de ilícito¹²⁵, plantea que la potestad penal gira “en torno a la retribución por la lesión de bienes capaces de justificar la restricción de la libertad personal y la administrativa a la mera corrección de comportamientos que comprometen la efectividad de los fines y objetivos de la programación

general. Esto es así porque el Derecho administrativo sancionador es, ante todo y sobre todo, Derecho administrativo; por ello, las sanciones administrativas, siendo actos administrativos, son revisables en la vía contenciosa-administrativa. Vid. *Ibidem*, pp. 324-325.

¹²³ Sostiene que estas diferencias, aunque accidentales, son sustanciales. Entre ellas conviene resaltar cuatro: 1. Las penas privativas de libertad que impone el Derecho penal y no el Derecho administrativo sancionador; 2. La autoría y responsabilidad admitida en el Derecho administrativo sancionador, pero no en su totalidad en el Derecho penal; 3. La admisión en el Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad solidaria y subsidiaria, impensada en el Derecho penal; y, 4. Las garantías capitales del Derecho penal, intrasplantables al Derecho administrativo sancionador. Vid. *Ibidem*, p. 326.

¹²⁴ CANO CAMPOS, T., “La actividad...”, cit. p. 88.

¹²⁵ Así, sostiene que en el orden constitucional ambas potestades (instrumentos, ante todo) son distintas, con un núcleo y carácter propio, el cual no se pierde si se hacen extensivas las garantías de un instrumento a otro. Vid. PAREJO ALFONSO, L., “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”, en *RGDA*, n° 36, 2014, pp. 8-22.

administrativa de políticas públicas”. Por ello, la sanción administrativa será un instrumento auxiliar para la consecución del interés general y la efectividad de la pertinente política pública de un sector administrativizado. Por tanto, su actuación se rige en base a criterios de oportunidad, en contraste con la estricta legalidad que rige la potestad penal¹²⁶.

- c) El tercero, SILVA, parte de dos premisas acerca de la distinción: la primera, es que no debe centrarse sólo en la configuración del injusto, sino también en los criterios desde los que se contempla (los de imputación y las garantías que rodea a uno u otro); y, la segunda, es que se debe plantear desde un punto de vista teleológico, pues la *finalidad* que persiguen uno u otro instrumento es distinta.

De esta manera, el Derecho penal “persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo [Derecho administrativo sancionador] persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni si quiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad”¹²⁷. Es por ello, que será el refuerzo de la ordinaria gestión o del buen orden del sector de actividad determinado, convirtiéndose así, en un Derecho del *daño cumulativo* (del daño derivado de la repetición)¹²⁸.

- 3) La tercera, planteada por HUERGO LORA, luego de advertir que la tesis *unitaria* supone el riesgo de dejar en manos del legislador la elección de uno u otro

¹²⁶ Vid. PAREJO ALFONSO, L., “Algunas...”, cit. pp. 10-22.

¹²⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, cit. p. 137.

¹²⁸ Vid. *Ibidem*, pp. 136-139.

instrumento punitivo (siendo, por tanto, necesaria una coordinación entre la existencia de las dos potestades punitivas paralelas), plantea una distinción *cualitativa* basada en la mayor *gravedad* del delito y de la pena. De esta manera, mientras las penas son castigos más graves que las sanciones administrativas, los delitos son ilícitos más graves que las infracciones¹²⁹.

- 4) La cuarta, defendida por GARCÍA CAVERO, plantea una distinción *cualitativa* basada en la *función* que cumple uno u otro instrumento punitivo.

Esta distinción, parte de la diferencia de dos mundos que KANT hace en el ser humano: el *homo phaenomenon* y el *homo neumenon*. Así, mientras el primero se refiere al “aspecto sensible de la persona que reacciona entre los estímulos del entorno”, el segundo es “su caracterización como ser racional dotado de voluntad que actúa bajo la idea de libertad”. De esta manera, mientras “la pena se dirige a la persona en cuanto ser inteligible al que trata como ser racional al darle a su comportamiento delictivo una pretensión de validez frente al cual la pena cumple la función de negarle tal validez; la sanción administrativa se dirige a las personas como seres sensibles a los que debe orientar por medio de estímulos externos negativos, como las multas, a actuar correctamente en determinado sector social”¹³⁰.

Por tanto, mientras el Derecho penal cumple una *función* social (en la que la razón de la prohibición penal está en la perturbación social del hecho concreto, y el sustento del desvalor de la pena en el sentido comunicativo del hecho realizado por el autor), el Derecho administrativo sancionador cumple una *función* abocada al mantenimiento del funcionamiento

¹²⁹ Vid. HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid 2007, pp. 16, 138-153, 158 y 388. En ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines...”, cit. p. 144; GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte...,cit.* p. 113.

¹³⁰ GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 175.

global de un sector social administrativamente regulado¹³¹.

Por esta razón, aunque los criterios de imputación personal por injusto propio que maneja el Derecho penal puedan flexibilizarse por razones de eficacia, como los delitos de peligro abstracto tan usados en el Derecho penal económico, ello no implica una homogeneidad entre ambos instrumentos punitivos¹³².

Este planteamiento puede complementarse con el criterio de FEIJOO SÁNCHEZ para distinguir las infracciones administrativas de los delitos de peligro abstracto. Según este autor, los delitos de peligro abstracto son una organización normativamente insegura del propio ámbito de organización; mientras que las infracciones administrativas son consideradas como indicios de una organización objetivamente insegura basada en una peligrosidad estadística de la conducta. En tal sentido, para que se configuren los delitos de peligro abstracto además de existir una peligrosidad estadística es necesario que haya una organización normativamente insegura de la conducta del autor¹³³.

¹³¹ Vid. GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 176.

¹³² Vid. *Ibidem*.

¹³³ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en AA.VV., *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra 2005, pp. 330-342. Esta posición ha sido dotada de mayor contenido por GARCÍA CAVERO, quien utiliza la diferencia entre “la probabilidad de sucesos de carácter estadístico y la probabilidad de proposiciones de carácter epistemológico. Mientras la primera determina matemáticamente las posibilidades de que un suceso ocurra en determinadas circunstancias, la segunda se mide en función del conocimiento del mundo que hace que una proposición (p1) contenga lógicamente a otra (p2). Si bien se necesita de información empírica para determinar si p1 se ha dado en la realidad, el paso a p2 será una cuestión estrictamente lógica. Sobre la base de esta última probabilidad se sustenta el delito de peligro abstracto”. Aplicando esta postura, el autor citado distingue el tipo penal de contaminación ambiental que se encuentra estructurado como delito de peligro abstracto de la infracción administrativa en materia ambiental. Así, puede señalarse que “la peligrosidad de la acción contaminante solamente alcanzará el estatus de delito si no se sustenta en una probabilidad estadística, sino que cuenta con una base epistemológica que vincula lógicamente la acción

Esta peligrosidad estadística en la que se basan las infracciones administrativas ha sido resaltada por BACA ONETO para encontrar una diferencia entre lo penal y lo administrativo. Pues estas infracciones (de peligro abstracto puro, hipotético, estadístico, de mera desobediencia o acumulativos), consideradas inadmisibles en el Derecho penal por ser sanciones *ex inuria tertii*, encontrarían su ámbito natural en el Derecho administrativo sancionador donde no existe mayor objeción para su castigo¹³⁴.

4.1. Crítica a la distinción *cualitativa* basada en la función social.

Las posturas que defienden una distinción *cualitativa* han sido objeto de diversas críticas, fundamentalmente, por dos sectores doctrinarios: el sector que defiende la teoría *unitaria* (GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES) y el que defiende la distinción *formal* entre el injusto penal e infracción administrativa (BAJO FERNÁNDEZ).

- a) Los primeros, en nuestra opinión, plantean cinco críticas¹³⁵:
 - a.1) La primera está referida al concepto de la *identidad normativa esencial de la sociedad*, pues se cuestiona la sintonía entre el parlamento y la sociedad. Así, en algunas ocasiones, lo que el legislativo entiende como reprimible penalmente la sociedad no lo considera así; y, en otras, lo que la sociedad lo considera, no lo hace así el legislativo. En este último caso, donde dichas conductas se reprimen por el Derecho administrativo

contaminante con los efectos lesivos indeseados. Y eso tiene lugar cuando la acción contaminante incide en el medio ambiente o desborda el estándar de salud o calidad ambiental de un forma tal que, en función de los otros agentes contaminantes presentes (permitidos o prohibidos), debería afectar sustancialmente su idoneidad para el desarrollo de las personas”. GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 182; GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte especial...*, cit. p. 1047.

¹³⁴ Vid. BACA ONETO, V. S., “¿Responsabilidad...”, cit. pp. 8-10.

¹³⁵ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte...*, cit. pp. 92-115.

sancionador, es cuestionable afirmar que no se protegen expectativas normativas esenciales de la sociedad.

- a.2) La segunda está referida a la *finalidad* que cumplen uno u otro instrumento punitivo. Así, aun aceptando el punto de partida respecto a la diferencia del objeto protegido por ambos, en última instancia, tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador tienen como fin la protección del bien jurídico.
- a.3) La tercera se refiere a los criterios de persecución e imputación más flexibles que utiliza el Derecho administrativo sancionador y que, según GARCÍA CAVERO, marcarían una distinción *cualitativa* con el Derecho penal. Estos criterios, a diferencia del autor citado, se consideran como meras contingencias normativas justificadas por la política legislativa en algunos casos.
- a.4) La cuarta se refiere a la *finalidad* que (según GARCÍA CAVERO, SILVA, CANO CAMPOS y PAREJO ALFONSO) tendría el Derecho administrativo sancionador (ordenar sectores de actividad y reforzar el modelo de gestión sectorial o la gestión ordinaria de la Administración Pública). Al respecto, se señala que existen un gran número de infracciones administrativas que protegen bienes jurídicos centrales y no de carácter periférico. Por tanto, no es correcto afirmar que el Derecho penal se ocupe de los primeros y el Derecho administrativo sancionador de los segundos.
- a.5) La quinta es una crítica a HUERGO LORA y su preocupación por el riesgo de dejar en manos del legislador la elección de qué materia se puede regir por uno u otro instrumento punitivo. Al respecto, señalan dos cuestiones: primero, no es correcto argumentar a partir de las consecuencias; y, segundo, que de dichas patologías potenciales del sistema no es posible derivar una diferencia *cualitativa*.
- b) El segundo señala que SILVA, GARCÍA CAVERO y FEIJOO SÁNCHEZ, al referirse al Derecho

administrativo sancionador, únicamente se centran en el caso de las infracciones administrativas de peligro; sin embargo, dejan de lado las infracciones administrativas de lesión al bien jurídico. Asimismo, plantea tres críticas a cada autor mencionado¹³⁶:

- b.1) En cuanto al criterio de distinción planteado por SILVA, entiende que se trata de una descripción de cómo opera el Derecho administrativo sancionador, pero no se trata de una diferencia sustancial pues, además de admitir excepciones, se contradice con el Derecho positivo.
- b.2) En cuanto al criterio de distinción planteado por GARCÍA CAVERO, luego de señalar que éste entiende mal lo planteado por la posición mayoritaria (la cual no se centra en una diferencia *cuantitativa* sino meramente *formal*), sostiene que las diferencias que éste entiende como sustanciales en realidad se tratan de características específicas de ambos ordenamientos.
- b.3) En cuanto al concepto funcional del injusto defendido por FEIJOO SÁNCHEZ, entiende que puede plantearse por igual a las normas administrativas que prevén infracciones e imponen sanciones, a las infracciones administrativas de lesión y a las de peligro concreto o peligro abstracto¹³⁷.

3.3.2.3. Toma de postura.

En nuestra opinión, existe una distinción *cualitativa* entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. La misma está basada en la distinta *finalidad* que persigue uno u otro instrumento punitivo.

¹³⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Nuevas tendencias...”, cit. pp. 1-10.

¹³⁷ Esta crítica fue hecha a lo defendido por este autor en FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Normativización del Derecho penal y realidad social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007. Sin embargo, dicho planteamiento ya era esbozado por el citado autor en su obra FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Seguridad colectiva...”, cit. pp. 330-342; por lo que hacemos extensibles las críticas hechas por BAJO FERNÁNDEZ también a este trabajo.

Ahora bien, la defensa a nuestra postura personal, así como la réplica a las críticas planteadas por los sectores doctrinarios que defienden la tesis *unitaria* y *formal*, la desarrollaremos a continuación en seis apartados:

- 1) Como ha podido observarse, se sostiene que la principal ventaja que implica asumir la tesis *unitaria* es la extensión de los principios y garantías del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador. No obstante, como ya hemos tenido la oportunidad explicar¹³⁸, para realizar dicha extensión no es imprescindible partir de la tesis *unitaria*.

En nuestra opinión, basta con entender que ambos instrumentos punitivos limitan o afectan el ámbito de libertad de los ciudadanos (pues generan en ellos un contenido aflictivo como consecuencia de un hecho ilícito o contrario al ordenamiento jurídico realizado), para buscar que el castigo impuesto (pena o sanción administrativa) se imponga de la manera más justa posible. Es decir, utilizando las debidas garantías y principios que aseguren la protección debida a la dignidad de la persona humana.

A ello hay que agregar la idea de que el sistema jurídico es un uno; por tanto, dicha unidad es suficiente para admitir la posibilidad de adaptar las técnicas utilizadas por una rama del Derecho a otra, siempre y cuando se respete su sustantividad¹³⁹.

¹³⁸ Este punto es ampliamente tratado en el apartado B.4) del Capítulo III del presente trabajo.

¹³⁹ Sin ir muy lejos, una de las discusiones que se dio hace algunos años (e incluso hoy) fue la posibilidad de incluir el principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador que, hasta ese momento, se regía por la responsabilidad objetiva. Sobre esta discusión Vid. BACA ONETO, V. S., *Protección al consumidor*, INDECOPI, Lima 2013, pp.62-70; ROJAS LEO, J. F., “El arte de la sanción administrativa”, en AA.VV., *Derecho Administrativo innovación, cambio y eficacia: libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Coord. DANÓS ORDÓÑEZ, J., HUAPAYA TAPIA, R., ROJAS MONTES, V., TIRADO BARRERA, J.A. y VIGNOLO CUEVA, O., Thomson Reuters, Lima 2014, pp. 107-112; GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte...,cit.* pp. 397 y ss; CANO CAMPOS, T., “La

En consecuencia, es posible acoger una tesis *diferenciadora* o *cualitativa* sin que ello impida una extensión de garantías y principios de un instrumento punitivo a otro.

- 2) Por otro lado, se ha cuestionado la sintonía entre el parlamento y la sociedad, y la posibilidad que el Derecho administrativo sancionador proteja expectativas normativas esenciales de la sociedad.

Al respecto, es incuestionable que el Derecho administrativo sancionador, muchas veces, reprime conductas que son consideradas esenciales para la sociedad (infracción a los consumidores, a la salud, etc.)¹⁴⁰; sin embargo, dicha represión no se realiza en base a una *función* social, sino en base a una *función* complementaria al orden público e interés general¹⁴¹. De esta manera, la relevancia no se encuentra en la esencialidad del *objeto material* que se proteja por un determinado tipo (penal o administrativo sancionador), sino en la *función* o *finalidad* que cumpla uno u otro instrumento punitivo.

En tal sentido, el Derecho penal, al tener una *función* social¹⁴², actúa sobre la base de la realidad social; es

culpabilidad y los sujetos responsables en la infracciones de tráfico”, en *RDA*, n° 284-285, 2009, pp. 83-119.

¹⁴⁰ Sin ir muy lejos podemos apreciar aquello que es tutelado por SUSALUD (Superintendencia Nacional de Salud, antigua SUNASA) donde, por ejemplo, en el anexo III-B del Reglamento de Infracciones y Sanciones tipifica en el numeral cuatro como infracción muy grave la “Muerte o lesiones severas en el recién nacido asociada a la falta de diligencia en la atención del trabajo de parto en la IPRESS”. Es evidente que, en estos casos, la vida que se tutela forma parte de las condiciones esenciales de la sociedad.

