

EL AUTO DE NO HA LUGAR A INSTRUCCION EN EL PROCESO PENAL Y SU VINCULACION CON EL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*

Autor: Augusto Medina Otazú^{1 2}

Abogado

Es interesante la evolución que tiene la institución del *ne bis in idem*³, sobre todo cuando los derechos humanos vienen siendo un freno palpable a los excesos del derecho penal. “Nos vamos acercando a un nuevo equilibrio entre el interés de la colectividad por el triunfo de la verdad y la justicia y la preservación del valor de seguridad que siempre se realiza de alguna manera con el derecho (...)”⁴

¹ Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario del CAL 2005, 2006, 2007 y 2008; conferencista en el Centro de Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Armadas. Maestría de Derecho Constitucional en la PUCP y Maestría de Derecho Laboral y Seguridad Social en la Universidad Nacional de San Marcos. medinaotazu@yahoo.com

² En homenaje a mi padre Augusto por su centenario, de existencia plena.

³ Aun cuando el Tribunal Constitucional prefiera el término *non bis in idem*, usaremos el término de *ne bis in idem*. “En el uso de la los juristas, teóricos y prácticos, con frecuencia se alude a la prohibición de doble enjuiciamiento utilizándose la locución latina *ne bis in idem* y en otras ocasiones se utiliza la locución *non bis in idem*, para referirse a la misma prohibición constitucional. Esta dualidad obedece más a razones de preferencia fonética de la alocución y en nada afecta el contenido de la prohibición. Sin embargo, parece preferible la expresión *ne bis in idem* ya que “las primeras referencias que nos permiten situar el origen aplicativo del principio recogen en su formulación la partícula “ne” en lugar de “non”; concretamente la cita de Quintiliano “*solet et illud quaeri, quo referatur, quod scriptum est: ‘bis de eadem re ne sit actio’ id est, hoc ‘bis’ ad actores an ad actionem*”. Dentro de esta construcción, la conjunción “ne” desempeña una función completiva, que requiere la presencia de un verbo de impedir o de prohibición implícita en la frase. Conforme a esta función, la frase tendría el significado de que “también se suele preguntar, para establecer la cuestión, sobre la Ley que así se formula: “que el proceso no sea dos veces por la misma causa “si este dos veces se refiere a los oradores (actores-acusadores) o al proceso”¹¹ De León Villalba, Francisco Javier: “Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem””. Bosch. Barcelona, 1998. p. 35 y 36. En contra López Barja quien señala que “La regla non bis in idem aparece formulada en el diccionario compilado por Liebs como ne bis in idem (crimen indicetur), cuya traducción literal es como sigue: “que no se sentencie dos veces por el mismo delito”. El deseo de transformar la frase a estilo directo es lo que hace que, en ocasiones, se prefiera expresar esta regla como “non bis in idem”” López Barja de Quiroga, Jacobo: “El Principio Non Bis In Idem”. Dykinson. Madrid, 2004. p. 14.” <http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/5a638ba98cb9b7ea86256d47004bac46/620ddaac04748194862573100060b9d0?OpenDocument>

⁴ Hitters. La Revisión de la Cosa Juzgada. Augusto Mario Morello en el prologo de Juan C. Librería Editora Plantense SRL. La Plata 1977. pag. 4

Los orígenes del *ne bis in idem* son importantes a la hora de evaluar su evolución; la doctrina tiene lo propio como luz que ilumina el porvenir; pero también será necesario observar los conceptos precursores de la comunidad internacional a través de las sentencias de la Corte Interamericana; asimismo la evolución de la legislación peruana y su comparación con normas extranjeras y los cambios a lo largo de varios años de las sentencias del Tribunal Constitucional. Todo esto nos llevara a explicar de porqué el Auto de No Ha Lugar a la Apertura de Instrucción, confirmado por la Corte Superior, tiene la cobertura del *ne bis in idem*.

I. INTRODUCCIÓN

I. a). El poder sancionador del Estado y la libertad del hombre fue una constante lucha dentro del campo filosófico, que siempre fue tributario para fundamentar una legítima posición del derecho penal. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29, establece esa relación: *“En ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”*.

La violación, inobservancia, contravención, trasgresión, vulneración de cualquiera de aquellos preceptos normativos que establecen o sustentan un orden de convivencia, significará una invocación a que el Estado despliegue su función o actividad represiva, generando, éste, los procedimientos necesarios que estén orientados a sancionar dichas conductas. En este sentido se reconoce el “derecho” del Estado a sancionar a aquellos individuos que han incurrido en la trasgresión de los preceptos normativos previamente establecidos por aquel.⁵

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido que: “El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No debe ser arbitrario ni excesivo.”⁶

Es en esta perspectiva, que en los Estados democráticos de Derecho, la esfera del derecho penal trata de reducirse a lo estrictamente necesario, y ello porque siendo su sustento los derechos fundamentales, el Derecho penal (particularmente el derecho penal que compromete el *ius libertatis*), en razón de los costos y de la violencia que entraña, se justifica cuando estén presentes ciertas exigencias.⁷

Por otro lado el ordenamiento jurídico peruano, no sólo está vinculado a la Constitución del Estado, sino existen otras normas de la misma jerarquía, como es la normativa internacional e igualmente la jurisprudencia de organismos

⁵ http://www.gacetajuridica.com.pe/arch_nove/Sentencia_Non%20bis%20in%20idem.pdf

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 15.11.01. Expediente 0005-2001-AI-TC.

⁷ http://www.gacetajuridica.com.pe/arch_nove/Sentencia_Non%20bis%20in%20idem.pdf

supranacionales. "De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región".⁸

II. b.) También debemos indicar que el presente artículo no es aplicable a los delitos de lesa humanidad, ni en otros delitos como de corrupción que enervan los cimientos del estado de derecho, en cuanto se pretende garantizar impunidad mediante la cosa juzgada o el *ne bis in idem*, en cuyo caso ocurre el trayecto por otra orilla, debido a que los altos intereses del estado hacen que se prefiera la fidelidad a la sociedad y el estado en su conjunto, que a la fidelidad de uno de los miembros. Por ello, la prescripción, se convierte en imprescriptible en los delitos de lesa humanidad, la cosa juzgada resulta siendo limitada si ello genera impunidad, entre otros. Tal vez sobre merezca otro artículo para tratarlo con mayor amplitud.