¹⁴¹ Por ejemplo, respecto a las conductas que afectan los derechos de los consumidores, mientras que la pena busca “restablecer la vigencia de una expectativa normativa de conducta de los consumidores que ha sido defraudada por el delito”; la sanción administrativa, se impondrá buscando que “los proveedores de bienes o servicios sigan ciertos estándares de actuación, de modo tal que el mercado funcione adecuadamente.” GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte especial*, 2ª. Ed., Volumen II, Instituto Pacífico, Lima 2015, p. 824.

¹⁴² La función social del Derecho penal se concibe a partir de un determinado modo de entender la sociedad. Según el planteamiento funcionalista expuesto por JAKOBS, la

decir, en cuanto al modo en que se ordena y funciona la sociedad contemporánea. Por el contrario, el Derecho administrativo sancionador al no tener dicha *función*¹⁴³, no actúa sobre la base de una la realidad social, sino sobre aquellos sectores de actividad que se encuentren regulados en un determinado momento¹⁴⁴.

Por tanto, incluso aceptando que existe esa falta de sintonía entre el parlamento y los ciudadanos¹⁴⁵ y que el *objeto material* tutelado por el tipo infractor sea considerado esencial para la sociedad, no es correcto afirmar que la *finalidad* del Derecho administrativo sancionador sea restablecer las expectativas normativas esenciales de la sociedad.

sociedad será un sistema de comunicación normativa, por lo que el Derecho penal tendrá la labor de confirmar o reestabilizar la identidad social (las normas que garantizan la estabilidad de una sociedad concreta). PINEDO SANDOVAL, C., *Imputación objetiva: Introducción a sus conceptos elementales*, Palestra, Lima 2013, p. 65.

¹⁴³ Pues aunque pueda afirmarse que la imposición de la sanción administrativa reestablezca expectativas normativas, ello no implica asumirlo como su finalidad principal. Como ya lo explicamos, su función será la de mantener el correcto funcionamiento de un determinado sector administrativamente regulado. Por esta razón, es que existe discrecionalidad administrativa al momento de iniciar o no un procedimiento administrativo sancionador e, incluso, al momento de aplicar o no la sanción administrativa. En nuestra opinión, ello es lo que explica, por ejemplo, que cuando nos encontremos ante un procedimiento administrativo sancionador de carácter especial, como el de protección al consumidor, se permita que a pesar de haber una lesión inicial al interés particular del propio consumidor afectado si éste presenta un desistimiento de su pretensión y del procedimiento como consecuencia de una transacción extrajudicial, sólo se persiga y castigue tal conducta si existe un interés público afectado. Pues, si no lo hay no es necesario que la Administración Pública sancione todas las infracciones que pudieran haberse cometido, máxime si como dice NIETO existen tal número que ni el más escrupuloso podría jactarse de no haber cometido ninguna. Al respecto Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. p. 29; BACA ONETO, V. S., *Protección...*, cit. p. 60; GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador...*, cit. pp. 729 y 747.

¹⁴⁴ En nuestra opinión, la regulación o no de un determinado sector de actividad tiene más que ver con el estado de la economía en un determinado momento que con un modo de entender la realidad social.

¹⁴⁵ Incluso esta cuestión, en nuestra opinión, no plantea una situación anormal en la realidad jurídica de diversos países. Basta poner como ejemplo las leyes *pro* aborto y matrimonio homosexual que se encuentran promulgadas en varios países no obstante la lucha de un importante sector social que busca proteger a la familia.

- 3) En cuanto a la *finalidad* del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, se ha sostenido que ambos deben proteger al bien jurídico, y que la exclusividad del carácter central o periférico de éste no le es atribuible a uno u otro instrumento punitivo.

Como ya hemos explicado¹⁴⁶, “resulta insuficiente definir el delito como una mera modificación empírica del mundo exterior, es decir, como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico en sentido naturalista”. Por ello, su *finalidad* no es “la infructuosa protección de ciertos bienes, por el contrario, si el Derecho Penal pretende realizar una prestación efectiva a la sociedad, su función debe consistir en la reestablización de las normas institucionalizadas cuya defraudación pone en peligro la identidad de la sociedad”¹⁴⁷.

Según esta perspectiva, que coloca al bien jurídico-penal en la vigencia de la expectativa normativa defraudada por el delito, es innecesario entrar en la discusión sobre si el *objeto material* del tipo infractor es “un bien jurídico individual o colectivo, así como, en este último caso, si el tipo penal acude a fórmulas especiales como bien jurídico con función representativa, bien jurídico intermedio o instrumental, bien jurídico mediato, entre muchas otras más”¹⁴⁸.

En consecuencia, la discusión no debe recaer en el bien jurídico, sino en la *función* o *finalidad* que cumplen uno u otro instrumento punitivo. Ésta, no obstante lo sostenido por un sector de la doctrina, se encuentra en un plano distinto al bien jurídico y, en nuestra opinión, es lo que justifica que el Derecho administrativo sancionador tenga criterios de persecución e imputación más flexibles que el Derecho penal.

¹⁴⁶ Esto se ha tratado ampliamente en el apartado A) del Capítulo III del presente trabajo.

¹⁴⁷ PINEDO SANDOVAL, C., *Imputación...*, cit. p. 114.

¹⁴⁸ GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte especial...*, cit. p. 840.

Por tanto, siendo dicha característica de los criterios consecuencia de la distinta *finalidad* que cumplen los instrumentos punitivos señalados, será totalmente razonable entenderla como una distinción *cualitativa* y no como una mera contingencia normativa justificada por razones de política legislativa.

- 4) Respecto al riesgo de la posible arbitrariedad del legislador en cuanto a la elección de qué materia se regirá por uno u otro instrumento punitivo, consideramos que es un riesgo natural de la libertad que tiene el legislador para determinar las competencias. Sin embargo, tal riesgo debe minimizarse por razones de seguridad jurídica a través de un criterio objetivo.

La discusión sobre cuál debía ser tal criterio se centró en dos figuras: el *bien jurídico*¹⁴⁹ y la *función o finalidad* de cada instrumento punitivo. Como puede apreciarse, esta premisa parte de la distinción de ambas figuras, por lo que será necesario explicar a continuación la base de tal distinción.

Para desarrollar esta idea, nos basaremos en el planteamiento de GARCÍA CAVERO¹⁵⁰, quien divide

¹⁴⁹ El análisis en torno a esta figura se dividió en tres sectores: 1. Aquel que indicaba que el criterio debía centrarse en la mayor importancia del bien jurídico (para quienes sostenían que ambos instrumentos punitivos protegen bienes jurídicos y, por tanto, el Derecho penal debía tutelar los más importantes); 2. Aquel que indicaba que el criterio debía centrarse en el mayor ataque o el más grave al bien jurídico (para quienes sostenían que ambos protegían los mismos bienes jurídicos, pero el Derecho penal se encargaba del tutelar los ataques más graves a dichos bienes); y, 3. Aquel que indicaba que el criterio debía centrarse en el carácter del bien jurídico (para quienes sostenían que los bienes jurídicos de carácter periférico debían tutelarse por el Derecho administrativo sancionador, dejando los centrales en manos del Derecho penal; o para quienes defendían que los bienes jurídicos colectivos debían tutelarse por el primero y los individuales por el segundo).

¹⁵⁰ Es necesario precisar que este planteamiento ha sido expresado por GARCÍA CAVERO a través del magisterio oral, por lo tanto, el desarrollo de tal postura y la interpretación de la misma (así como los errores que pudiera tener) es atribuible únicamente al autor del presente trabajo.

No obstante ello, y a pesar que no lo hace explícitamente, puede verse tal desarrollo cuando habla del análisis que ha de hacerse a los delitos ambientales. Pues plantea que existe un nivel de análisis que si bien guarda relación de coherencia conceptual no debe identificarse. Por ello, expresa que “además de identificar cuál es el bien jurídico

el análisis de una conducta prohibida en tres aspectos: el *fundamento*, el *bien jurídico* y el *objeto material*.

El *fundamento* tiene su ámbito en un nivel político, pues es allí donde se va a determinar qué es lo que debe plantearse como delito o como infracción administrativa. Por ello, en este punto se analiza la *finalidad* o la *función* del Derecho penal y del Derecho Administrativo Sancionador para, en función a ello, determinar un delito o una infracción administrativa.

Por otro lado, el *bien jurídico* tiene su ámbito en un nivel legislativo y, a diferencia de las concepciones clásicas, no hace referencia a objetos valorados positivamente sino a la *vigencia de la norma*. Es decir, una vez determinado el delito (establecido el *fundamento*), lo que se analiza es si se ha vulnerado o no su vigencia. Por ello, y sólo en ese sentido, es que se presenta aquí el principio de lesividad.

Finalmente, el *objeto material* tiene su ámbito en un nivel judicial; en el cual, el juez o el operador jurídico analizarán en concreto la vulneración al *bien jurídico* (*vigencia de la norma*). Es decir, el tipo específico (el delito o infracción administrativa) y el tipo del mismo (si es de lesión o de peligro; si es instantáneo, instantáneo con efectos permanentes, permanentes o continuados).

Una vez entendida tal distinción, queda claro que el punto de atención, para determinar qué conducta debe tipificarse como delito o infracción administrativa, debe centrarse en la *finalidad* y no en el *bien jurídico*¹⁵¹.

penalmente protegido, se deberá determinar, a nivel de la definición de la norma penal, cuál es el interés general que la fundamenta (la legitimidad de la norma penal) y, a nivel de la estructura del tipo penal, lo que debe ser afectado (lesión o peligro) por la conducta típica para la consumación del delito (el objeto del bien jurídico)". GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte especial...*, cit. p. 841.

¹⁵¹ Esta posición nos permite superar la vieja discusión entre los bienes jurídicos más importantes. Esta discusión siempre fue problemática, incluso aceptando que ciertas conductas o ilícitos nunca llegarán a ser infracciones administrativas, pues en palabras de ROXIN y JAKOBS, se tratan de vulneraciones más graves a los bienes jurídicos más

Finalmente, en tanto el criterio objetivo que debe tomar como pauta el legislador para tipificar una conducta como delito o infracción administrativa está basado en la *finalidad* de uno u otro instrumento punitivo, puede afirmarse que tal criterio objetivo está basado en una distinción *cualitativa*.

- 5) Se ha afirmado también que el Derecho administrativo sancionador está compuesto no sólo por infracciones administrativas de peligro (incluso abstracto), sino también de lesión o resultado. Por tanto, el análisis del mismo debe centrarse en todos los tipos de infracciones y no únicamente en las de peligro.

En nuestra opinión, ello no genera mayor discusión. Sin embargo, no consideramos que el análisis del Derecho administrativo sancionador a través de todos sus tipos de infracciones traiga como consecuencia una identidad de *fundamento* con el Derecho penal.

Así, teniendo en cuenta que el *fundamento* se basa en la *finalidad* de uno u otro instrumento punitivo, incluso en las infracciones administrativas de lesión o de resultado, cuando se imponga la sanción administrativa ésta, independientemente de su contenido aflictivo, tendrá como *finalidad* el restablecer o mantener el correcto funcionamiento de un determinado sector administrativamente regulado. En ese sentido, sean infracciones de resultado o de peligro, la *finalidad* del Derecho administrativo sancionador seguirá siendo la misma.

valiosos. Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit. pp. 68-69; ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General I* (traducción de la 2ª. Ed. Alemana y notas por DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y JAVIER DE VICENTE REMESAL), Civitas, Madrid 1997, pp. 72-73. Debido a tal problemática, un sector de la doctrina ha centrado la discusión en un plano normativo, estableciendo como criterio material de distinción entre los delitos de peligro y las infracciones administrativas el *interés colectivo*. De esta manera, dicho interés nos señalará a pauta para entender aquello que es básico para el funcionamiento de la sociedad y qué no lo es. Vid. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R., “Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo” [en línea] *Ita Ius Esto*. Piura. 2012. www.itaiusesto.com [Consulta 02.07.2014].

Finalmente, hemos de resaltar que, conforme lo expuesto en el apartado anterior, el plano en el que se determina el *fundamento* es distinto al del *objeto material*. Así, mientras la *finalidad* de cada instrumento punitivo (marcador de la distinción *cualitativa*) se encuentra en un plano político, el análisis del tipo objetivo (si es de peligro o resultado) se encuentra en el nivel de análisis del operador judicial o administrativo.

- 6) Por último, se ha afirmado que el concepto funcional del injusto puede predicarse también de la infracción administrativa, por tanto, asumir una teoría funcionalista tampoco marcaría una distinción entre el injusto penal y la infracción administrativa.

Dicha afirmación, en nuestra opinión, no es correcta, pues el Derecho penal parte de una forma de entender la sociedad que no coincide con la del Derecho administrativo sancionador.

Así, como ya hemos afirmado, el Derecho penal parte del entendimiento de la sociedad como un “sistema de comunicación normativa”, por tanto, le da al comportamiento delictivo una pretensión de validez y entiende al injusto penal como una “comunicación defectuosa”¹⁵². Por el contrario, el Derecho administrativo sancionador, al carecer de dicha *función* social, no le da al comportamiento infractor tal pretensión.

Al no tener la infracción administrativa tal pretensión, no habría ninguna “comunicación defectuosa” que negar a través de la sanción administrativa; en ese sentido, el inicio del procedimiento administrativo sancionador y la imposición de la sanción administrativa serán una potestad discrecional de la Administración Pública, la cual deberá tomar su decisión en *función* a su finalidad principal.

Esta forma de entender la potestad sancionadora de la Administración Pública, parte de la idea de que ésta, a

¹⁵² PINEDO SANDOVAL, C., *Imputación...*, cit. pp. 64-65.

diferencia del Derecho penal, tiene una *finalidad instrumental* al servicio del interés general y el orden público perseguido por la Administración Pública en toda su actuación.

3.3.3. Criterio jurisprudencial.

Nos centraremos aquí en los pronunciamientos de nuestra Corte Suprema y de una de las principales Administraciones Públicas que hay en nuestro país, el INDECOPI.

- 1) La Corte Suprema¹⁵³ asume una posición contradictoria. Pues, mientras que por un lado¹⁵⁴ parece reconocer una diferencia *cualitativa* señalando que “el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación”, por otro señala que “el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa”.

Así, como pone de manifiesto GARCÍA CAVERO, mientras que por un lado señala que el Derecho administrativo sancionador no requiere de una afectación a un *bien jurídico*, por regirse por criterios de afectación general; por otro, señala que en ambos instrumentos punitivos se lesionan *bienes jurídicos* aunque con distinta afectación¹⁵⁵.

- 2) El INDECOPI, aunque no mediante lineamientos ni resoluciones vinculantes, a través de la Comisión de la oficina regional de Piura ha venido en los últimos años

¹⁵³ Acuerdo plenario N° 1-2007/ESV-22 que estableció como precedente vinculante el 4° y 5° f. j. de la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. 2090-2005.

¹⁵⁴ R.N. 2090-2005, f. j. 4.

¹⁵⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 177.

plasmando en sus resoluciones un criterio *cualitativo* de distinción entre el injusto penal y la infracción administrativa. Así ha señalado que “las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados; es decir, adecuar sus conductas al cumplimiento de determinadas normas. Precisamente por ello, en el derecho administrativo sancionador no se tiene porque (sic) seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que se puede atender, más bien, a consideraciones de afectación general, estadística”¹⁵⁶.

Como puede observarse, se le reconoce a la sanción administrativa un efecto principalmente preventivo o disuasorio y, según creemos, se le concibe como un ilícito basado en un acto de desobediencia a la norma (por ello su finalidad es la adecuación de conductas a lo establecido por ella). Esto último también ha sido adoptado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor¹⁵⁷. Asimismo, es de resaltar que no se adopta un criterio basado en el *bien jurídico*, pues se afirma que el Derecho administrativo sancionador se rige por criterios de afectación general, infracciones estadísticas o hipotéticas a fin de cuentas.