I.c.) Finalmente la Corte Suprema durante el siglo XX no ha tenido una posición clara sobre los efectos de las Resoluciones de No Ha Lugar a la Apertura de Instrucción. Existen de aquellos en que no se considera cosa juzgada y también están los que si le dan cobertura.

Castillo Alva hace mención a la Sentencias de la Corte Suprema en ejecutoria Suprema del 2 de mayo de 1994 que recayó sobre el exp. 717-93, donde es necesario el contradictorio dentro del proceso para que la resolución tenga la calidad de cosa juzgada:

"En lo que concierne a la institución de la cosa juzgada, es necesario esclarecer su real dimensión en nuestro ordenamiento jurídico; y en efecto, cuando se habla de cosa juzgada debe entenderse como tal a lo resuelto en forma definitiva por el órgano jurisdiccional, LUEGO DE UN DEBATE CONTRADICTORIO Y CON LAS GARANTIAS DEL DEBIDO PROCESO, equiparándose a esta las prescripciones y sobreseimientos definitivos."⁹

Incluso en otra jurisprudencia en 1943 se señala:

"El auto que deniega la apertura de instrucción no puede, POR SU PROPIA FINALIDAD, producir los efectos de la cosa juzgada, frente a la

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 0217-2002-HC/TC. Caso Crespo Bragayrac

⁹ Castillo Alva. Constituye Cosa Juzgada el Auto de No ha Lugar a la Apertura de Instrucción. Gaceta Jurídica. Año 9. N. 62 Noviembre del 2003. Pag. 136 y a su vez hace referencia a que esta jurisprudencia esta recogida en el libro de Rojas Vargas Fidel . "Código Penal. Diez Años de Jurisprudencia Sistematizada. Idemsa. Lima. 2001. pag. 153

verosimilitud de los hechos o modalidades que aparezcan de una nueva denuncia.¹⁰

Sin embargo, Azabache reseña otra jurisprudencia de 1943:

“Es fundada la excepción de cosa juzgada si los hechos materia de la nueva denuncia son los mismos que fueron objeto de otra denuncia anterior que fue desestimada por resolución confirmada del Tribunal Correccional, aunque se exprese que se trata de delitos diferentes.”¹¹

Otra Resolución en 1966 señala que

“El auto que deniega la apertura de instrucción no puede, por propia finalidad, producir los efectos de cosa juzgada frente a la verosimilitud de los hechos o modalidades que aparezcan de una nueva denuncia.”¹²

II.- BREVE RECORRIDO HISTÓRICO DEL NE BIS IN IDEM

Debemos tomar en cuenta que los orígenes históricos de una institución no pueden estar fosilizados en su historia sino deben estar dinamizados por los tiempos modernos y las nuevas corrientes y doctrinas que se imponen, sobre todo en la concepción del derecho penal. El contenido constitucionalmente protegido de todo derecho no puede extraerse únicamente en atención al significado de las palabras (formulación semántica) y al que es propio del momento histórico, sino en atención al *telos* o finalidad que con su reconocimiento se persigue entendiendo el derecho como un instrumento vivo y dinámico destinado a fortalecer al Estado Constitucional de Derecho, que está sujeto a un plebiscito de todos los días.¹³

Sin embargo, siempre será necesario recurrir a sus orígenes del derecho para luego ver cómo ha ido evolucionando el mismo y veremos cómo el *ne bis in idem*, sin perder su identidad, va irradiando su naturaleza sobre todo el derecho, de manera que será un freno a toda acción sancionadora arbitraria.

Juan Hitters expresa que la regla “*ne bis in idem* y sus distintas formulaciones parece haber tenido vigencia desde antes de las XII tablas”¹⁴ o sea antes del siglo

¹⁰ Castillo Alva Pág. 135 que reseña a Guzmán Ferrer, Fernando “Código de Procedimientos Penales” Editorial Cusco. 8 Ed. Lima. 1982 Pág. 71.

¹¹ Azabache Cesar. Sobre los Alcances del Auto que desestima la denuncia penal. Gaceta Jurídica. Año 9, N. 66, marzo del 2004. Pág. 45. Reseña una jurisprudencia recogida en la Revista Jurídica del Perú N° 3 , 1962 Pág. 215, tomada de Guzmán Ferrer, Fernando Op. Cit. Artículo 5, jur. CL. Pág. 50. También, Código Penal de Espino Pérez, artículo 118 inciso 3. jur. VII. Pag. 144.

¹² Cesar Azabache Pág. 45. Hace referencia Guzmán Ferrer, Fernando “Código de Procedimientos Penales” 6ta. Ed. Lima 1966.

¹³ Ver la sentencia del Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional. Exp. 4587-2004-AA/TC del 29.11.05

¹⁴ Juan C. Hitters. Pág. 38 y 39.

quinto AC. Para Guillermo Cabanellas, el *non bis in idem* es un aforismo latino que significa **no dos veces sobre lo mismo**.¹⁵ Asimismo nos recuerda Ernesto Rodríguez Rossi “la *Res Iudicatae* o *indicium de re* del derecho romano no tiene el alcance que en doctrina se le ha dado ya que *res iudicatae*, en Roma **no significaba propiamente juicio**, con esta alocución (...) lo que quisieron los romanos **que no debiese ocurrir más que una sola vez**.”¹⁶ Veremos que la manera de hacer valer el derecho era mediante la “*deductio in indicium* **prohibía la repetición de la misma pretensión**”¹⁷

Entonces el contenido inicial de este principio consistía en que una misma acción no podía hacerse valer en dos ocasiones cualquiera que fuese el resultado del primer procedimiento y se ejercitaba en vía de excepción. Por eso indica Binder que “(...) la necesidad de que **la persecución penal**, con todo lo que ella significa – la intervención del aparato estatal en procura de una condena – **solo se puede poder en marcha una sola vez**. (...) el poder penal del Estado (...) (y) un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho.”¹⁸ No debemos olvidar que en el procedimiento inquisitorial, dentro del derecho canónico, este principio en sus rasgos primigenios fue abolido, pues mediante dicho procedimiento se buscaba descubrir la verdad material a cualquier precio, por lo que se dio primacía a la *absolutio ab instantia*, en virtud de la cual, quien hubiera sido absuelto por un tribunal, no podía ser procesado de nuevo así aparecían nuevos indicios.¹⁹