¹⁵⁶ Resolución N° 789-2014/INDECOPI-PIU en Exp. N° 158-2014/CPC-INDECOPI-PIU, f. j. 67. numeral (V).

¹⁵⁷ Resolución N° 0009-2015/SPC-INDECOPI en Exp. N° 0058-2014/CC2, f. j. 35.

CAPITULO IV.
EL PRINCIPAL CRITERIO PARA ESTABLECER EL *NE BIS IN*
***IDEM*: LA IDENTIDAD DE FUNDAMENTO.**

El principio de *ne bis in idem* es definido como la prohibición de doble valoración (concepto que abarca la doble sanción y procesamiento) cuando, según la doctrina, el Tribunal Constitucional¹⁵⁸ y la legislación nacional¹⁵⁹, se presente la identidad de tres elementos: *sujeto*, *hecho* y *fundamento*.

De estos tres elementos, fuera de la discusión que se presenta en el ámbito del *sujeto*¹⁶⁰ y del *hecho*¹⁶¹, la principal dificultad se ha centrado en la figura del *fundamento*; pues éste, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, es “la clave que define el sentido del principio”¹⁶².

¹⁵⁸ STC en Exp. N° 2050-2002-AA/TC y STC en Exp. N° 2868-2004-AA/TC.

¹⁵⁹ Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal y, con la modificación del Decreto Legislativo 1029, el numeral 10 del artículo 230 de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

¹⁶⁰ Por un lado, en cuanto a la relación de la persona jurídica con la persona física; y, por otro, en cuanto a la responsabilidad de la primera, en algunos casos administrativa y en otros también penal.

¹⁶¹ Por un lado, en cuanto a las dificultades prácticas que presentan los criterios normativo y finalista para determinar la existencia de uno o varios hechos; y, por otro, las discusiones sobre la acepción del término “hecho”. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid 2008, pp. 42-46; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Principio...”, cit. pp. 765-766; MAÑALICH RAFFO, J. P., “El principio *ne bis in idem* en el Derecho Penal Chileno”, en *REJ*, n° 15, 2011, pp. 139-169.

¹⁶² STC en Exp. N°2050-2002-AA/TC, f. j. 19 (a) *in fine*.

El principal problema que surgió respecto a esta figura fue el modo en que habría de interpretarse. Así, se le vinculó con figuras como: el *bien jurídico*, *interés jurídico*, perspectiva de *defensa social*, el *contenido del injusto* o *ilícito* y con el *objeto jurídico*.

Como veremos, la forma de entender este elemento será vital en el planteamiento de qué técnica habrá de utilizarse para solucionar el problema de la concurrencia de sanciones (penal y administrativa). Por esta razón, a continuación expondremos el criterio jurisprudencial, el doctrinal y, finalmente, nuestra postura personal.

4.1. Análisis jurisprudencial.

Después de analizar los principales criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Administración Pública, en nuestra opinión, existen dos criterios marcados: 1. El que relaciona el *fundamento* con el *bien jurídico* o *interés tutelado*; y, 2. El que relaciona el *fundamento* con la *función* o *finalidad* que debe cumplir cada instrumento punitivo.

4.1.1. El fundamento como bien jurídico o interés tutelado.

Entre los que asumen esta postura podemos encontrar al Tribunal Constitucional, la Corte Suprema, el INDECOPI, OEFA, OSCE, SERVIR y OSIPTEL.

- 1) En primer lugar el Tribunal Constitucional, al momento de definir el *fundamento* del principio de *ne bis in idem*, ha sostenido que “no cabe doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la **lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido**”¹⁶³.
- 2) La Corte Suprema, por su parte, identifica la identidad de *fundamento* con la del *bien jurídico*, *interés jurídico* y *fin* distinto. Así, ha reconocido que “se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, **si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido**

¹⁶³ STC en Exp. N°2050-2002-AA/TC, f. j. 19 (a) *in fine*. Resaltado agregado.

por la infracción administrativa [es] distinto al de la infracción penal, que, (...), la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen **distintos fines o sirven a la satisfacción de interés o bienes jurídicos diferentes (...)**¹⁶⁴.

- 3) También asume esta postura el INDECOPI cuando, al momento de analizar el *ne bis in idem* entre el ámbito penal y el administrativo, ha sostenido que “la identidad causal o de fundamento [es] entendida como la existencia de **coincidencia** (superposición exacta) **entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados** por las distintas normas sancionadoras”¹⁶⁵.
- 4) De la misma manera, el OEFA, al momento de analizar el *ne bis in idem* entre dos procedimientos administrativos sancionadores, ha sostenido respecto a la identidad de *fundamento* que, por un lado el “**bien jurídico** busca evitar y prevenir la ocurrencia de incidentes que puedan afectar directa o indirectamente a los trabajadores de la mina, así como también las posibles enfermedades ocupacionales que puedan presentarse si algún trabajador realizase actividades en o cerca de estos depósitos”; mientras que, por el otro, “**el bien jurídico** protegido (...) busca proteger el ambiente del posible derrame de relaves que pueda darse de este depósito”¹⁶⁶.
- 5) Similar punto de vista adopta el OSCE quien, al momento de analizar el *ne bis in idem* entre dos procedimientos administrativos sancionadores formulados ante la misma

¹⁶⁴ R.N. 2090-2005, f. j. 6. Resaltado agregado. Hemos de hacer la precisión que dicho fundamento jurídico no fue establecido como precedente vinculante.

¹⁶⁵ Así lo ha expresado a través de sus últimos pronunciamientos la Sala Especializada en Protección al Consumidor: Resolución N° 2609-2014/SPC-INDECOPI en Exp. N° 243-2013/CPC-INDECOPI-LAL, f. j. 11. numeral (III). Resaltado agregado.

¹⁶⁶ Así lo ha expresado en uno de sus principales pronunciamientos el Tribunal de Fiscalización Ambiental: Resolución N° 007-2014-OEFA/TFA en Exp. N° 028-08-MA/R, f. j. 35. numeral (III). Resaltado agregado.

entidad, ha sostenido que el *fundamento* está “referido a la **identidad entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados** por las distintas normas sancionadoras”¹⁶⁷.

- 6) SERVIR al igual que el Tribunal Constitucional, al momento de analizar el *ne bis in idem* entre un proceso penal y uno administrativo disciplinario, ha sostenido que el *fundamento* está referido a “la **igualdad de bienes jurídicos protegidos e intereses tutelados**, siendo considerado por el Tribunal Constitucional como el elemento clave que define el sentido del principio (...)”¹⁶⁸.
- 7) De igual modo, OSIPTEL, al momento de analizar el *ne bis in idem* entre dos procedimientos administrativos sancionadores, ha sostenido que la identidad de *fundamento* implica: “la existencia de una superposición exacta entre los **bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados** por las distintas normas sancionadoras”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Así lo ha expresado el Tribunal de Contrataciones del Estado: Resolución N° 219-2012-TC-S2 en Exp. N° 1188/2011.TC, f. j. 13. Resaltado agregado.

¹⁶⁸ Así lo ha expresado el Tribunal del Servicio Civil: Resolución N° 00242-2014-SERVIR/TSC-Primera Sala en Exp. N° 3978-2012-SERVIR/TSC, f. j. 32. numeral (III). Resaltado agregado.

¹⁶⁹ Así se ha expresado en el conocido caso contra Telefónica Móviles S.A. por, entre otras cuestiones, la promoción “Todos Quintuplican Movistar”. Puede verse la Resolución de Gerencia General N° 521-2011-GG/OSIPTEL, la Resolución del Consejo Directivo N° 009-2012-CD/OSIPTEL y el informe N° 002-GAL/2012 en Exp. N° 014-2011-GG-GFS/PAS. Resaltado agregado. En nuestra opinión, algo que es importante en este caso es la adopción de una distinción *cualitativa* entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador siguiendo el planteamiento de SILVA. Así se señala que las diferencias entre ambos instrumentos punitivos “son más que importantes, lo que se ve reflejado incluso en la propia LPAG que no establece como requisito indispensable la existencia del daño para que se pueda sancionar, sino sólo, como un factor, de ser el caso, para graduar el monto de la sanción”.

4.1.2. El fundamento como la función que debe cumplir cada instrumento punitivo.

A diferencia de los anteriores, y a pesar de las merecidas críticas que en su momento se le hicieron¹⁷⁰, la Contraloría General de la República¹⁷¹, al momento de analizar el *ne bis in idem* entre dos procedimientos administrativos disciplinarios¹⁷², se ha referido al *fundamento* como la *finalidad* de la sanción.

Así, al referirse al *fundamento* diferenció la *finalidad* de la sanción buscada por un procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional, de la del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa disciplinaria¹⁷³. Por lo que, en nuestra opinión, se identifican ambas figuras.

¹⁷⁰ En este punto, compartimos la crítica realizada por VIGNOLO CUEVA, O., “La reducción a la mínima expresión del *non bis in idem* en el régimen disciplinario peruano”, en AA.VV., *Derecho Administrativo innovación, cambio y eficacia: libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Coord. DANÓS ORDÓÑEZ, J., HUAPAYA TAPIA, R., ROJAS MONTES, V., TIRADO BARRERA, J.A. y VIGNOLO CUEVA, O., Thomson Reuters, Lima 2014, pp. 387-413.

¹⁷¹ Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA, f. j. 2. 16. (este acuerdo plenario estableció como precedente administrativo de observancia obligatoria el f. j. 5.28 de la Resolución N° 013-2013-CG/TSRA).

¹⁷² Los regímenes fueron dos: 1. El régimen de responsabilidad administrativa funcional llevado a cabo por la Contraloría; y, 2. El iniciado por las entidades de la Administración Pública en ejercicio de dicho poder como estado empleador. Es importante resaltar que en el caso citado no se hablaba de la concurrencia de dos regímenes disciplinarios sino de uno disciplinario (relación de sujeción especial) con uno sancionador (relación de sujeción general) lo que, a nuestro entender es incorrecto; pues, en nuestra opinión, ambos se tratan de regímenes disciplinarios.

¹⁷³ Mientras que para el primero estableció como finalidad de la potestad “tutelar el interés público respecto a la gestión y uso de los recursos públicos –en estricta observancia a los parámetros que impone el Principio de la Buena Administración– frente a conductas que privilegian intereses distintos de aquél”; el segundo, estableció el “asegurar que las actividades que desarrolla en el marco de sus funciones se ejerzan en cumplimiento de la normativa aplicable, sin perjuicio del poder público de tutela de interés general”.

4.2. Análisis doctrinal.

En nuestra opinión, luego de analizar la principal doctrina nacional y extranjera (principalmente la española), existen cuatro criterios marcados: 1. El que relaciona el *fundamento* con el *bien jurídico o interés tutelado*; 2. El que relaciona el *fundamento* con el *contenido o entidad del injusto*; 3. El que, a pesar que le da importancia al *bien jurídico*, señala que es necesario ir más allá y analizar el *fundamento* en el tipo sancionador (objeto protegido, identidad de lesión o ataque al bien, razón jurídica o concreto interés jurídico protegido), es decir, lo relaciona con el *objeto material*; y, 4. El que deja de lado todo análisis del *fundamento* en relación al *bien jurídico* y la *finalidad* de la norma, para centrarse en el carácter afflictivo que desemboca en su destinatario.

- 1) El primero de los criterios, si bien fue asumido en un primer momento por un gran sector de la doctrina¹⁷⁴, posteriormente sufrió de dos críticas que trajeron como consecuencia la asunción de otros dos criterios.
- 2) La primera crítica, que trajo como consecuencia el segundo criterio, fue planteada, al menos en nuestro país, por CARO CORIA y se centró en la *finalidad* que persigue uno u otro instrumento punitivo. Este autor basó su crítica en que el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad y, por tanto, no protege *bienes jurídicos* como sí lo hace el Derecho penal, el mismo que tiene dicho principio como eje en todo su actuar. De esta manera, teniendo en cuenta que la prohibición de *bis in idem* se aplica a ambos instrumentos punitivos, no será posible identificar la identidad de *fundamento* con la de *bien jurídico o interés protegido*.

¹⁷⁴ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios...*, cit. pp. 406-407; GÓMEZ APAC, H. y VERGARAY BÉJAR, V., “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”, en AA.VV., *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro de Homenaje a José Alvert Bustamante*, Comp. MARAVÍ SUMAR, M., Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima 2009, pp. 408-409; PEDRESCHI GARCÉS, W., “Análisis sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública y el procedimiento administrativo sancionador en el marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 – segunda parte*, Ara Editores, Lima 2003, p. 541; MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima 2011, p. 730.

Así, para hacer igual de garantista el principio de *ne bis in idem* en el Derecho penal y en el Derecho administrativo sancionador, debía adoptarse un criterio normativo del *fundamento*: el mismo *contenido de injusto* o de *ilícito* de la misma infracción¹⁷⁵.

- 3) La segunda crítica, que trajo como consecuencia el tercer criterio, deja de lado el análisis sobre la *finalidad* de los instrumentos punitivos y sobre las *normas distintas* para centrarse en la calificación del propio ilícito¹⁷⁶. Así, mientras que unos postulan analizar el *bien jurídico* o *interés tutelado* junto con la entidad de lesión, ataque o razón jurídica concreta de la sanción impuesta (lo que implica analizar los elementos típicos constitutivos de la infracción)¹⁷⁷, otros entienden que el análisis debe centrarse sólo en

¹⁷⁵ Vid. CARO CORIA, D. C., “El Principio de *Ne Bis In Idem*...”, cit. Este punto de vista también es compartido por VIGNOLO CUEVA: Vid. VIGNOLO CUEVA, O., “La reducción...”, cit. p. 401.

¹⁷⁶ NIETO, a pesar que describe los problemas de la identidad de *fundamento*, no termina por asumir una determina postura; sin embargo, es interesante como pone de manifiesto que, si nos centramos en una definición estricta de este elemento, el injusto penal y la infracción administrativa tienen un distinto *fundamento* normativo. Por ello, en su exposición, señala que el *fundamento* dejó de lado el análisis sobre las *normas distintas* para centrarse en la *calificación de ilícito*. Por esta razón, normas como la Ley de la Potestad Sancionadora del País Vasco (LPSPV) terminaron por identificar el *fundamento* con la identidad de *bien jurídico* y del *riesgo* de la infracción. Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho...*, cit. pp. 507-509 y 531.

¹⁷⁷ En nuestra opinión, entre los que adoptan esta concepción del fundamento podemos encontrar a GÓMEZ TOMILLO, SANZ RUBIALES, ALARCÓN SOTOMAYOR, CANO CAMPOS, MARINA JALVO, BOYER CARRERA y CASTILLO VERA.

GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES al momento de analizar las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho disciplinario (el cual consideran que forma parte del Derecho Administrativo Sancionador) identifican el término *fundamento* con el de *bien jurídico tutelado* o *contenido de lo injusto*. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador...*, cit. pp. 270-274.

Por otro lado, ALARCÓN SOTOMAYOR entiende que el *fundamento* no sólo implica la identidad de *bien jurídico* o *interés público* sino, además, la *identidad de lesión* o ataque a ese bien. De esta manera, afirma, aunque hayan dos ataques al mismo *bien jurídico* puede ser que aquéllos sean distintos, por tanto, con un *fundamento* diferente que posibilitaría la duplicidad de sanción. Sin embargo, continúa, debe analizarse el caso concreto teniendo en cuenta el análisis del concurso (aparente) de normas, pues éste es el supuesto característico del *ne bis in idem* material, donde se examinará si un injusto absorbe el desvalor de lo contemplado por el otro. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *La garantía...*, cit. pp. 47-59; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Principio...”, cit. pp. 767-768. De manera similar Vid. BOYER CARRERA, J., “Criterios...”, cit. p. 324.

estos últimos dejando de lado el análisis sobre el *bien jurídico*¹⁷⁸. Como puede observarse, esta postura se aboca en analizar lo que hemos denominado *objeto material*.

CANO CAMPOS, por su parte, a pesar de sostener que la identidad de *fundamento* “alude a los bienes jurídicos implicados: si el hecho de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (o el mismo bien varias veces) no hay identidad de fundamento y, por tanto, cabe la duplicidad de sanciones”, reconoce que por “bien jurídico ha de entenderse el objeto protegido por la norma sancionadora vulnerada”. CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem...*”, cit. pp. 195-196.

Por su lado, MARINA JALVO, al comentar la sentencia del Tribunal Constitucional Español 2/2003 del 16 de enero, sostiene que “Sin ignorar que la delimitación de los bienes jurídicos protegidos por infracciones administrativas e ilícitos penales dista de ser cuestión fácil ni pacífica, no es menos cierto que estas técnicas de absorción o subsunción resultan mucho más respetuosas con el principio *non bis in idem* que la alegación de la diversidad de intereses jurídicos tutelados por unos y otros ilícitos”. MARINA JALVO, B., “La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio *non bis in idem* (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero)”, en *RAP*, n°162, 2003, p. 181. En nuestra opinión, al diferenciar el *bien jurídico* del *interés jurídico tutelado*, a lo que está haciendo alusión la citada autora es que aquél se refiere al *objeto material* y, por tanto, la técnica del concurso de normas (en el que se analizará el *objeto material* en el tipo) será la respetuosa con la prohibición de *bis in idem*.

Finalmente, en doctrina chilena, CASTILLO VERA entiende la identidad de *fundamento* como la *entidad del injusto*. De esta manera, cuando concurra un injusto penal con una infracción administrativa, la antijuridicidad del delito absorbería la antinormatividad de la infracción administrativa, independientemente de si el *interés jurídico tutelado* por ambos es distinto. Vid. CASTILLO VERA, F., “Vulneración del Principio *Non bis in idem* en el sistema de sanciones estatales (penales administrativas): inaplicabilidad por inconstitucionalidad” [en línea] *Barahona, Castillo & Bonacic Abogados, Documentos*. Chile 2009, p. 16. www.bcbabogados.cl/images/Vulneracion.pdf [Consulta 02.07.2014].

¹⁷⁸ PÉREZ MANZANO critica la tesis tradicional que entiende el *fundamento* como el *bien jurídico* o *interés tutelado*, pues entiende que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador protegen los mismos *bienes jurídicos*; por tanto, si el *fundamento* se remitiera a éstos en abstracto, siempre se daría la concurrencia de la prohibición de *bis in idem*. Por el contrario, debe entenderse como la “razón jurídica concreta de la norma aplicada” o como el “concreto interés jurídico protegido en la norma sancionadora aplicada, en el *tipo* sancionador”. De esta manera, la “razón jurídica concreta de la sanción impuesta se deducirá de los elementos típicos constitutivos de la infracción, pues son estos elementos los que representan el desvalor específico de la misma, la forma de ataque al bien jurídico”. Por ello, para analizar la identidad de *fundamento* desde la óptica señalada, será necesario utilizar los recursos del concurso (aparente) de normas. PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002, pp. 114-124.

Aunque parten de puntos de vista distintos, puede apreciarse que ambos planteamientos (el segundo y tercero) centran su análisis en los elementos típicos constitutivos de la infracción y del delito, pues sólo así podrá apreciarse si ambos tienen el mismo contenido de injusto (desvalor), objeto protegido, identidad de lesión o ataque al bien, razón jurídica o concreto interés jurídico protegido. Consecuencia de ello, es que se plantea la figura del concurso aparente de normas y sus técnicas (especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad) como solución para evitar la doble valoración (sanción o procesamiento) de una misma conducta.

- 4) Finalmente, el cuarto criterio, deja de lado todo análisis del *fundamento* en relación al *bien jurídico* y la *finalidad* de la norma, para centrarse en el carácter aflictivo que desemboca en su destinatario. En ese sentido, lo que ha de importar es el mal que sufre aquél, por lo que no será posible imponer una doble sanción¹⁷⁹.

4.3. Toma de postura.

Nuestra crítica a las posturas asumidas por la doctrina y la jurisprudencia, la desarrollaremos a medida que vayamos haciendo mención de los pilares que sustentan nuestra postura.

Nuestro punto de partida debe ser la diferencia entre el *fundamento*, *bien jurídico* y *objeto material* planteada por GARCÍA CAVERO¹⁸⁰,

¹⁷⁹ En este extremo, BENLLOCH PETIT sostiene que no cabe identificar el *fundamento* ni con la *finalidad* de la norma (a lo que hemos llamado *función*) ni por el *bien jurídico protegido* por la misma, puesto que ello no sirve para decidir si aplicar o no el principio de *ne bis in idem*. Por el contrario, lo que realmente importa es que ambos tienen un carácter aflictivo y, por tanto, debemos centrarnos en el sujeto que sufre el mal y no en el porqué de su imposición. Así, aunque exista un distinto *fundamento* no será posible la duplicidad de sanciones pues el principio de subsidiariedad exige que no se imponga una segunda sanción cuando sus fines ya se encuentran logrados por la primera. Vid. BENLLOCH PETIT, G., “El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario”, en *Revista del Poder Judicial*, n° 51, 1998, pp. 311 y 342-347. De manera similar, en doctrina venezolana, Vid. NÚÑEZ SÁNCHEZ, J., “El principio *ne bis in idem*: aproximación desde una perspectiva limitadora del poder punitivo”, en *Capítulo Criminológico*, vol. 37, n° 4, 2009, p. 226.

¹⁸⁰ Este punto es ampliamente tratado en el numeral 4) del apartado C.2.3) del Capítulo III del presente trabajo.

pues en base a esta distinción se criticará la concepción del *fundamento* que hasta aquí se ha asumido por la doctrina y la jurisprudencia.

Como ya hemos explicado, el TC ha definido la identidad de *fundamento* como “identidad de bien jurídico” o “identidad de interés protegido”. Al respecto, no creemos que sea posible dicha equiparación, pues el *fundamento*, desde un punto de vista teleológico, hace referencia a la *finalidad* o *función* que debe cumplir un determinado instrumento punitivo; por el contrario, el *bien jurídico*, desde un punto de vista normativo, hace referencia a la vigencia de la norma.

Por otro lado, tampoco compartimos el punto de vista defendido por CARO CORIA, pues, desde un punto de vista normativo, el Derecho penal no tiene como *finalidad* la protección de *bienes jurídicos* como objetos individuales valorados positivamente, sino como la vigencia de las expectativas normativas esenciales de la sociedad. Por tanto, sólo según dicha interpretación podrá entenderse el principio de lesividad. En ese sentido, aunque concordamos con que dicho principio (basado en la protección de *bienes jurídicos* como objetos valorados positivamente) no debe aplicarse al Derecho administrativo sancionador, creemos que tampoco lo hace al Derecho penal. En consecuencia, su punto de partida es incorrecto.

En cuanto al criterio normativo que se le quiere atribuir a la identidad de *fundamento* denominándolo como mismo *contenido de injusto* o de *ilícito* (basado en si el desvalor de un hecho es abarcado en su totalidad o no por una determinada norma); consideramos que es incorrecto, pues, si como venimos defendiendo, normativamente ambos cumplen una *función* distinta, no será posible afirmar que normativamente ambos pudieran llegar a tener el mismo *contenido de injusto*¹⁸¹. Diferente es que ambos instrumentos punitivos protejan el mismo *objeto material*; pero ello, como ya vimos, se encuentra en un plano distinto al *fundamento*.

¹⁸¹ Que el elemento distintivo se encuentre en un especial desvalor del resultado expresado en una puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido también ha sido criticada por GARCÍA CAVERO, para quien esto es discutible pues “existen aspectos del desvalor de la conducta que solamente son tenidos en cuenta por el juicio penal, como la exigencia del dolo o culpa. En consecuencia, no existe una identidad de injustos en el plano de la conducta, sino que ya en ese nivel es posible determinar los aspectos que marcan una relevancia penal por encima de la incidencia administrativa”. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte especial...*, cit. p. 1046.

No obstante la crítica a su punto de partida, nos parece que analizar los elementos típicos constitutivos de la infracción y del delito (el *objeto material*)¹⁸² se trata de un ejercicio correcto para poder distinguir una sanción de otra (penal de la administrativa), sobre todo en una legislación que no cuenta con parámetros legales uniformes para distinguir una de otra en el caso concreto¹⁸³; sin embargo, no coincidimos en que la técnica apropiada para solucionar la concurrencia de sanciones sea el concurso aparente de normas.

¹⁸² Lo que, según nuestra interpretación, es planteado por la mayoría de los autores citados.

¹⁸³ De esta manera, encontrar el *elemento constitutivo de la infracción penal* al que hace alusión PERÉZ MANZANO (que en nuestra opinión se trata de un elemento *cualitativo* de distinción) no es una regla en nuestro ordenamiento. Así lo explica GARCÍA CAVERO cuando analiza el ámbito de los delitos tributarios (Ley Penal Tributaria – Decreto Legislativo N° 813) y la potestad sancionadora de la SUNAT (numeral 1 del artículo 178° del Código Tributario relativo a las infracciones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones tributarias); en estos casos, según dicho autor, lo relevante será tener claro lo que identifica al hecho punible, pues ello nos permitirá realizar la distinción de manera adecuada en el caso concreto (incluso en los delitos de peligro abstracto donde la distinción parece obscurecerse). Esta problemática también puede encontrarse en los delitos contra los recursos naturales que “no cuentan legalmente siquiera con un elemento de gravedad al que se pueda recurrir para marcar la frontera entre un ilícito administrativo y uno penal”. Vid. PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición...*, cit. p. 122; GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. pp. 179-180; GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte especial...*, cit. p. 1047.

A esta dificultad habría que agregarle, por un lado, las graves deficiencias que, al menos en el ordenamiento jurídico peruano, sufre el principio de tipicidad en el Derecho administrativo sancionador y que impiden conocer todos los elementos típicos de la infracción administrativa. Al respecto puede verse el reglamento de la Ley N° 27314 (Ley General de Residuos Sólidos) aprobado mediante Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, el cual en el Capítulo III referente a las infracciones y sanciones reconoce en el artículo 145° como infracción leve: “Otras infracciones que no revistan mayor peligrosidad”, como infracción grave: “Otras infracciones que generen riesgos a la salud pública y al ambiente” y como infracción muy grave: “Otras infracciones que permitan el desarrollo de condiciones para la generación de daños a la salud pública y al ambiente”. De igual manera puede verse en el Proyecto de tipificación de infracciones y escala de sanciones aplicable a las actividades de explotación, beneficio, labor general, transporte y almacenamiento minero; el cual, en su artículo 9° establece que constituye infracción “no cumplir con las disposiciones contempladas en la normativa ambiental, aquellas que emita el OEFA u otras entidades y que sean aplicables al Sector Minería”. Y, por otro lado, debe tenerse en cuenta sus particularidades que le permiten realizar una tipificación a través de conceptos jurídicos indeterminados y por remisión, lo que conlleva a la necesaria lectura conjunta de varias normas (la que establece la obligación legal, la que establece la infracción administrativa al referirse al incumplimiento de tal obligación y la que establece la condena por tal infracción).

La razón de ello, es que el fundamento dogmático de esta técnica está basado en la *función* que cumple un determinado instrumento punitivo. Esta *función* estará formulada por dicho instrumento (Derecho penal o Derecho administrativo sancionador) de distintas maneras en función de un mayor o menor grado de abstracción, por lo que, dado el caso, no podrá afirmarse la existencia de varias defraudaciones o afectaciones, sino de una misma¹⁸⁴.

En consecuencia, si somos coherentes con nuestro planteamiento según el cual el Derecho penal protege una *función* distinta a la del Derecho administrativo sancionador, no será posible utilizar esta técnica para resolver los conflictos nacidos de la concurrencia entre ambos.

Si esto es así, ¿qué técnica ha de usarse para mantener la vigencia del principio de *ne bis in idem*?¹⁸⁵

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que tanto la pena como la sanción administrativa recaen sobre un ser humano; por tanto, es posible que, independientemente del *fundamento* de uno u otro instrumento punitivo, bajo determinadas circunstancias, imponer ambas sanciones no resulte razonable¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Así lo entiende GARCÍA CAVERO, cuando afirma que “la función del Derecho penal es restablecer la vigencia de la expectativa normativa defraudada por el delito. Esta defraudación puede estar formulada por el Derecho penal de distintas maneras en función de un mayor o menor grado de abstracción, por lo que, dado el caso, no puede afirmarse la existencia de varias defraudaciones, sino de la misma defraudación”. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal...*, cit. pp. 765-766.

¹⁸⁵ Esta es la principal duda que se generaba en NIETO cuando señalaba que “si el orden penal es de veras distinto al orden administrativo, entonces, siendo consecuentes, habrá que admitir la compatibilidad genérica de sus castigos respectivos y la prohibición del *non bis in idem* terminaría desvaneciéndose en la realidad”. Justamente, por esta razón, BENLLOCH PETIT sostuvo que el *fundamento*, como elemento del principio de *ne bis in idem*, no puede entenderse como la *función (finalidad)* de uno u otro instrumento punitivo. NIETO, A., *Derecho...*, cit. p. 507; Vid. BENLLOCH PETIT, G., “El principio...”, cit. pp. 342-345.

¹⁸⁶ Pues, como bien dice GARCÍA CAVERO “la imposición de la sanción penal, si bien se legitima sobre la faceta inteligible del infractor, en la realidad recae también sobre una persona que es un ser sensible, lo que es también conocido por otros como seres sensibles. Por lo tanto, la imposición de la pena sobre el *homo noumenon* no excluye que despliegue efectos empíricos sobre el *homo phaenomenon*, lo que cubriría la necesidad de imponer la sanción administrativa correspondiente”. GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 184.

Por ello, lo determinante no será si la pena y la sanción administrativa comparten el mismo *fundamento* o no, sino “si la imposición de una de ellas cubre la finalidad que fundamenta la imposición de la otra”¹⁸⁷. Por esta razón, para que la prohibición de *bis in idem* sea plenamente aplicable será necesario redefinir este tercer elemento y entenderlo, en palabras de GARCÍA CAVERO, como *identidad de efectos*¹⁸⁸.

De esta manera, habrá que analizar si “la imposición de la sanción más grave (la penal), alcanza empíricamente al fin de protección de la sanción administrativa” y, en ese sentido, si la primera “cumple la función atribuida al Derecho penal y satisface además empíricamente los requerimientos del Derecho Administrativo Sancionador”¹⁸⁹.

No obstante, ¿cómo será posible que la pena cumpla el fin de la sanción administrativa? Pues debe tenerse en cuenta que el “sentido comunicativo de la pena reside en negar lo transmitido socialmente por la conducta delictiva, lo que necesita en el plano empírico de un carácter aflictivo. Lo que sucede es que esta base empírica de la pena desarrolla el estímulo negativo que procura la regulación administrativa y, por lo tanto, hace innecesaria la imposición adicional de la sanción administrativa”¹⁹⁰.

En consecuencia, a nuestro entender, impuesta la sanción penal será necesario que se haga un *juicio de necesidad* para analizar si es precisa la exigencia de la sanción administrativa por no haber aquélla satisfecho empíricamente sus requerimientos.

Ahora bien, recordemos que la potestad sancionadora administrativa se divide en dos en función a la vinculación que la Administración Pública tiene con los administrados: la potestad sancionadora de orden general y la especial o disciplinaria. Por tanto, será preciso analizar si este *juicio de necesidad*, para ver si hay o no *identidad de efectos* entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, se da de la misma manera en ambos tipos de potestades.