Edmundo Hendler señala que el significado político que asumió en el devenir histórico el *ne bis in idem* de la cultura occidental al establecer “como restricción al derecho de perseguir o de imponer castigos, derecho éste que fue apropiado y convertido en prerrogativa de la autoridad centralizada de los reyes a medida que fueron forjándose los grandes estados nacionales. Ese significado tuvo clara expresión con las proclamas de derechos a fines de siglo XVII, y su consolidación, ya con perspectivas de vigencia supranacional, tuvo lugar en época relativamente reciente, con los tratados internacionales de la comunidad europea y la organización interamericana celebrada en la segunda mitad del siglo XX.”^{20 21}

¹⁵ CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. 4ª. Edición ampliada por Ana María Cabanellas. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 175.

¹⁶ Ernesto Rodríguez Rossi. *Cosa Juzgada*. EDIAR. Argentina 1974. pag. 19.

¹⁷ Juan C. Hitters. pg. 38.

¹⁸ Alberto M. Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993. Pag.163.

¹⁹ http://www.gacetajuridica.com.pe/arch_nove/Sentencia_Non%20bis%20in%20idem.pdf

²⁰ Edmundo Hendler. *Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem*. *Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque Histórico – Comparado*. Buenos Aires. 2001 pag. 131. Citado por James Reategui Sánchez. *La Garantía del Ne Bis In Idem en el*

Puede apreciarse que el *ne bis in idem* no nació propiamente como un principio judicial, es decir que deba operar sólo en un proceso judicial, sino fue un principio del derecho en general, aplicable a todos los campos. Es decir era arbitrario que ocurra dos veces lo mismo, por eso perseguir (en su sentido amplio) dos veces a una persona resulta desproporcionado. Vemos con asombro cómo se desplaza el *ne bis in idem* en todos los campos del derecho y ello también se logra con un entendimiento claro del derecho penal, la justicia y la concepción de la persona humana, con todas las garantías. Para algunos ²² el *ne bis in idem* debería ser considerado como un principio general del derecho.

III.- DIFERENCIA DEL NE BIS IN IDEM CON LA COSA JUZGADA

El *ne bis in idem* tiene un lado material y un lado procesal, ambos han tenido un desarrollo interesante, sin embargo el propósito de éste artículo es básicamente centrarnos en el desarrollo del procesal y cómo se plantea en la doctrina, en la normatividad y en la jurisprudencia.

El entendimiento histórico nos lleva a hacer una distinción entre cosa juzgada y el *ne bis in idem*, haciendo notar especialmente que la primera está vinculada al proceso judicial y que en un inicio tenían tales efectos las sentencias consentidas o ejecutoriadas y la segunda amplía el concepto a otras resoluciones bajo los términos “sentencia firme”, “proceso penal” y “persecución penal”, como más

Ordenamiento Jurídico Penal. Jurista Editores EIRL Primera edición noviembre del 2006. pag. 21

²¹ Es importante señalar que la deficiente estructura que recogen las constituciones sobre el principio del *ne bis in idem*, no ha impedido que éste tenga un desarrollo realmente importante en términos de jurisprudencia. Así lo demuestran, por ejemplo, los casos resueltos por el TC español, que se sustentan en el artículo 25.1 de la Constitución Política Española, que señala que “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” Como podrá deducirse esta norma constitucional es conocida como principio de legalidad, pero no impidió que el TC resuelva utilizando esta base constitucional acciones de garantías donde se violentaron el principio del *ne bis in idem* (SSTC 2/81, 154/1990, 204/1996, 221/1997). Adicionalmente a ello, la Ley Española del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, Ley 30/1992 publicada el 27 de noviembre de 1992, legisla el principio del *ne bis in idem* en el artículo 133, concurrencia de sanciones, disponiendo que “no se podrán sancionar los hechos que haya sido sancionados penal o administrativamente en los casos en que se aprecie identidad de sujetos, hecho y fundamento”, estructura que tiene afinidad con el numeral 10 del artículo 230 de la LPAG peruano. Anderson Vela Guerrero. El *Ne bis in idem* y el derecho sancionador peruano – su aplicación a partir de la Ley de Procedimientos Administrativo General. El Principio Constitución del *Non Bis In Idem*. Revista Peruana de Jurisprudencia Volumen XXXI junio 2004.

²² James Reategui Sánchez. La Garantía del *Ne bis in idem* en el ordenamiento jurídico penal. Jurista Editores. Lima. Noviembre del 2006. pag. 22 y 23.

adelante se podrá apreciar e incluso incluye a resoluciones extrapenales, llevando como baluarte que el Estado tiene una sola vez para perseguir un delito.

III. 1).- Los antecedentes pueden amarrar la historia de una institución?

Será equivocado hacer comparaciones entre el *ne bis in idem* y la cosa juzgada, si sólo lo abordamos dentro de su contexto histórico y no abarcamos en sus vertientes *pro homine*²³, por cuanto podemos arribar a conclusiones erradas.

Por ejemplo para Castillo Alva, los efectos de cosa juzgada sólo se pueden lograr luego que el caso fuera sometido a un proceso judicial y en ese sentido, el Auto de No ha Lugar a la Apertura de Instrucción, no lo genera porque no existe juicio y esta concepción se ha mantenido en las normas constitucionales legales: “Razones derivadas de una interpretación histórica nos llevan a las mismas conclusiones. Si, tal como apuntan unánimemente sus intérpretes, en las Constituciones de 1933 y 1979 **está claro que la cosa juzgada únicamente surtía efecto en virtud a una RESOLUCIÓN JUDICIAL DEFINITIVA EMANADA DE UN PROCESO**, la Constitución actual no tendría por qué seguir un derrotero marcadamente distinto, si su redacción es similar. En aquellas y también en ésta, la cosa juzgada presupone necesariamente que se haya iniciado un proceso judicial.”²⁴