- 1) Respecto a las sanciones a los administrados en una relación de sujeción general, compartimos el punto de vista de GARCÍA

¹⁸⁷ GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte Especial...*, cit. 824.

¹⁸⁸ GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 184.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte Especial...*, cit. 824.

CAVERO, para quien, en estos casos, “la pena despliega, por lo general, los efectos empíricos que satisfacen las exigencias de la sanción administrativa aplicable”¹⁹¹.

- 2) En cuanto a las sanciones disciplinarias, por mucho tiempo se sostuvo que la sola alegación de una relación de sujeción especial era suficiente para aplicar, además de la sanción penal, la sanción disciplinaria pues, se entendía, que el principio de *ne bis in idem* no abarcaba estas relaciones.

Posteriormente, el criterio se modificó entendiendo que este principio también era aplicable a estas relaciones; sin embargo, se afirmó que entre la potestad penal y la disciplinaria el *fundamento* sería distinto y, por tanto, era posible la doble de sanción¹⁹².

Finalmente, el análisis se centró en determinar si la sanción penal presupone o no la infracción de deberes funcionariales; distinguiéndose así, para efectos de aplicar o no la doble sanción, los delitos cometidos en el ejercicio de la función de los que no¹⁹³. Sin embargo, en nuestra opinión, esta solución resulta insatisfactoria.¹⁹⁴

¹⁹¹ Un ejemplo muy gráfico lo podemos ver en el caso de la conducción bajo el estado de ebriedad. Dicha conducta se encuentra tipificada como delito en el artículo 274° del Código Penal y como infracción administrativa en el M8 del Reglamento Nacional de Tránsito. En este caso, en el que al parecer el *objeto material* tutelado por ambos es prácticamente en mismo, será necesario realizar un *juicio de necesidad* para ver si la sanción penal cubre o satisface empíricamente los requerimientos de la sanción administrativa aplicable. Así, si el juez determinara que la sanción penal a imponer en este caso fuera la prestación de servicio comunitario de 50 jornadas y una inhabilitación basada en una suspensión de la licencia de conducir por un año; creemos que, además de restablecerse las expectativas normativas defraudadas, se cumpliría empíricamente con los efectos que conllevaría imponer una sanción administrativa consistente en una multa y en la suspensión de la licencia de conducir. Por tanto, en este caso, la sanción penal será suficiente para, además de cumplir su *función*, mantener el correcto funcionamiento global del sector del tráfico rodado (incluyendo la seguridad vial).

¹⁹² Para mayor detalle del principio de *ne bis in idem* entre la potestad disciplinaria y la penal Vid. BACA ONETO, V.S., “La potestad...”, cit. pp. 264-269.

¹⁹³ Vid. GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 183.

¹⁹⁴ Pues como bien explica MARINA JALVO al comentar la STS del 30 de mayo del 2000 expedida por el Tribunal Supremo Español, rara vez tendrá aplicación efectiva el principio de *ne bis in idem* entre los funcionarios de policía (tanto si el delito es cometido en ejercicio de la función como si no) pues, en estos caso, el interés legítimo de la Administración Pública (la irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía)

Así las cosas, creemos que el camino correcto será el mismo planteado para las relaciones de sujeción general esbozadas arriba. Es decir, analizar si la sanción penal (la más grave) abarca empíricamente los efectos de la sanción disciplinaria y, de esa manera, si es necesaria o no su aplicación conjunta. En estos casos, sostiene GARCÍA CAVERO, “la sanción penal y la disciplinaria no sólo carecen de identidad de fundamento, sino que, por lo general, los efectos que despliega la pena no alcanzarán a los fines de las sanciones por la violación a los deberes de sujeción especial”¹⁹⁵. ¿Por qué esto será así? Pues, en estos casos, cabe recordar que hasta la inhabilitación penal es temporal, por tanto, salvo que la sanción disciplinaria imponga una consecuencia distinta a la destitución (multa, suspensión o amonestación), no podrá decirse que la sanción penal cubre empíricamente los efectos procurados por la disciplinaria¹⁹⁶.

justificará la imposición de la sanción disciplinaria. Vid. MARINA JALVO, B., “La problemática...”, cit. pp. 190-191.

¹⁹⁵ GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 185.

¹⁹⁶ Vid. *Ibidem*.

Para graficar esto último pondremos como ejemplo el R.N. N° 2659-2011-Arequipa del 22 de noviembre del 2012 resuelto por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. A grandes rasgos, el caso se trató de una directora de un colegio nacional que se apropió irregularmente de los ingresos directamente recaudados por su institución y los distribuyó entre el personal directivo (incluida ella) y diecisiete trabajadores administrativos del plantel; a pesar que, dichos fondos, debían ser invertidos al costo de la actividad que generó sus ingresos. Así, en un primer momento, la Dirección Regional de Educación le sancionó administrativamente con separación temporal en el servicio magisterial por el lapso de dos meses sin goce de remuneraciones, por negligencia en el desempeño de sus funciones al haber distribuido irregularmente los recursos directamente recaudados por la institución educativa a los trabajadores y personal directivo. Posteriormente, se le siguió un proceso penal y se le sancionó por delito contra la Administración Pública (peculado) a dos años de pena privativa de libertad (suspendida en su ejecución por el período de prueba de un año y ocho meses), un año de inhabilitación para ejercer el cargo que desempeñaba e incapacidad para obtener mandato o desempeñar cargo, empleo o comisión de carácter público; así como, se fijó el monto de cuatro mil nuevos soles como reparación civil.

Con todo, creemos que este planteamiento, por un lado, es coherente con la idea de cuál es el auténtico *fundamento* tanto del Derecho Penal como del Derecho Administrativo Sancionador (lo que supone entre ellos una diferencia *cualitativa*); y, por otro, garantiza una aplicación adecuada del principio de *ne bis in idem* dándole un enfoque real al centrarlo en la persona humana y su dignidad¹⁹⁷, pues a fin de cuentas será éste quien sufra el carácter aflictivo del exceso de punición.

El presente es un claro caso de una funcionaria pública que tiene una relación especial de sujeción con la Administración Pública y que es sancionada tanto penal como administrativamente. Para mejor comprensión, vamos a utilizar la hipótesis contraria; es decir, que se hubiera impuesto primero la sanción penal y luego la disciplinaria. En este caso la Sala Penal Transitoria resolvió que se podían imponer ambas sanciones basada en la idea de que, al existir una relación especial de sujeción, tanto la *finalidad* como los *intereses jurídicos tutelados* por uno y otro eran distintos. Como ya lo hemos dicho, esta solución es insatisfactoria, por tanto, ¿cómo saber si existe *identidad de efectos* en el presente caso?

El juicio de necesidad comenzará por analizar la sanción penal (dos años de pena privativa de libertad suspendida y un año de inhabilitación) con la disciplinaria impuesta (separación temporal en el servicio magisterial por el lapso de dos meses sin goce de remuneraciones). En este caso, al no haberse impuesto una destitución como sanción disciplinaria y analizándose los efectos de las dos sanciones, es claro que la sanción penal satisface empíricamente el fin procurado por la sanción disciplinaria y, por tanto, la torna en innecesaria y su imposición en violatoria del principio de *ne bis in idem*.

¹⁹⁷ Si como lo ha considerado el Tribunal Constitucional (STC N° 2050-2002-AA/TC) el *ne bis in idem* es un derecho fundamental implícito en el contenido del derecho al debido proceso reconocido en el inciso (3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, y un entendimiento correcto de los derechos fundamentales “exige considerarlos en conexión necesaria con la persona humana, y con la dignidad humana que significa su valor como fin y nunca como medio”, de manera que la finalidad del comportamiento estatal será la persona humana; es indispensable que dicha prohibición tenga su enfoque principal desde la persona humana, puesto que en ella se funda. Sobre la relación entre los derechos fundamentales y la persona humana Vid. CASTILLO CÓRDOVA, L., “Hacia...”, cit. pp. 311-312.

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM* EN SU SENTIDO MATERIAL Y PROCESAL

El Tribunal Constitucional ha reconocido una doble vertiente del principio de *ne bis in idem*: “*por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal*”¹⁹⁸. De esta doble vertiente, se pueden deducir tres reglas que integran su contenido: la material o sustantiva (referida a la concurrencia de sanciones), la procesal o procedimental (referido a la concurrencia de procedimientos punitivos) y la que se conoce como la vertiente procedimental de la vertiente material (referido a las reglas formales que sirven como garantías para impedir la doble sanción)¹⁹⁹.

Adicionalmente a ello, existe consenso en entender que tanto la vertiente material como la formal rigen no sólo cuando se tratan de imponer dos penas o infracciones administrativas, sino también cuando se pretende hacerlo con una sanción penal y una administrativa. Dado que el presente trabajo está enfocado a este último aspecto nos centraremos en este supuesto específico.

5.1. La vertiente material

Como ya dejamos claro, la razón que fundamenta la prohibición de concurrencia de una sanción penal con una administrativa en el caso

¹⁹⁸ STC en Exp. N°2050-2002-AA/TC, f. j. 19.

¹⁹⁹ Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Principio...”, cit. p. 762.

concreto es el principio de proporcionalidad, pues con él se busca evitar el exceso de punición. Por ello, dejaremos de lado los pronunciamientos doctrinales que buscan ligar el sentido material del principio en torno a la cosa juzgada²⁰⁰, remitiéndonos a lo ya dicho sobre ello en el capítulo I del presente trabajo, y centrándonos en el concepto de dicha vertiente.

En general, esta vertiente se define como la prohibición de sanción múltiple por lo mismo; es decir, cuando concurra un idéntico *sujeto, hecho y fundamento*. De esta manera, lo que se busca es evitar la doble valoración sancionatoria²⁰¹. Asimismo, el Tribunal Constitucional se ha referido a ello como la “imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por la misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador”²⁰².

En cuanto a su consagración constitucional, hemos de decir que ni la Constitución de 1979 ni la de 1993 reconoció expresamente tal principio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el mismo forma parte de la Constitución, en algunos casos como principio que informa toda la potestad sancionadora²⁰³ y, en otros, como un derecho fundamental²⁰⁴. De esta manera, se le ha considerado como garantía inmanente del contenido esencial del derecho al debido proceso²⁰⁵.

Respecto a su consagración legal, tanto el Código Procesal Penal como la LPAG reconocen expresamente la prohibición de *bis in idem*. Así, el primero lo hace en el artículo III de su Título Preliminar cuando señala que “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la

²⁰⁰ Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., *La Garantía...*, cit. pp. 45-50.

²⁰¹ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. p. 11.

²⁰² STC en Exp. N° 2050-2002-AA/TC, f. j. 19(a).

²⁰³ STC en Exp. N° 8123-2005-PHC/TC y STC en Exp. N° 00916-2009-PHC/TC.

²⁰⁴ Cosa que le ha permitido ser objeto de tutela a través del proceso de amparo; aunque, en otros casos, haya sido tutelado a través del proceso de hábeas corpus al relacionarse con la libertad individual. Vid. BOYER CARRERA, J., “Criterios...” cit. pp. 324-325.

²⁰⁵ El cual ha sido reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. STC en Exp. N° 0729-2003-HC/TC, f. j. 2. y STC en Exp. N° 2868-2004-AA/TC, f. j. 3.

sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código”.

Por otro lado, la LPAG en su redacción original sólo reconoció dicha prohibición entre el ámbito penal y el administrativo sancionador; posteriormente, a través del Decreto Legislativo 1029 (publicado el 24 de junio del 2008), se extendió a las sanciones administrativas. Así, el artículo 230.10 de la mencionada Ley señala lo siguiente: “No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.”

No obstante, este último reconocimiento trajo más problemas que soluciones cuando se interpreta sistemáticamente con el artículo 230.6, el cual establece que “Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes”.

De esta manera, antes de la modificatoria realizada por el Decreto Legislativo 1029 no había ningún problema en entender que cuando más de una norma calificaba una conducta como infracción se aplicaba la norma de concursos (la cual no distinguía entre ideal, real y aparente) y, por tanto, se aplicaba la sanción más grave. Sin embargo, con la modificatoria, se puede presentar una interpretación que aunque técnicamente podría parecer correcta, no lo es sustancialmente. Así, si lo que se prohíbe es el *bis in idem*, se entiende que se permite el *bis sin idem*; es decir, se podrían imponer dos sanciones administrativas con distinto *fundamento*, pero ¿qué sucede con la norma de concursos? Ésta sólo se aplicaría cuando las normas administrativas tengan el mismo *fundamento* y, en consecuencia, aplicaría sólo una sanción, la más grave. Esto quiere decir que la norma sobre concursos se aplicaría únicamente al concurso aparente de normas, mientras que cuando se trate de concurso ideal de delitos se podrían aplicar dos sanciones, pues el *fundamento* sería distinto.

Sin embargo, como ya adelantamos esta interpretación no es correcta sustancialmente, pues si lo que busca la Ley es impedir el exceso de punición no tiene sentido que en lugar de proteger al administrado termine perjudicándolo. Es por ello que coincidimos con BACA ONETO

al entender que la norma de concurso se aplica tanto al concurso ideal como al concurso aparente de normas siendo, por tanto, innecesaria la modificatoria introducida a partir del Decreto Legislativo 1029²⁰⁶.

5.2. La vertiente procesal

En general, esta vertiente se define como la prohibición de doble procesamiento por lo mismo. Sin embargo, mientras que un sector de la doctrina entiende que, en estos casos, también debe exigirse la triple identidad de *sujeto, hecho y fundamento* (aunque con un contenido distinto al que se sigue en el plano material²⁰⁷), otros sostienen que su contenido únicamente requiere de una identidad de *hecho* o fáctica²⁰⁸.

Por su parte, el Tribunal Constitucional²⁰⁹ ha señalado 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)”²¹⁰.

²⁰⁶ La interpretación realizada y explicada proviene del magisterio oral de BACA ONETO, V. S., *Diplomado de Derecho Administrativo Sancionador*, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú), Piura 2014.

²⁰⁷ Según GARCÍA CAVERO aunque pueda entenderse que la vertiente procesal tiene un carácter instrumental de la material, ello no obsta para que aquél desborde el marco del segundo, puesto que su fundamento se basa en la tutela judicial efectiva para impedir pronunciamientos con base fáctica contradictoria. Por ello, el contenido de los elementos en el plano procesal y penal han de ser distintos en cuanto a la identidad de hecho. Así, la identidad de hecho en este caso únicamente requiere que “ambos procesos sancionatorios se refieran extensionalmente, con sus parámetros jurídicos de valoración, al mismo suceso fáctico”. Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. p. 15.

²⁰⁸ Vid. ALCÁCER GUIRAO, R., “El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional”, en *Justicia Administrativa*, n° 61, 2013, p. 43. También parecen entenderlo así Vid. CARO CORIA, D. C., “El Principio de *Ne Bis In Idem...*”, cit; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Principio...”, cit. p. 776.

²⁰⁹ STC en Exp. N°2050-2002-AA/TC, f. j. 19(b).

²¹⁰ Asimismo, se le ha relacionado con la figura del *double jeopardy* reconocido en la V enmienda de la Constitución Norteamericana y, por otro lado, se le ha reconocido

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido unas reglas para activar el *ne bis in idem* procesal, no siendo suficiente la existencia de dos procesos para entenderlo vulnerado: 1. La primera de ellas es que es necesario verificar previamente la existencia de una resolución que tenga la calidad de cosa juzgada²¹¹; 2. La segunda, es que los hechos analizados en un primer juzgamiento deben haber sido declarados inexistentes y, por tanto, un segundo juzgamiento sobre ellos vulneraría la prohibición de *bis in idem*; y, 3. La tercera, para que exista dicha vulneración, es necesario que el primer proceso que se sigue por los mismos hechos que el segundo sea jurídicamente válido, de manera que no habrá *ne bis in idem* si aquél fue declarado nulo por incompetencia²¹².

En cuanto a su finalidad, hay consenso en la doctrina en entender que no es únicamente instrumental en relación con la vertiente material sino que tiene sustantividad propia²¹³. Es por ello, que “su fundamento va más allá de ser un mecanismo cautelar frente a una eventual desproporción de la respuesta sancionatoria estatal. De lo que se trata es de asegurar una tutela judicial efectiva que impida pronunciamientos diversos con una base fáctica contradictoria”²¹⁴.

De esta manera, no sólo estará proscrito que, una vez procesado y sancionado a través de una resolución que adquirió la calidad de cosa juzgada, se inicie un nuevo proceso o procedimiento²¹⁵; si no, además, que se tramiten de manera simultánea dos procedimientos²¹⁶.

implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139.3° de la Constitución y en el 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos. De la misma manera, se ha remitido para hacerle referencia al artículo 14.7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. STC en Exp. N°2050-2002-AA/TC, f. j. 18 y STC en Exp. N° 0729-2003-HC/TC. Para mayor referencia sobre el *double jeopardy* Vid. WITT, E., *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*, Gernika, México DF 1995.

²¹¹ STC en Exp. N° 02600-2009-PHC/TC.

²¹² STC en Exp. N° 4587-2004-AA/TC y STC en Exp. N° 00916-2009-PHC/TC. Vid. BOYER CARRERA, J., “Criterios...”, cit. p. 329.

²¹³ Vid. ALCÁCER GUIRAO, R., “El derecho...”, cit. p. 42; GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. p. 15.

²¹⁴ GARCÍA CAVERO, P., “Informe...”, cit. p. 15.

²¹⁵ Comentando la STC 159/1987 del TCE, PÉREZ MANZANO deduce cuatro características de la vertiente procesal de *ne bis in idem*: 1. Se encuentra vinculado al derecho de tutela judicial efectiva y la cosa juzgada material; 2. Impide el inicio de un segundo procedimiento salvo recurso de revisión o demanda de amparo; 3. No se impide un nuevo proceso si el primero y la primera resolución dejaron sin resolver una

5.3. Reglas formales para garantizar el derecho fundamental de *ne bis in idem*

Llegado a este punto, debemos mencionar que existen una serie de reglas establecidas (jurisprudencialmente sobretodo) que, sin formar parte de la vertiente procesal, ayudan a garantizar el cumplimiento del *ne bis in idem* material y procesal. Nos referimos a lo que el Tribunal Constitucional Español ha denominado la vertiente procedimental del *ne bis in idem* material, encuadrándolo en el artículo 25.1º de la Constitución Española como parte integrante de la prohibición. Ahora bien, a pesar de la desafortunada denominación²¹⁷, es importante tener en cuenta que se tratan de instrumentos necesarios para alcanzar un fin muy importante: garantizar el cumplimiento efectivo del derecho fundamental del *ne bis in idem*.

- 1) Como ya dijimos, en este trabajo nos vamos a centrar en las relaciones entre el delito y la infracción administrativa, entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador. Así las cosas, lo primero que habrá de determinarse es quién decide cuando un hecho tiene relevancia penal y administrativa.

En este punto concordamos con GARCÍA CAVERO quien sostiene que el delito se determina por estándares de imputación más rigurosos y tiene una mayor especificidad que la infracción administrativa; por tanto, será el Ministerio Público quien tome la decisión si un hecho, además de su relevancia administrativa, tiene relevancia penal (aunque puede encontrar excepciones)²¹⁸.

- 2) Analizado esto, se debe determinar si la imposición conjunta de la sanción penal y la administrativa traen como consecuencia una

“relación jurídica extraprocesal”; y 4. Se considera vulneración una nueva práctica de todo el procedimiento, de sus fases y de una sentencia en segunda instancia. Para mayor referencia Vid. PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición...*, cit. pp. 30-34.

²¹⁶ CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem...*”, cit. p. 222.

²¹⁷ Pues como bien dice ALARCÓN SOTOMAYOR, “no hay razón para considerar a estas reglas como la <<vertiente procedimental>> del *non bis in idem* material, pues o son algo más que eso (así, el deber de la Administración de no tramitar el procedimiento sancionador) o algo distinto a eso (la vinculación al planteamiento fáctico de la sentencia)”. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Principio...”, cit. p. 773.

²¹⁸ Sin ir muy lejos el derogado artículo 131º de la Ley General del Sistema Concursal le otorgaba la facultad discrecional a la Comisión de Procedimientos Concursales para determinar si la infracción administrativa tenía o no incidencia penal.

sobrerreacción sancionatoria. Lo cual, como ya vimos, suele darse en las relaciones de sujeción general y no en la especial. Por ello, y buscando evitar dicha sobrerreacción, es que debemos imponer una sola sanción; sin embargo, ¿cuál de ellas debe primar?

A nuestro entender, nuevamente siguiendo a GARCÍA CAVERO, debe ser el penal por tres razones: 1. Por el mayor sentido comunicativo de la pena; 2. Porque si lo que busca el *ne bis in idem* procesal es el carácter definitivo del pronunciamiento de manera que se evite resoluciones con bases fácticas contradictorias, el pronunciamiento del juez penal debe desplazar al administrativo; y, 3. Porque así lo reconoce expresamente el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal²¹⁹.

De esta manera, queda clara la regla de prevalencia del orden penal sobre el administrativo sancionador²²⁰ que trae como consecuencia ciertos deberes para la Administración Pública, los cuales trataremos a continuación.

El primero de ellos es que si se inicia un proceso penal, el procedimiento administrativo sancionador no debe iniciarse; y, el segundo, es si es que éste ya se inició, debe suspenderse. Es decir, existe el deber de la Administración Pública de no tramitar o suspender un procedimiento administrativo sancionador si los hechos pueden ser constitutivos de delito²²¹. Pero la realidad enseña que la Administración Pública no sólo no suspende el procedimiento administrativo sancionador cuando aprecia que el hecho pueda constituir delito sino, además, sanciona.

²¹⁹ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. p. 16; GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 186.

²²⁰ En opinión de GARCÍA CAVERO, esta regla de la prevalencia tiene una excepción, la cual se presenta “cuando el injusto penal es tan limitado que lo más razonable es dejar que sea el Derecho administrativo sancionador el que se ocupe de la infracción de incidencia penal y administrativa. Esto sucede, concretamente, cuando tiene lugar una tentativa de un delito ambiental configurado como un delito de peligro concreto. No hay duda que el adelantamiento que significa la criminalización de un peligro concreto hace que sea sumamente discutible en términos político criminales el castigo de una tentativa, siendo que mucho más ajustado al desvalor de una realización imperfecta sea la imposición de las sanciones administrativas correspondientes”. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte Especial...*, cit. 1049.

²²¹ Vid. GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 186.

Ahora bien, es claro que en estos casos se vulnera la regla de la prevalencia y, en todo caso, debería conllevar a una responsabilidad disciplinaria del funcionario público encargado; no obstante, la pregunta es ¿vulnera ello el *ne bis in idem*? En nuestra opinión, la respuesta es negativa pues, por un lado, la sola imposición de la sanción administrativa no genera una sobreacción punitiva en el administrado (pues no hay doble sanción)²²² y, por el otro, no se le habría sometido a un doble procesamiento.

- 3) Llegado a este punto, y vulnerado claramente el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, ¿es posible imponer, además de la sanción administrativa, una sanción penal?

Una de las posiciones fue la asumida por el Tribunal Constitucional Español²²³, según la cual, en aquellos supuestos donde en defensa de la prevalencia penal se decidía imponer además la sanción penal, se permitía la compensación o descuento de la sanción administrativa impuesta con carácter previo en la fijación de la pena²²⁴. Sin embargo, esta solución no ha estado exenta de acertadas críticas:

- a) La primera de ellas es la formulada por GARCÍA CAVERO quien da dos razones puntuales: en primer lugar, no sería posible tal técnica en razón de la diferencia de *fundamento* que poseen uno u otro instrumento punitivo²²⁵, por tanto, permitiría ser confundir en el plano penal los efectos con el *fundamento*. En segundo lugar, siendo el *ne bis in idem* una garantía para el ciudadano ésta no puede depender de un orden normativo establecido ni de la inobservancia de la Administración Pública de la legalidad aplicable²²⁶.

²²² Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. p. 27.

²²³ STC 2/2003.

²²⁴ Vid. MARINA JALVO, B., “La problemática...”, cit. p. 181.

²²⁵ Pues si bien hemos sostenido que la imposición de la pena cubriría empíricamente los efectos de la sanción administrativa, aquélla no se hace en función de los efectos de éste, sino en razón de su propio *fundamento* normativo.

²²⁶ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. pp. 24-25; GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 187.

- b) La segunda crítica es la planteada por ALCÁCER GUIRAO, quien defendiendo la sustantividad de la vertiente procesal del *ne bis in idem* sostiene que si su vulneración se materializa a partir de la iniciación de un segundo procedimiento, la posterior imposición de la sanción penal, aunque sea compensada o descontada con la administrativa, ya supondría una afectación al derecho fundamental²²⁷. Similar punto de vista tiene ALARCÓN SOTOMAYOR para quien si bien, en estos casos, no se vulneraría la vertiente material del principio, sí la procesal²²⁸.
- c) Finalmente, GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES sostienen que esta solución trae serios inconvenientes. Destacándose, entre ellos, que “no es un proceder válido en los casos de sanciones heterogéneas o en la hipótesis en las que la sanción administrativa haya ido más allá de la penal por un defecto de técnica legislativa no inusual en nuestro ordenamiento jurídico; del mismo modo, puede implicar una cierta predeterminación de la sanción posterior forzada para impedir la doble punición”²²⁹.
- 4) Con todo lo dicho, si no es posible aplicar la técnica de la compensación ¿qué ha de hacerse? ¿Se anula la sanción administrativa y se impone la penal? o ¿no debe imponerse la sanción penal quebrantando lo dispuesto en el Código Procesal Penal?

En este supuesto, lo lógico sería entender que la sanción administrativa es nula por ir en contra de lo dispuesto en la ley. Sin embargo, la principal dificultad que tiene este argumento es que el juez penal es incompetente para anular actos administrativos, por ende, la sanción administrativa.

A partir de esta premisa, en el contexto español, GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES sostienen que lo correcto es imponer la sanción penal con independencia de la administrativa, la cual sería nula de pleno derecho y debería ejercerse a través del

²²⁷ Vid. ALCÁCER GUIRAO, R., “El derecho...”, cit. p. 42.

²²⁸ Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Principio...”, cit. p. 778.

²²⁹ GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte...*, cit. p. 223.

recurso extraordinario de revisión²³⁰. En el Perú, es claro que la legalidad de dicho acto administrativo debería ser discutida en un proceso contencioso administrativo; no obstante, podrían darse dos situaciones: que el acto administrativo no sea recurrido y, por tanto, adquiera condición de firme, o que sea recurrido pero no sea declarado nulo. Tanto en uno como en otro caso, en España se ha planteado la figura de la prejudicialidad devolutiva.

Esta figura está recogida en el artículo 3º y 4º del capítulo II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española²³¹ y se refiere al supuesto en donde “el juez penal no puede resolver por sí mismo, sino que debe suspender el procedimiento y remitir de una manera previa la cuestión al Tribunal contencioso-administrativo competente”²³². Esto será así, porque “la legalidad de la sanción administrativa constituye una cuestión determinante de <<la culpabilidad o inocencia>>” del inculpado, pues sólo procederá imponerle la pena correspondiente al delito si previamente se anula la sanción administrativa”²³³. De esta manera, el juez penal “apreciada la concurrencia de una sanción administrativa por los mismos hechos de que entiende y de cuya validez depende la existencia o no de responsabilidad criminal, suspenderá el juicio y

²³⁰ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte...*, cit. p. 223.

²³¹ **LEY DEL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

Artículo 3.-

“Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación”.

Artículo 4.-

“Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente.

Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Secretario judicial, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal”.

²³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso...*, cit. p. 193. Cursiva en el original.

²³³ CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem...*”, cit. p. 233.

fijará un plazo –que no excederá de dos meses- para que las partes acudan a la jurisdicción contencioso-administrativa. Si no lo hacen, alzará la suspensión, seguirá el procedimiento y resolverá la cuestión en el proceso penal, es decir, anulará él mismo la sanción”²³⁴.

De esta manera, cuando la sanción administrativa haya quedado firme por no haber sido recurrida, podría utilizarse esta figura de manera que el juez penal “devuelva” el expediente a la jurisdicción contencioso administrativa para que declare su nulidad. En este contexto, es claro que se sortearía el argumento de la incompetencia del juez penal y, por tanto, podría imponerse la sanción penal sin ningún inconveniente.

Sin embargo, un segundo supuesto es el que dicho acto administrativo, a pesar de haberse recurrido, fue declarado conforme a ley. En este caso, se ha argumentado que no se podría utilizar la prejudicialidad devolutiva pues la jurisdicción contencioso administrativa no podría volverse a pronunciarse sobre un acto administrativo que ha declarado ya conforme a ley, dándose, en este caso, el efecto preclusivo de la cosa juzgada.

No obstante, CANO CAMPOS elude dicha crítica afirmando que, en estos casos, se da una excepción en la cosa juzgada por darse un cambio en la *causa petendi*, pues hay un cambio en los argumentos por los cuales se pide la nulidad del acto administrativo que es la existencia de una nueva circunstancia (la apertura del proceso penal por los mismos hechos, el cual no se conocía en un primer momento por el juez contencioso administrativo)²³⁵.

En consecuencia, aplicada la mencionada excepción, sería posible aplicar la prejudicialidad devolutiva y que la sanción administrativa sea declara nula.

Esta técnica, aunque no de la misma manera, ha sido reconocida en el artículo 5º del Código Procesal Penal²³⁶ y, según nuestra Corte

²³⁴ CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem...*”, cit. p. 233.

²³⁵ Vid. *Ibidem*, pp. 235-236.

²³⁶ **CÓDIGO PROCESAL PENAL**
Artículo 5. Cuestión Prejudicial.-

Suprema, se trata de “un medio técnico de defensa que resulta operante cuando fuera necesaria una declaración en vía extrapenal acerca del carácter delictuoso del hecho incriminado, lo que supone que el Factum (sic) denunciado se encuentre vinculado a cuestiones de carácter civil o administrativo que previamente deban ser resueltos para la continuación del proceso penal”²³⁷.

Aunque puede apreciarse que ambas normas no son idénticas, es claro podría darse una interpretación de la norma peruana similar a la española y, por tanto, llegar a la misma conclusión. Incluso, las consideraciones faltantes en nuestra norma podrían de *lege ferenda* ser incorporadas. En cualquier caso, se permitiría la declaración de nulidad del acto administrativo (sanción administrativa) por no ser conforme a ley (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

- 5) Sin embargo, aun asumiendo que ello fuera posible en nuestro ordenamiento jurídico, ¿sería correcto anular la sanción administrativa e imponer una sanción penal a través de un proceso penal?

Se han pronunciado a favor de dicha postura los argumentos que alegan, por un lado, un fundamento constitucional de la prevalencia de la vía penal²³⁸, por tanto, aunque se haya impuesto ya una

“1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra - penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado.

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido.

3. En caso de que el proceso extra - penal no haya sido promovido por la persona legitimada para hacerlo, se le notificará y requerirá para que lo haga en el plazo de treinta días computados desde el momento en que haya quedado firme la resolución suspensiva. Si vencido dicho plazo no cumpliera con hacerlo, el Fiscal Provincial en lo Civil, siempre que se trate de un hecho punible perseguible por ejercicio público de la acción penal, deberá promoverlo con citación de las partes interesadas. En uno u otro caso, el Fiscal está autorizado para intervenir y continuar el proceso hasta su terminación, así como sustituir al titular de la acción si éste no lo prosigue.