Cesar Azabache respondiendo a estas afirmaciones de Castillo Alva señala “El que la regla haya estado vigente en el **pasado no significa que se haya aplicado a todos los casos. Tampoco significa que se mantenga en vigencia.**” Vela Guerrero abona en éste último criterio: “la deficiente estructura que recogen las constituciones sobre el principio del *ne bis in idem*, no ha impedido que este tenga un desarrollo realmente importante en términos de jurisprudencia.”²⁵

²³ “El principio *pro homine* conduce a interpretaciones restrictivamente las restricciones a los derechos y a interpretar extensivamente los derechos constitucionales para darles, por tanto, mayor protección. La regla general es que los derechos se aplican cada vez que exista la posibilidad de hacerlo y, aun en el caso de diversas interpretaciones posibles, es necesario elegir la más favorable a ellos. Concuerda con el principio de que las restricciones a los derechos se aplican restrictivamente, recogida en forma poco técnica en el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución (...) como el principio *pro homine* opera eligiendo alternativas de aplicación del derecho en materia de derechos constitucionales, es un principio general de interpretación constitucional. Equivale a ampliar la exigibilidad de los derechos constitucionales mediante la aplicación del derecho en forma más favorable a ellos. Marcial Rubio. Pág. 369 y 370 comentando la Sentencia del Tribunal Constitucional 795-2002-AA-TC del 29 de enero del 2003.

²⁴ José Luis Castillo Alva. pag. 139.

²⁵ Anderson Vela Guerrero. El *Ne bis in idem* y el derecho sancionador peruano – su aplicación a partir de la Ley de Procedimientos Administrativo General. El Principio Constitución del *Non Bis In Idem*. Revista Peruana de Jurisprudencia Volumen XXXI junio 2004.

Entonces, si únicamente aplicamos la institución de cosa juzgada para evaluar todas las resoluciones del Estado, evidentemente nuestro marco de protección será menor; porque la cosa juzgada y el *ne bis in idem* tienen distintos niveles de protección. Incluso el mismo Castillo Alva reconoce que el *ne bis in idem* tiene un mayor marco de protección que la cosa juzgada “Desde el plano constitucional y legal, la única interpretación válida y acorde con el sentido de nuestro derecho positivo es aquella que remarca que la garantía de cosa juzgada – o **el principio de alcance más amplio del ne bis in idem** –”²⁶

III.2).- Posiciones doctrinarias donde se aprecia que el ne bis in idem y la cosa juzgada van de la mano

Veamos algunas posiciones doctrinarias, donde se puede hacer notar que la Cosa Juzgada y el *ne bis in idem* son distintas instituciones y que una se vale de la otra y viceversa, para poder desarrollarse y repotenciarse:

III.2.a).- Los que consideran que la Cosa Juzgada y el ne bis in idem son idénticos y tienen el mismo fundamento normativo.

Para algunos la cosa juzgada y el *ne bis in idem* deben tener el mismo fundamento para desplazar sus efectos.

Castillo Alva²⁷ se pregunta: “¿QUÉ RESOLUCIONES JUDICIALES **GENERAN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA O PERMITE LA APLICACIÓN DEL NE BIS IN IDEM?**” En otra parte señala: “Si la Constitución Política y otras normas del ordenamiento jurídico **hubieran pretendido extender y abarcar el ne bis in idem y la cosa juzgada a cualquier resolución judicial,** les hubiera bastado declararlo, sin mencionar en absoluto la referencia a un proceso o, específicamente a un proceso penal. Pero como justamente ocurre lo contrario, **debe entenderse que el ne bis in idem y la cosa juzgada solo se aplican en la medida en que exista un proceso abierto** y haya una resolución que ponga fin al mismo.” En otro párrafo: “**si esta resolución niega la apertura de instrucción,** y por tanto, el inicio del proceso penal, **no cabe duda que el principio del ne bis in idem y el de la autoridad de la cosa juzgada no podrán nunca surtir sus efectos**”²⁸ “En consecuencia, **se les puede negar la fuerza material de cosa juzgada, es decir, el efecto de ne bis in idem**” Finalmente, “Se distingue claramente aquí entre el auto de no haber lugar a la apertura de instrucción sea irrevocable, o no pueda ser materia de impugnación porque los recursos se agotaron, **del verdadero sentido del principio de cosa juzgada y del ne bis in idem, que exige un pronunciamiento dentro de un proceso penal,** pues no siempre lo irrevocable supone que se haya alcanzado la calidad de cosa juzgada.

III.2.b).- El ne bis in idem y la cosa juzgada son distintas instituciones y tienen aplicación diversa.

²⁶ Castillo Alva Pág. 132 - 139.

²⁷ Castillo Alva. Pág. 132 – 139.

²⁸ Castillo Alva Pág. 133.

James Reategui²⁹ señala “(...) la vigencia – y aplicación- del artículo 90 del actual Código Penal Peruano que señala textualmente lo siguiente: “nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se fallo definitivamente”. Este artículo tiene que ser necesariamente interpretado a partir del artículo 78 del mismo Código Penal que estatuye que la acción penal se extingue (inc. 2): “por autoridad de cosa juzgada”. Y es aquí también donde empieza, **a mi entender, la confusión entre los institutos del ne bis in idem y la autoridad de la cosa juzgada**”³⁰ dice asimismo “La **vigencia del ne bis in idem puede hacerse mediante el medio técnico de defensa, como es la excepción de cosa juzgada.**” “El principio del *ne bis in idem* se conecta con el Derecho a la pronta definición y conclusión del proceso y también con la prohibición de la reforma *in peius*.” Finalmente “El aforismo **ne bis in idem nace como una regla de lógica discursiva, que debe trasladarse al ámbito jurídico como instrumento de solución a la constante tensión entre seguridad formal y la justicia material.**” En otra parte, refiriéndose a la **“NATURALEZA JURIDICA DEL NE BIS IN IDEM.** Existen varias posturas con relación a la naturaleza jurídica del principio de la prohibición de la múltiple persecución penal.” Finalmente señala que “El **ne bis in idem en sentido material (cosa juzgada).** Desde este punto de vista **tiene un alcance mas restringido la regla de estudio,** pues indica como hemos visto que **“nadie puede ser penado varias veces por el mismo hecho” o “nadie puede aplicársele una sanción penal por un hecho punible ya juzgado”** siendo la consecuencia más importante impedir que se revise a través de los recursos impugnativos, una sentencia ya sea condenatoria o absolutoria.

III.2.c).- Los que consideran que la cosa juzgada está expresamente regulada en la Constitución y no lo está el *ne bis in idem*, pero si lo está como un derecho implícito³¹.

²⁹ James Reategui. Pág. 24

³⁰ James Reategui. Pág. 14

³¹ El Tribunal Constitucional ha establecido que, en muchos derechos desarrollados en términos generales por la Constitución, se hallan implícitos otros que son especies de aquellos y que, por tanto, deben merecer reconocimiento constitucional. Según nuestro criterio, no hay una diferenciación clara y tajante entre estos derechos implícitos y los derechos innominados (...) el Tribunal ha utilizado ambas expresiones y, en el futuro, explicará la diferencia o sintetizará ambos en uno. (...) equivalente a la regla de la existencia de los derechos innominados o no, la existencia de los derechos implícitos es un instrumento importante de incorporación de especies de derechos a la Constitución. Indudablemente aunque el Tribunal no lo haya dicho de manera expresa – hasta donde sabemos- los derechos implícitos también se fundan en la autorización de incorporación de derechos que establece el artículo 3 de la Carta. Marcial Rubio. Pág. 93 y 101. En relación a este derecho, el Tribunal tiene declarado que, si bien el *ne bis in idem* no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, sin embargo, al desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2) del artículo 139º de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma

Ricardo León Pastor señala que “Si bien **la cosa juzgada está expresamente regulada en la carta constitucional, no lo está el principio ne bis in idem** (no perseguir dos veces por el mismo fundamento)”.³² En otra parte “El procedimiento analógico empleado por el TC le lleva a afirmar que el **Ne bis in idem procesal es un derecho implícito derivado del derecho a la cosa juzgada**. En realidad, lo que el TC hace es leer la Constitución no como un número cerrado de derecho que se agota en la propia letra constitucional, sino como un campo conceptual en el que **la cosa juzgada puede alcanzar diversas situaciones procesales positivizadas o no en la Carta**, que comparten una racionalidad común: poner definitivamente fin a la persecución penal.”³³

Marcial Rubio Correa³⁴ comentando la sentencia del 14.04.03 expediente 0729-2003-HC-TC: “**El principio non bis in idem no consta expresamente en la Constitución, aunque sí en las normas procesales con rango de ley**. Sin embargo, el Tribunal Constitucional lo considera implícito en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución.” Comentando la sentencia exp. 2050-2002-AA-TC “La primera dimensión que el Tribunal Constitucional da **al principio non bis in idem es material, es decir, de fondo. Consiste, desde este aspecto, en que no se puede recibir dos sanciones por la misma infracción**. Para que ello ocurra, tiene que haber “identidad de sujeto, hecho y fundamento”. En la parte final de la cita, el Tribunal añade que debe existir “la lesión de un mismo interés protegido” como una especificación de estos requisitos. (...) un segundo aspecto del principio *non bis in idem* que se ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional es el de naturaleza procesal. Sobre él ha tenido marchas y contramarchas.”³⁵

parte de un derecho expreso. Sentencia del Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional. Exp. 4587-2004-AA/TC del 29.11.05

³² Ricardo León Pastor. Caso ne bis in idem. Nadie puede ser perseguido dos veces por el mismo fundamento. Palestra del Tribunal Constitucional. Palestra Editores. Lima 2006. Pág. 489.

³³ Ricardo León Pastor Pág. 494.

³⁴ MARCIAL RUBIO CORREA. La interpelación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Pucp. Fondo Editorial 20025. Lima Pág. 353 y sgtes.

³⁵ Marcial Rubio ha resumido brevemente de esta manera esas marchas y contramarchas del TC “Un segundo aspecto del principio non bis in idem que se ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional es el de naturaleza procesal. Ha tenido marchas y contramarchas que es preciso reseñar. Durante el año 2002 pueden encontrarse sentencias del Tribunal Constitucional que establecen el sometimiento de la decisión administrativa a la decisión penal sobre un determinado asunto. (se refiere a la sentencia del exp. 0970-01-AA-TC del 21.08.02) (...) En este caso, es claro que el criterio del Tribunal consistió en que la suerte de la sanción administrativa sigue a la suerte de la sanción penal. (...) pero el 3 de diciembre de 2002 cambio de criterio (Sentencia Exp. 1673-2002-AA.TC del 3.12.02) en este caso, el Tribunal reconoció (...) que el

III.2.d).- Los que consideran que la cosa juzgada está expresamente regulada en la Constitución y lo mismo *ne bis in idem* procesal, así como que la cosa juzgada material se apoya en el *ne bis in idem*.

Cesar San Martín expresa “**La cosa juzgada material se apoya en el principio *ne bis in idem* (...) el *ne bis in idem* como exigencia de la libertad del individuo lo que impide es que unos mismos hechos sean enjuiciados repetidamente, siendo indiferente que éstos puedan ser contemplados desde distintos ángulos penales, forma y técnicamente distintos**”³⁶ También expresa que “**Ne bis in idem procesal (...) desde su perspectiva sustancial (...) cuyo reconocimiento constitucional de modo específico se encuentra en el art. 139º. 13 de la ley fundamental, se expresa en dos exigencias. La primera exigencia consiste en que no es posible aplicar una doble sanción siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, (...) La segunda exigencia se aplica en el concurso aparente de leyes, en cuya virtud se impide que por un mismo contenido de injusto puedan imponerse dos penas criminales (...) Desde la perspectiva procesal, el *ne bis in idem* es un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito y su fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo. (...) El imputado no puede ser sometido a un doble riesgo real.**”³⁷ Comentando una sentencia del Tribunal Constitucional³⁸ señala: “primero integra **el non bis in idem** – tal como así lo rotula – dentro del derecho al debido proceso