4. De lo resuelto en la vía extra - penal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa”.

²³⁷ Casación N° 11-2011/Huaura, f. j. 6.

²³⁸ Vid. CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem...*”, cit. p. 235.

sanción administrativa, se debería declarar nula ésta e imponer la sanción penal; y, por otro lado, la justificación que debe prevalecer el procedimiento dotado de mayores garantías, por ende, el penal²³⁹.

A pesar de la apariencia de solidez de dichos argumentos, consideramos que son incorrectos.

La principal razón es que, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, la prevalencia de la vía penal (y, con ello, el deber de suspensión que tiene la Administración Pública) no tiene más fundamento que el de servir como instrumento preventivo para garantizar la no imposición de doble sanción y de procesamiento²⁴⁰. Es decir, no se trata de un derecho fundamental ni tiene relación lógica ni teleológica con el derecho fundamental *ne bis in idem*²⁴¹.

En consecuencia, tanto la prevalencia del orden penal como el deber de suspensión de la Administración Pública, se tratan de reglas jurídicas (impuesta por ley) que tienen que interpretarse conforme a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. De esta manera, si como hemos afirmado, el *ne bis in idem* es un derecho fundamental de todo ciudadano, no parece correcto, como bien dice ALCÁCER GUIRAO, que se tome el instrumento preventivo, utilizado para garantizar el derecho fundamental, para disminuir el mismo alcance que éste busca tutelar²⁴². Es decir, si fracasan en su finalidad, no podrán utilizarse para defraudar el objetivo al cual sirven.

Para impedir dicha defraudación, es necesario que ambas reglas (la de la prevalencia y de suspensión) se interpreten de acuerdo al derecho constitucional que busca impedir la doble sanción y el doble procesamiento por lo mismo. Por ello, en nuestra opinión, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal debe ser interpretado de la siguiente manera: “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho,

²³⁹ Vid. ALCÁCER GUIRAO, R., “El derecho...”, cit. p. 41.

²⁴⁰ En el mismo sentido Vid. *Ibidem*, p. 45.

²⁴¹ Pues, como indica ALCÁCER GUIRAO, no “guarda relación teleológica porque para la evitación del *bis in idem* basta con que no llegue a iniciarse el segundo procedimiento (...). Y no guarda relación lógica porque la lesión del derecho fundamental se produce siempre por la actividad del segundo órgano”. *Ibidem*.

²⁴² Vid. ALCÁCER GUIRAO, R., “El derecho...”, cit. pp. 39-40.

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 **siempre y cuando no se vulnere el derecho fundamental del *ne bis in idem***. (...) ²⁴³”.

Con todo, si existe un incumplimiento del deber de suspensión por parte de la Administración Pública no atribuible al comportamiento del ciudadano, no será posible que éste asuma las consecuencias de un hecho ajeno a su esfera de organización pues, aunque el acto administrativo es ilegal será necesario mantener sus efectos, ya que de lo contrario, se le sometería al ciudadano a un doble procesamiento de manera irrazonable, por tanto, arbitraria; y, de esta manera, se estaría afectado su derecho fundamental al *ne bis in idem*. Por tanto, en estos casos, el que debería hacerse responsable sería el Estado y, en todo caso, buscar la responsabilidad disciplinaria del funcionario público que no suspendió el procedimiento administrativo sancionador. Con mayor razón tampoco debería existir la posibilidad de que el juez penal imponga además de la sanción administrativa, una penal, pues, generaría, en palabras de GARCÍA CAVERO, una sobrerreacción sancionatoria vulnerando el principio de proporcionalidad ²⁴⁴.

Por el contrario, en el supuesto de concurrencia de procedimientos simultáneos (penal y administrativo sancionador), si es el ciudadano quien oculta o hace creer a la Administración Pública que el hecho tiene sólo incidencia administrativa con la finalidad de evadir la sanción penal, será éste quien asuma no sólo un doble procesamiento sino una doble sanción ²⁴⁵ pues, por un lado, es claro que la no suspensión del procedimiento fue consecuencia directa de la esfera de organización del sancionado, por tanto, es éste quien

²⁴³ Resaltado y agregado nuestro.

²⁴⁴ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. p. 24.

²⁴⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Informe...*, cit. p. 25; GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 187.

debe asumir su consecuencia, y, por otro, es claro que no se puede premiar la ilegalidad²⁴⁶.

²⁴⁶ A pesar que todas estas cuestiones han llegado al poder judicial y, por tanto, ha existido la oportunidad de darles una adecuada respuesta, esto no ha sido así. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el caso recaído en el expediente N° 00001-2013-11-2901-JR-PE-01. En el presente caso, se imputó, entre otros, a una compañía minera la presunta comisión del delito de contaminación ambiental tipificado en el artículo 304° del Código Penal que, como bien se sabe, requiere como un elemento objetivo del tipo infringir “leyes, reglamentos o límites máximos permisibles”. Pues bien, sucede que con anterioridad a ello se inició un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos y que tuvieron origen en los informes técnicos de supervisión realizados por las empresas privadas contratadas por la autoridad ambiental (OSINERMING y OEFA), los mismos que se estarían utilizando en el proceso penal para determinar la responsabilidad penal. Cabe agregar que el procedimiento administrativo sancionador finalizó y la decisión se cuestionó en la vía contencioso administrativa.

Fuera de la discusión que se mantuvo en el presente caso, lo interesante fue que el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria declaró de oficio fundada la cuestión prejudicial a favor de los acusados en base a la cual se suspendió el proceso penal hasta que se resolviera el procedimiento administrativo sancionador con resolución firme. Posteriormente, ante el recurso de apelación del procurador del medio ambiente, la Sala Superior de Apelaciones revocó dicha resolución y reformándola declaró infundada la cuestión prejudicial, disponiéndose que se emita pronunciamiento por el juez penal, bajo el argumento de la diferencia de fundamentos entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador, la prevalencia del primero sobre el segundo y, en base a ello, la inexistencia de vulneración de la seguridad jurídica por no vislumbrarse la posibilidad de decisiones contradictorias. Sobre dicha decisión se interpuso recurso de casación.

En nuestra opinión, el caso analizado tiene varias aristas que será interesante analizar:

En primer lugar, se entiende de manera incorrecta el delito de contaminación ambiental y su elemento objetivo del tipo consistente en infringir “leyes, reglamentos o límites máximos permisibles”, pues a pesar que indica una remisión, no la hace al acto sino a la ley. Es decir, no es necesario de una sanción administrativa firme para que el juez penal pueda resolver, sino que será éste quien, en función a los informes técnicos de supervisión analizados en base a sus conocimientos técnicos, determine su vulneración. Por tanto, no se requiere la sanción administrativa previa como elemento objetivo del tipo para tramitar la causa penal. En ese sentido Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte Especial...*, cit. 869. Por ello, cuando la Administración Pública apreció la existía un indicio de delito (por los informes técnicos de supervisión), debió de suspender y remitir los actuados al Ministerio Público para que tramite la causa.

- 6) Finalmente, otra de las situaciones controvertidas es qué sucede si impuesta la sanción penal se da un pronunciamiento absolutorio o si no se impone sanción, o si ésta no se ejecuta. ¿Es posible imponer una sanción administrativa posterior? Para responder a ello haremos referencia a cuatro planteamientos de los cuales concluiremos nuestro punto de vista:
- a) En primer lugar, CANO CAMPOS sostiene que, de imponerse una posterior sanción administrativa, no habría vulneración de la prohibición de doble procesamiento por lo mismo, pues en este caso no habría un *bis*. Por un lado, sólo se habría realizado un procesamiento parcial, el penal, al ciudadano; es decir, que los hechos enjuiciados sólo fueron analizados en su calificación penal, pero no en la administrativa (la cual tiene distinta calificación tanto en su parte objetiva como subjetiva). Por tanto, “más que un doble enjuiciamiento, debe verse la continuación del enjuiciamiento de unos hechos que permita agotar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado por parte de los órganos que tienen reservada una concreta manifestación del mismo (la de aplicar las normas administrativas sancionadoras) y de la que carecían los órganos penales que se pronunciaron -sólo parcialmente- en primer lugar”²⁴⁷. Por otro lado, aun suponiendo que se pueda hablar de dos procesamientos, el

En segundo lugar, a pesar de haberse incumplido dicho deber e iniciada la causa penal, la solución correcta, en nuestra opinión, no era la cuestión prejudicial (devolutiva o no devolutiva), sea que se plantee para anular la sanción administrativa o, de manera inentendible, para suspender el proceso penal hasta la expedición de la resolución contencioso administrativa; pues, como ya lo explicamos, la prevalencia del orden penal y la suspensión administrativa son instrumentos en orden a un determinado fin (asegurar la vigencia del *ne bis in idem*), por ende, fracasados éstos no podrán utilizarse para defraudar el objeto al cual sirven.

¿Cuál ha de ser entonces la solución? Pues como ya hemos determinado, si el incumplimiento del deber de suspensión es atribuible a la Administración Pública (como parece ser en este caso) será ésta y no el ciudadano quien tenga que cargar con dicha error. De esta manera, el inicio de un segundo proceso (el penal) se tornaría irrazonable y arbitrario ocasionando la vulneración de la vertiente procesal del *ne bis in idem*; más aún, si la sanción penal llegara a imponerse, iría en contra del principio de proporcionalidad por generar una sobre-reacción punitiva en el ciudadano, cosa que vulneraría la vertiente material de la prohibición de *bis in idem*. Por tanto, lo que debió hacerse es archivar la causa para evitar la vulneración a este derecho fundamental.

²⁴⁷ CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem...*”, cit. p. 226.

segundo (el administrativo sancionador) no sería desproporcionado ni arbitrario, por tanto, se mantendría incólume la vertiente material del *ne bis in idem*.

- b) Por su lado, ALARCÓN SOTOMAYOR parte de la siguiente premisa: lo que realmente prohíbe el *ne bis in idem* procesal es “un segundo procedimiento punitivo, penal o administrativo, que pretenda sustituir lo decidido en el primero pero no completarlo”²⁴⁸. Por tanto, como el proceso penal no ha podido pronunciarse sobre la existencia de las infracciones administrativas, el procedimiento administrativo sancionador que se inicie a continuación complementará al penal pero no lo sustituirá. En tal sentido, como el aspecto administrativo del hecho no se ha juzgado, su análisis en la vía administrativa no vulnerará la cosa juzgada ni la prohibición de doble procesamiento por lo mismo, pues no habría *idem*²⁴⁹.
- c) Por su parte, ALCÁCER GUIRAO, partiendo de un concepto sustantivo de la vertiente procesal del *ne bis in idem* asumido por el TEDH, sostiene que “*con independencia de las razones de la absolució*n de la resolución penal firme (sentencia o auto de sobreseimiento libre), la iniciación o reanudación del procedimiento administrativo vulnerará la prohibición constitucional de no ser sometido a doble procedimiento”²⁵⁰. De esta manera, critica los dos planteamientos anteriormente esbozados por ser contrarios al alcance del derecho establecido por el TEDH. Así, mientras que lo sostenido por CANO CAMPOS se trata de una ficción que no llega a convencer, pues es dudoso cómo se puede entender un solo enjuiciamiento a partir de distintos órganos que no sólo tienen distinta competencia sino que carecen de comunicación entre sí; del planteamiento de ALARCÓN SOTOMAYOR, critica la asunción de un carácter puramente jurídico de la identidad, pues, sostiene, que el TEDH ya ha establecido que la cosa juzgada son los hechos y no su calificación jurídica²⁵¹.

²⁴⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Principio...”, cit. p. 777.

²⁴⁹ Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *La garantía...*, cit. pp. 186-187.

²⁵⁰ ALCÁCER GUIRAO, R., “El derecho...”, cit. p. 47.

²⁵¹ Vid. *Ibidem*, pp. 49-50.

- d) Finalmente, GARCÍA CAVERO sostiene que, en caso de absolución en el proceso penal, podrá abrirse (o reabrirse, en su caso) el procedimiento administrativo sancionador, aunque la Administración Pública tendrá el deber de mantener los hechos judicialmente determinados. La razón de ello será que el “fundamento del *non bis in idem* radica en que el cumplimiento de la pena cubre empíricamente la necesidad de sanción administrativa, [por tanto] es lógico pensar que si es que la pena no se impone o no se ejecuta, no se dan los efectos empíricos que justifiquen el *non bis in idem*”²⁵². Es decir, no se habrá cubierto “el fin de protección que legitima la sanción administrativa”. La misma razón se sostiene para aquellas condenas que no imponen sanciones o cuando éstas no se ejecutan.

Con todo, si bien hemos defendido que la vertiente procesal de la prohibición del *bis in idem* tiene sustantividad propia, por tener su propio fundamento basado en la tutela judicial efectiva, ello no quiere decir que la concurrencia de dos procesos (penal y administrativo sancionador) automáticamente represente una vulneración al derecho fundamental de no procesar dos veces por lo mismo; pues, para ello, será necesario que dicha concurrencia sea irrazonable o arbitraria. En ese sentido, y teniendo en cuenta que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador existe una diferencia *cualitativa*, consideramos que sólo deberá entenderse que el segundo procesamiento (el procedimiento administrativo sancionador) será innecesario, por tanto arbitrario, cuando impuesta la sanción penal, ésta cubra empíricamente los efectos de la sanción administrativa tornándola innecesaria. Por el contrario, si no ha sido así (en casos de absolución o cuando se impone una condena sin sanción, o éstas no se ejecutan), el segundo procesamiento no se tornará

²⁵² GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. pp. 186-187.

en innecesario o irrazonable, por tanto, no será arbitraria ni su iniciación ni la imposición de la sanción administrativa²⁵³.

²⁵³ Quizá la postura asumida pueda entenderse mejor con el siguiente ejemplo que tiene como supuesto de hecho la conducción en estado de ebriedad. Mediante la STC N° 02502-2013-PA/TC del 08 de agosto del 2014, llegó a manos del Tribunal Constitucional una demanda de amparo para que se deje sin efecto tres resoluciones administrativas, dos de ellas de sanción e impuestas el 15 de mayo y el 31 de octubre del 2007. La razón de ello fue que el 25 de marzo del 2007 se había procesado judicialmente al mismo sujeto disponiéndose la reserva del fallo condenatorio por el período de prueba de un año. De esta manera, alegó la imposición arbitraria de las dos sanciones administrativas y, como consecuencia, el sufrimiento de una triple sanción por lo mismo.

Aplicando el razonamiento esbozado, e independientemente de que el Tribunal Constitucional haya declarado improcedente dicho amparo por entender que existía una vía igualmente satisfactoria (el proceso contencioso administrativo) para su cuestionamiento, la reserva de fallo condenatorio es un supuesto claro en donde, no existiendo sanción penal, no se ha cubierto el fin de protección que legitima la sanción administrativa. Por tanto, en este caso, no debería considerarse arbitraria o irrazonable el segundo procesamiento (al menos el primer procedimiento administrativo sancionador) ni la consiguiente sanción administrativa. Así lo entiende también GARCÍA CAVERO cuando afirma que es admisible la “posibilidad de abrir el procedimiento administrativo sancionador si luego del periodo de prueba la condena se entiende como no impuesta o la pena como cumplida”. GARCÍA CAVERO, P., “El principio...”, cit. p. 187.

CONCLUSIONES

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

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

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

CUARTA. La *función* del Derecho administrativo sancionador puede explicarse mediante una interpretación sistemática de la teoría del *ius puniendi estatal* con la actividad constrictiva de la Administración Pública. De esta manera, a través de estímulos externos negativos, se

busca reforzar la actividad administrativa, de tal manera que los sectores específicos, en los cuales se limita la actuación de los administrados, puedan aspirar al orden público y a un funcionamiento eficaz.

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

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

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

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

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

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

DÉCIMA. Finalmente, no hay que olvidar que la potestad sancionadora es instrumental. Por tanto, si existen otros instrumentos que cumplan con dicha finalidad deben ser usados por encima de un Derecho administrativo sancionador intenso que ya ha demostrado su ineficacia. Creemos que serviría mejor como instrumento para tal fin, un Derecho administrativo sancionador mínimo que funcione al lado de un Derecho administrativo premial eficaz²⁵⁴.

DÉCIMO PRIMERO. Así las cosas, en tanto el Derecho penal dota de mayores garantías materiales y formales a los ciudadanos, la regla debería ser que sea éste quien castigue las conductas y sólo de manera excepcional, en base a una justificación razonada, lo haga el Derecho administrativo sancionador²⁵⁵. La disminución de esta hipertrofia sancionadora junto con los criterios diferenciadores basados en la *función* de uno u otro instrumento punitivo servirán para reducir el campo de aplicación del *ne bis in idem* y los problemas que éste plantea²⁵⁶.

²⁵⁴ Del magisterio oral de DANÓS ORDÓÑEZ, J. y ARI SUNDFELD, C., *Congreso Internacional de Derecho Administrativo, III Encuentro Peruano – Brasileño de Profesores de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú), Piura 2014.

²⁵⁵ Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines...”, cit. p. 162.

²⁵⁶ Vid. CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem*...”, cit. p. 194.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid 2008.

- “El *Non Bis In Idem* como Principio General del Derecho Administrativo”, en AA.VV., (Dir.) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid 2010, pp. 387-426.
- “Principio *non bis in idem*”, en AA.VV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid 2010, pp. 762-779.
- “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”, en *RAP*, nº 195, 2014, pp. 135-167.

ALCÁCER GUIRAO, R., “El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional”, en *Justicia Administrativa*, nº 61, 2013, pp. 25-52.

BACA ONETO, V. S. y ABRUÑA PUYOL, A., *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección octava, el acto administrativo*, (**Pro manuscrito**), Piura 2010.

- *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimo novena, la actividad administrativa (I), la policía administrativa, (Pro manuscrito)*, Piura 2010.

BACA ONETO, V. S., “La potestad disciplinaria y el control por el tribunal constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura”, en *RUDEP*, n° 8, 2007, pp. 251-286.

- “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2, 2010, pp. 3 a 24.

- *Protección al consumidor*, INDECOPI, Lima 2013.

BAJO FERNÁNDEZ, M., “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal” [en línea] *InDret – Revista para el análisis del Derecho*. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona. 2008. www.indret.com [Consulta 02.07.2014].

BENLLOCH PETIT, G., “El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario”, en *Revista del Poder Judicial*, n° 51, 1998, pp. 303-376.

BERMEJO VERA, J., “El Principio de Seguridad Jurídica”, en AA.VV., (Dir.) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid 2010, pp. 73-109.

BOYER CARRERA, J., “Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio *Non Bis In Idem*”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 11, 2012, CDA, pp. 323-331.

CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador”, en *RAP*, n° 156, 2001, pp. 191-249.

- “La actividad sancionadora”, en AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, Coord. CANO CAMPOS, T., Volumen III, Tomo II, Iustel, Madrid 2009, p. 87-119.

- “La culpabilidad y los sujetos responsables en la infracciones de tráfico”, en *RDA*, n° 284-285, 2009, pp. 83-119.
- “¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?”, en *RAP*, n° 184, 2011, pp. 79-119.

CARO CORIA, D. C., “El Principio de *Ne Bis In Idem* en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” [en línea] *Caro & Asociados especialistas en Derecho Penal Económico y de la Empresa, Publicaciones*. Lima. 2006. www.ccfirma.com [Consulta 08.06.2012].

CASTILLO CÓRDOVA, L., “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en AA.VV., *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Coord. CARBONELL, M. y GRÁNDEZ CASTRO, P. P., Palestra, Lima 2010, pp. 297-321.

CASTILLO VERA, F., “Vulneración del Principio *Non bis in idem* en el sistema de sanciones estatales (penales administrativas): inaplicabilidad por inconstitucionalidad” [en línea] *Barahona, Castillo & Bonacic Abogados, Documentos*. Chile 2009. www.bcbabogados.cl/images/Vulneracion.pdf [Consulta 02.07.2014].

CAYÓN GALIARDO, A., “Derechos y garantías del contribuyente: la seguridad jurídica”, en AA.VV., *Cuestiones actuales de derecho tributario : I Jornada de Derecho Tributario. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, Coord. MARES, C., Palestra, Piura 2009, pp. 73-103.

CURY URZÚA, E., “Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas”, en *Boletín de Investigaciones*, volumen 44-45, 1979-1980, pp. 86-94.

DANÓS ORDÓÑEZ, J., “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública”, en *Ius Et Veritas*, año V, n° 10, 1995, pp. 149-160.

DE LEÓN VILLALBA, F., *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1998.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona 1984.

ESTEVE PARDO, J., “La regulación de la economía desde el Estado garante”, en AA.VV., *La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*, Aranzadi, Santander 2007, pp. 79-126.

- “El encuadre del regulación de la economía en la sistemática del Derecho Público”, en *RGDA*, n° 20, 2009, pp. 1-18.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en AA.VV., *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra 2005, pp. 307-342.

- *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Editorial Reus, Madrid 2007.
- *Normativización del Derecho penal y realidad social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007.

GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem : material y concurso de leyes penales*, Cedecs Derecho Penal, Barcelona 1995.

GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico: Parte General*, Jurista editores, Lima 2007.

- *Derecho Penal: Parte General*, 2ª. Ed., Jurista Editores, Lima 2012.
- “El principio del *non bis in idem* a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa”, en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor José Hurtado Pozo, el penalista de dos mundos*, IDEMSA, Lima 2013, pp. 169-188.
- *Informe sobre la posible violación del principio del non bis in idem en los cargos imputados penal y administrativamente por entrega de información falsa a la Superintendencia de Valores y Seguros y por uso indebido de información privilegiada* –

- elaborado a solicitud del Estudio de Abogados Chaves, Awad, Contreras, Schürmann, (Pro manuscrito), Piura 2013.*
- *Derecho Penal Económico: Parte especial, 2ª. Ed., Volumen II, Instituto Pacífico, Lima 2015.*
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, en *REDA*, n° 10, 1976, pp. 399-430.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo II*, 12ª. Ed., Thomson Reuters, Navarra 2011.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo II*, 11ª. Ed., Tecnos, Madrid 2002.
- GÓMEZ APAC, H. y VERGARAY BÉJAR. V., “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”, en AA.VV., *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro de Homenaje a José Alverto Bustamante*, Comp. MARAVÍ SUMAR, M., Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima 2009, pp. 403-438.
- GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general : teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, 2ª. Ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2010.
- *Derecho administrativo sancionador. Parte general : teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, 3ª. Ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2013.
- H. LECH, H., *La función de la pena*, Dykinson, Madrid 1999.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal: Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª. Ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid 1997.
- *Dogmática del Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson Civitas, Madrid 2004.

- *La pena como reparación del daño, en Dogmática y criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Legis Editores, Bogotá 2005.

MAÑALICH RAFFO, J. P., “El principio *ne bis in idem* en el Derecho Penal Chileno”, en *REJ*, n° 15, 2011, pp. 139-169.

MARINA JALVO, B., “La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio *non bis in idem* (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero)”, en *RAP*, n°162, 2003, pp. 175-188.

MORÓN URBINA, J. C., “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana”, en *Advocatus*, n° 13, 2005, pp. 227-253.

- *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima 2011.

NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª. Ed., Tecnos, Madrid, 2008.

NÚÑEZ SÁNCHEZ, J., “El principio *ne bis in idem*: aproximación desde una perspectiva limitadora del poder punitivo”, en *Capítulo Criminológico*, vol. 37, n° 4, 2009, pp. 205-229.

OLLERO TASSARA, A., *El derecho en teoría : perplejidades jurídicas para crédulos*, Thomson-Aranzadi, Navarra 2007.

PARADA VÁZQUEZ, R., “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, en *RAP*, n° 67, 1972, pp. 41-94.

- *Derecho Administrativo I: parte general*, 17ª. Ed., Marcial Pons, Madrid 2008.

PAREJO ALFONSO, L., “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”, en *RGDA*, n° 36, 2014, pp. 1-26.

- PEDRESCHI GARCÉS, W., “Análisis sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública y el procedimiento administrativo sancionador en el marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 – segunda parte*, Ara Editores, Lima 2003, pp. 499-558.
- PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.
- PINEDO SANDOVAL, C., *Imputación objetiva: Introducción a sus conceptos elementales*, Palestra, Lima 2013.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., *La Garantía del "NE BIS IN IDEM" en el Ordenamiento Jurídico-Penal*, Jurista Editores, Lima 2006.
- REBOLLO PUIG, M., “El contenido de las sanciones”, en *Justicia Administrativa*, n°. Extra1 (Ejemplar dedicado a: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador), 2001, pp. 151-206.
- “Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores”, en AA.VV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid 2010, pp. 316-334.
- ROJAS LEO, J. F., “El arte de la sanción administrativa”, en AA.VV., *Derecho Administrativo innovación, cambio y eficacia: libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Coord. DANÓS ORDÓÑEZ, J., HUAPAYA TAPIA, R., ROJAS MONTES, V., TIRADO BARRERA, J.A. y VIGNOLO CUEVA, O., Thomson Reuters, Lima 2014, pp. 93-114.
- ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General I* (traducción de la 2ª. Ed. Alemana y notas por DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y JAVIER DE VICENTE REMESAL), Civitas, Madrid 1997.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, 2ª. Ed., Iustel, Madrid 2009.

- SANZ RUBIALES, I., “Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad”, en *RAP*, n° 148, 1999, pp. 359-385.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Jospe María Bosch Editor, Barcelona 1992.
- *La expansión del Derecho penal : aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de f, Montevideo 2006.
 - “Del Derecho abstracto al Derecho “real”” [en línea] *InDret – Revista para el análisis del Derecho*. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona. 2006. www.indret.com [Consulta 02.07.2014].
- SOTO KLOSS, E., “Derecho Administrativo Penal, Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Boletín de Investigaciones*, volumen 44-45, 1979-1980, pp. 95-103.
- SUAY RINCÓN, J., “Concepto de sanción administrativa”, en AA.VV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid 2010, pp. 165-177.
- VIGNOLO CUEVA, O., “La reducción a la mínima expresión del *non bis in idem* en el régimen disciplinario peruano”, en AA.VV., *Derecho Administrativo innovación, cambio y eficacia: libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Coord. DANÓS ORDÓÑEZ, J., HUAPAYA TAPIA, R., ROJAS MONTES, V., TIRADO BARRERA, J.A. y VIGNOLO CUEVA, O., Thomson Reuters, Lima 2014, pp. 387-413.
- VIGO, R. L., *Interpretación jurídica : del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal Culzoni, Santa fé de Bogotá 1999.
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R., “Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo” [en línea] *Ita Ius Esto*. Piura. 2012. www.itaiusesto.com [Consulta 02.07.2014].
- WITT, E., *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*, Gernika, México DF 1995.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Á., *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Palestra Editores, Lima 2009.

LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA

Constitución Peruana de fecha 30 de diciembre de 1993.

Constitución Española de fecha 29 de diciembre de 1978.

Código Penal Peruano. Decreto Legislativo N° 635 de fecha 08 de abril de 1991.

Código Procesal Penal Peruano. Decreto Legislativo N° 957 de fecha 29 de julio de 2004.

Convención Americana de Derechos Humanos de fecha 22 de noviembre de 1969.

Decreto Legislativo 1029 de fecha 24 de junio de 2008.

D. S. N° 016-2009-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito de fecha 21 de abril de 2009.

Reglamento de la Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 057-2004-PCM de fecha 22 de julio de 2004.

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, de fecha 10 de abril de 2001.

Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, de fecha 05 de agosto de 2002.

Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, aprobado por Real Decreto, de fecha 17 de septiembre de 1882.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fecha 23 de marzo de 1976.

Proyecto de Tipificación de infracciones y escala de sanciones aplicable a las actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y

Almacenamiento Minero (Resolución del Consejo Directivo N° 027-2015-OEFA/CD) de fecha 14 de julio de 2015.

Reglamento de infracciones y sanciones de la Superintendencia Nacional de Salud (Decreto Supremo N° 031-2014-SA) de fecha 06 de noviembre de 2014.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

STC en Exp. N° 799-98-AA/TC de fecha 30 de abril de 1999.

STC en Exp. N° 0729-2003-HC/TC de fecha 14 de abril de 2003.

STC en Exp. N° 2050-2002-AA/TC de fecha 16 de abril de 2003.

STC en Exp. N° 2868-2004-AA/TC de fecha 24 de noviembre de 2004.

STC en Exp. N° 8123-2005-PHC/TC de fecha 14 de noviembre de 2005.

STC en Exp. N° 4587-2004-AA/TC de fecha 29 de noviembre de 2005.

STC en Exp. N° 02600-2009-PHC/TC de fecha 23 de abril de 2010.

STC en Exp. N° 02110-2009-PHC/TC de fecha 28 de marzo de 2011.

STC en Exp. N° 02527-2009-PHC/TC de fecha 28 de marzo de 2011.

STC en Exp. N° 00916-2009-PHC/TC de fecha 10 de mayo de 2011.

STC en Exp. N° 03517-2011-PHC/TC de fecha 04 de octubre de 2011.

STC en Exp. N° 02502-2013-PA/TC de fecha 08 de agosto de 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

STC 159/1987 en recurso de amparo N° 1/87, de fecha 26 de octubre de 1987.

STC 2/2003 en recurso de amparo N° 2468-2000, de fecha 16 de enero de 2003.

CORTE SUPREMA

R.N. N° 2090-2005, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 07 de junio de 2006.

R.C. N° 11-2011/Huaura, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 09 de noviembre de 2011.

R.N. N° 2659-2011-Arequipa, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 22 de noviembre de 2012.

CORTE SUPERIOR

Resolución N° 17 en Exp. N° 00001-2013-11-2901-JR-PE-01, de fecha 13 de agosto de 2014.

Resolución N° 18 en Exp. N° 00001-2013-11-2901-JR-PE-01, de fecha 04 de septiembre de 2014.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA de fecha 25 de noviembre de 2013 que establece como precedente administrativo de observancia obligatoria el f. j. 5.28 de la Resolución N° 013-2013-CG/TSRA de fecha 25 de noviembre de 2013.

INDECOPI

Resolución N° 2609-2014/SPC-INDECOPI en Exp. N° 243-2013/CPC-INDECOPI-LAL, de fecha 11 de agosto de 2014.

Resolución N° 789-2014/INDECOPI-PIU en Exp. N° 158-2014/CPC-INDECOPI-PIU, de fecha 04 de diciembre de 2014.

Resolución N° 0009-2015/SPC-INDECOPI en Exp. N° 0058-2014/CC2, de fecha 05 de enero de 2015.

OEFA

Resolución N° 007-2014-OEFA/TFA en Exp. N° 028-08-MA/R, de fecha 31 de enero de 2014.

OSIPTEL

Resolución de Gerencia General N° 521-2011-GG/OSIPTEL en Exp. N° 00014-2011-GG-GFS/PAS, de fecha 28 de octubre de 2011.

Informe N° 002-GAL/2012 en Exp. N° 00014-2011-GG-GFS/PAS, de fecha 04 de enero de 2012.

Resolución del Consejo Directo N° 009-2012-CD/OSIPTEL en Exp. N° 00014-2011-GG-GFS/PAS, de fecha 13 de enero de 2012.

OSCE

Resolución N° 219-2012-TC-S2 en Exp. N° 1188/2011.TC, de fecha 01 de marzo de 2012.

SERVIR

Resolución N° 00242-2014-SERVIR/TSC-Primera Sala en Exp. N° 3978-2012-SERVIR/TSC, de fecha 04 de marzo de 2014.