procedimiento administrativo y el proceso penal son distintos por naturaleza y origen y que, por tanto hay independencia entre uno y otro (...) la sanción administrativa es sancionar una conducta funcional, mientras que la finalidad del proceso jurisdiccional es sancionar una conducta penal. En los términos de los requisitos expresados por el tribunal, habrá que decir que hay identidad de sujeto y de hecho, pero no de fundamento. El 16 de abril de 2003 hay, sin embargo, una sentencia que regresa a la primera interpretación (se refiere a la sentencia Exp. 1673-2002-AA-TC del 3.012.03) (...) De esta sentencia queda claramente establecida una parte de la regla procesal del principio non bis in idem: la de que significa la imposibilidad de ser juzgado dos veces por los mismos hechos. (...) pocos meses después el Tribunal Constitucional vuelve a hacer oscilar el péndulo y establece nuevamente la independencia del procedimiento administrativo en relación con la jurisdiccional (se refiere a la sentencia 1556-2003 .AA-TC del 16.07.03). (...) en definitiva parece que el Tribunal Constitucional considera como prevaleciente el criterio de la independencia de la sanción administrativa de la jurisdiccional por la diferente finalidad de una y otra. No ha sido muy clara la expresión jurisprudencial, pero es lo mas consistente que puede citarse.” Marcial Rubio. 352 – 362.

³⁶ Cesar San Martín pag. 744 y 745

³⁷ Cesar San Martín Pag. 104. 105.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 109-98HC-TC del 2 de julio de 1998 fundamento 7.

del artículo 139° 3 de la Constitución, sosteniendo que significa que el imputado absuelto por una resolución firme no puede ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos, reconoce la dimensión de la garantía del *ne bis in idem* y segundo, señala que la res iudicata o cosa juzgada está reconocida en el art. 139. 13 de la Constitución, (...)³⁹

James Reategui⁴⁰ señala que “La cosa juzgada material se apoya en el principio del *ne bis in idem*. Como es sabido, el origen del principio del *ne bis in idem* fue una derivación de la cosa juzgada en sus vertientes: positivo (lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica) y negativo (imposibilidad de que se produzca un planteamiento sobre el tema). Actualmente lo que se percibe en el *ne bis in idem* es un proceso de extensión continua: de su versión netamente procesal ha pasado a presentar un componente sustancial – imposibilidad de sancionar dos veces un mismo hecho – y de su ámbito preferente de aplicación, que ha sido tradicionalmente el de infracción/sanción jurídico-penal, y que ha pasado a ser de aplicación en toda rama jurídica en la que exista potestad sancionatoria. A mi entender, el respeto por el *ne bis in idem* material debe adquirir plena vigencia aún en los casos de doble afectación de bienes jurídicos: “penal y administrativo”; en ese sentido, la identidad de fundamento no debe interpretarse como lo ha interpretado erróneamente el Tribunal Constitucional⁴¹ en la identidad de bienes jurídicos.⁴² Señala que “El poliédrico aforismo latino *non bis in idem* o *ne bis in idem*, traducible literalmente como “no dos veces en lo mismo” se entiende generalmente como la interdicción de la doble sanción sobre la triada de identidades de sujeto, hecho y fundamento.”

III.2.f).- El principio de *ne bis in idem* es más amplio que la cosa juzgada

Para Carlos Coria⁴³ Las normas legales y la jurisprudencia nos brindaran importantes aportes, como cuando “la Ley 27444 reconoció el *ne bis in idem* material en un momento en el que el TC aún no había desarrollado su alcances y recién lo hiciera en la sentencia de 16 de abril de 2003. El *ne bis in idem* procesal, fue introducido (...) por el Código Procesal Penal de 2004 (CPP2004), promulgado mediante el Decreto Legislativo 957, el art. III del Título preliminar”⁴⁴. Coria ha destacado la estrecha “relación entre el *ne bis in idem* material y la garantía de la cosa juzgada prevista en el art. 139 inciso 13 de la Constitución y en el art. 90 del Código Penal, pero la cosa juzgada no agota los alcances del principio de *ne bis in idem* el cual se extiende incluso a las sanciones administrativas,

³⁹ Cesar San Martín. Pág. 745

⁴⁰ James Reategui. Pág. 38, 39.

⁴¹ El autor se refiere al la sentencia Exp. 2050-2002-AA/TC

⁴² James Reategui. Pág. 39

⁴³ Dino Carlos Caro Coria. El Principio de Ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La jurisprudencia y doctrina Penal Constitucional. Palestra. Mayo del 2006. Pág. 310.

⁴⁴ Dino Carlos Caro Coria. Pág. 310.

aunque no exista una sentencia judicial firme.” Asimismo, señala que “el primer reconocimiento general del principio de *ne bis in idem* material se aprecia desde el año 2001 en el art. 230 numeral 10 de la Ley 27444, Ley de Procedimientos Administrativo General.”

El *ne bis in idem* material y procesal ha tenido un desarrollo interesante, pero a su vez la cosa juzgada material y procesal ha tenido lo suyo. Entonces llega a un momento en que ambas instituciones pueden fusionarse o pueden perder identidad, o pueden mutuamente retroalimentarse. Eso no debe llevarnos a preocupación por cuanto no estamos para mantener la exquisitez de la institución, sino cuánto de ello servirá para hacer del derecho penal un medio que no genere abuso y excesos y cuanto de ello permitirá un derecho penal más justo y humano. Por ello Roxin señala “El estado de derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal, sino del derecho penal”.⁴⁵

III.2.g). Las normas legales vinculadas al ne bis in idem

Resumen de las normas que tienen vinculación.

- El artículo 139 de la Constitución señala “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: **2.** La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. **3.** La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. **13.** La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.”
- El Artículo 90 del Código Penal establece que la “Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente.”
- El artículo 230 numeral 10 de la Ley 27444, Ley de Procedimientos Administrativo General según la cual “La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales (...) 10. *No bis in idem*. “No se podrá imponer sucesivas 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.”

⁴⁵ Claus Roxin. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid 1997. Pág. 13. Transcrito en James Reategui. Pág. 35.

- El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 establece que “nadie podrá ser procesado ni sancionado más de una vez por un mismo hecho siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas”.

IV. CONCEPTO DE LA SENTENCIA FIRME Y DE LA PERSECUCIÓN MÚLTIPLE A LA LUZ DEL SISTEMA IBERAMERICANO

IV. a).- Las resoluciones que están cubiertas por el ne bis in idem y generan cosa juzgada va en aumento, de acuerdo a criterios más tuitivos a favor del ser humano.

Como ya hemos observado las resoluciones que gozan de la garantía del *ne bis in idem* no son las que provienen del proceso judicial penal, sino también tienen vinculación las resoluciones administrativas. Sin embargo, las que están vinculadas al proceso penal abarcan no solo las sentencias judiciales sino todo tipo de resoluciones con determinadas características que dan por clausurada una persecución penal.

Podemos afirmar con James Reategui que “normalmente tienen la categoría de resolución definitiva las sentencias inimpugnables, pero también pueden adquirir dicha calidad ciertos autos que resulten y que decidan la extinción irreversible del proceso como por ejemplo, un auto que declara fundada una excepción de naturaleza de acción, una excepción de prescripción de la acción penal, una excepción de cosa juzgada o una excepción de amnistía o un auto de sobreseimiento definitivo.⁴⁶ Además San Martín⁴⁷ señala que los autos que desestiman denuncias por razones vinculadas a impedimentos procesales provocan los efectos de la cosa juzgada cuando declaran sobre la relevancia del hecho para el derecho penal o sobre la presencia de impedimentos procesales que no son susceptibles de remoción. Igualmente, Cesar Azabache,⁴⁸ agrega también los autos que ordenan el corte de un procedimiento por minoría de edad, por amnistía, por incompetencia, por falta de relevancia penal del hecho (discutida en una excepción de naturaleza de acción), por aprobación del desistimiento de denuncia fiscal o por aprobación de un convenio de colaboración eficaz. De esta manera pueden ir incrementándose los autos protegidos por el *ne bis in idem*.

Puede apreciarse que las resoluciones que gozan de la garantía del *ne bis in idem* están sujetas a una cláusula abierta, es decir que podrá seguir en incremento a medida que requiera el derecho penal, desde una mirada constitucional y de jurisdicción internacional.

IV. b). Se amplíaan los conceptos de las resoluciones favorecidas por el ne bis in idem para no someter al ser humano a una carga excesiva.

⁴⁶ James Reategui Sánchez. Pág. 41

⁴⁷ San Martín Castro. Pág. 46.

⁴⁸ Cesar Azabache. Pag. 47.

Estos conceptos son más amplios a la hora de recurrir al sistema interamericano. León Pastor amplía este concepto de protección del *ne bis in idem* "**Luego se pasa a realizar una interpretación de las resoluciones que gozan de autoridad de cosa juzgada con el auxilio de la interpretación que de la expresión "sentencia firme"** ha hecho el sistema interamericano de protección de los derechos humanos." ⁴⁹

El artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que el "inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los **mismos hechos**."

El artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que: "7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado **por un delito** por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país."

Con relación a estos dos convenios, es oportuno señalar que la fórmula utilizada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – mismo delito – es restrictiva en comparación con el término que utiliza la Convención Americana – mismos hechos- que es un término más amplio en beneficio de la víctima. **Esta diferencia, es realmente de suma importancia** para la aplicación del principio aludido, **pues no se necesita recurrir al análisis restringido** de si es el mismo delito (elemento de tipicidad) **sino a los hechos que generaron la persecución estatal (elemento material)**.⁵⁰ El TC en la sentencia 2050-2002-AA/TC señala "Este Colegiado ha precisado que la dimensión procesal del principio *ne bis in idem*, en virtud de la cual se garantiza 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 que se inicien dos procesos con el mismo objeto, impidiéndose así la dualidad de procedimientos y el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos."⁵¹

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

⁴⁹ Ricardo León Pastor. Caso *Ne bis In idem*: Nadie puede ser perseguido dos veces por el mismo fundamento. Palestra del tribunal Constitucional. Palestra Editores. Lima 2006.

⁵⁰ Anderson Vela Guerrero. Pág. 10.

⁵¹ Sentencia N.º 2050-2002-AA/TC fundamentos 18 y 19 señala ya: "Este Colegiado ha precisado que la dimensión procesal del principio *ne bis in idem*, en virtud de la cual se garantiza 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 que se inicien dos procesos con el mismo objeto, impidiéndose así la dualidad de procedimientos y el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos.

misma conducta, mediante la jurisdicción común". Similar criterio tiene James Reategui.⁵²

Es bastante importante el concepto de sentencia firme que se ha venido desarrollando, en atención especial del artículo 8.4 de la Convención Americana, que le dota a una resolución de su carácter de irreversibilidad.

IV. c).- Dos resoluciones del sistema interamericano que cambian los conceptos restringidos de proceso penal (ligando a persecución penal) y sentencia firme.

En forma precursora la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han abierto otros conceptos interesantes.

En 1995 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo: "(...) la expresión "sentencia firme" en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, "sentencia" debe interpretarse como **todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional** y "sentencia firme" como aquella **expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad** propias de la cosa juzgada"⁵³.

En 1997, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió la absolución proveniente de una resolución judicial no en típico caso que se conoce en la jurisdicción interna: "(...) en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, **no sólo en razón del sentido técnico de la palabra "absolución"**, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, **conoció de los hechos**, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla."⁵⁴

Entonces este criterio se ha ido ampliando al criterio que una persona no puede

⁵² Para James Reategui, resulta trascendental por ello, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el caso "Loayza Tamayo" que estableció que si la justicia militar al dictar una sentencia se pronuncia sobre los hechos objeto de la acusación, valorando los elementos probatorios del comportamiento atribuido, no es posible que esos mismos hechos, bajo otra perspectiva jurídica de conocimiento por la justicia ordinaria. Este fallo constituye en buena cuenta la consagración jurídica del *ne bis in idem* procesal, que proscribía no la doble sanción sino, propiamente, el doble enjuiciamiento, la posibilidad de que a un individuo se le sometiera a un doble riesgo procesal. James Reategui Sánchez. La Garantía del Ne Bis In Idem en el Ordenamiento Jurídico Penal. Jurista Editores EIRL Primera edición noviembre del 2006. PAG. 51.

⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 1/95 (Caso 11.006, Alan García Pérez c/ Perú

⁵⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo, Sentencia del 17 de septiembre de 1997.

ser expuesta en forma reiterada ante el derecho penal y que los conceptos, de sentencia firme y absolución, no solo podrán ser entendidos como lo expresa la Constitución y el Código Penal, sino que es necesario compatibilizarlo con la normativa internacional y las recomendaciones y sentencias que expidan la Comisión y la Corte.

IV. d).- Sobre el término de proceso penal cómo debe entenderse, para cubrir las resoluciones penales con el ne bis in idem

Ya lo ha dicho claramente Maier: “La regla genérica que gobierna el principio prescinde, en principio, de toda valoración jurídica del hecho. **Se trata de impedir que la imputación concreta**, como atribución de un comportamiento determinado históricamente, **se repita, cualquiera que sea el significado jurídico que se le ha otorgado, en una y otra ocasión, el nomen iuris empleado para calificar la imputación o designar el hecho.**”⁵⁵

Resulta razonable entonces que se brinde al Estado una sola oportunidad para hacer efectiva la aplicación de la ley penal. Una sola vez podrá realizar ese proceso y si no logra consolidar la acusación no podrá volver a hacerlo en el futuro. La regla del *ne bis in idem* se ha debido fundamentalmente a la enorme influencia que ha tenido – y tiene- la vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno. Es un principio de iniciación jurisprudencial y doctrinal, y actualmente consagrado en el derecho positivo.⁵⁶

e).- Llegar a la conclusión que el Auto de no Ha Lugar a la Apertura de Instrucción goza del principio del ne bis in idem, NO debe sustentarse ÚNICAMENTE por el principio de la cosa juzgada

Desde la interpretación sistemática y estricta de la ley, dicha resolución judicial no puede ser equiparada a la resolución jurisdiccional que luego del trámite correspondiente culmina con la expedición de una sentencia; resulta difícil admitir la cosa juzgada respecto de una resolución (auto) que precisamente no da inicio al proceso penal. Por otro lado bajo, una interpretación amplia de las normas procesales, se argumenta que dicha resolución sí genera la calidad de cosa juzgada, pues la autoridad jurisdiccional emite un juicio valorativo sobre el fondo del asunto que se evidencia en una decisión de no instruir por un hecho que no constituye delito, máxime si la misma ha sido objeto de confirmación por el superior. En tal virtud Castañeda Otsu⁵⁷ sostiene que el pronunciamiento del

⁵⁵ Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos”, Editores del Puerto, 2da. edición, Buenos Aires, 2002, Págs. 606 y 607.

⁵⁶ James Reategui Sánchez. Pág. 15

⁵⁷ Castañeda Otsu, Susana Inés. Análisis del artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política. En Problemas actuales de derecho Penal y procesal penal (lecturas y casos seleccionados – materiales de enseñanza) Maestría en Derecho Penal PUCP. Lima 2005, pag. 103)

Tribunal Constitucional antes citada **debe ser replanteado no en relación a la cosa juzgada, sino en relación al ne bis in idem procesal**, considerando que si no existe prueba nueva que permita reabrir la investigación preliminar por el titular de la acción penal, no debería volver a investigarse sobre los mismos hechos.⁵⁸

V.- POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CAMBIO DE CRITERIO

V.a).- Criterio que mantuvo el Tribunal durante mucho tiempo, que impedía la protección de las Resoluciones de No Ha Lugar a la Apertura de Instrucción.

El Tribunal Constitucional ha tenido una postura que lo ha mantenido permanentemente sobre la aplicación del *ne bis in idem* a las resoluciones de no haber lugar a la apertura de instrucción:

Para el TC "(...) el principio *ne bis in idem*, no incluye las resoluciones que declaran que hay falta de pruebas para condenar a un acusado, sino que protege que una persona que ya ha tenido una sanción, o ha sido absuelto de un delito, no vuelva a ser perseguido por el mismo supuesto (...) **por lo visto en autos, no existe un presupuesto de cosa juzgada en las decisiones tomadas en las resoluciones que declaran no ha lugar los apertura de instrucción**, sino simplemente hay una decisión por la que no se puede presumir la inexistencia de culpabilidad, **sino solamente la inexistencia de argumentos suficientes para abrir la investigación en dicho estado del proceso. (...)**⁵⁹

En otra sentencia el TC señala que el principio del **non bis in idem** "Se trata de un contenido del derecho al "debido proceso penal", **garantizado** en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual **el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (...)** la **resolución judicial que declaró "no haber lugar a la apertura de instrucción" no tiene la calidad de una sentencia**, esto es, un acto jurisdiccional en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un ilícito penal al recurrente, **sino la de un simple auto dictado sin mediar investigación judicial ni la realización de un contradictorio previo.**⁶⁰

Al respecto, Sánchez Velarde, criticando estos argumentos del TC señala: "La seguridad jurídica como garantía del estado de derecho, impide que la jurisdicción pueda revisar una y otra vez si la ley penal proscribiera o no el hecho. **En ese contexto son irrelevantes los argumentos del TC de ausencia de una investigación judicial, etapa probatoria o contradictoria, pues la satisfacción de estas condiciones no hará variar el juicio de valor sobre el sentido de la**

⁵⁸ James Reategui Sánchez. Pág. 48 y 49.

⁵⁹ la sentencia En la misma perspectiva la STC del 11 de mayo de 2005 exp. N°. 2297-2005-PA/TC, numeral 4:

⁶⁰ sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 1077-2002-HC/TC caso Juan Manuel García Quiroga, numeral 7

imputación en el Derecho Penal(...) dicha resolución sí genera la calidad de cosa juzgada pues la autoridad jurisdiccional emite un juicio valorativo sobre el fondo del asunto que se evidencia en la decisión de no abrir instrucción por un hecho que no constituye delito, máxime si la misma ha sido objeto de confirmación por la instancia superior, lo que equivale el sometimiento a un nuevo juicio valorativo”⁶¹

Esta corriente de opinión se ha mantenido durante muchos años, lo que le lleva a decir a León Pastor que “en la página web del TC (www.tc.gob.pe) aparecen 36 antecedentes al caso Guzmán”⁶². Se refiere que se ha contabilizado 36 resoluciones del TC desde el 2002 al 2006 en donde se deniega el ne bis in idem a las Resoluciones de No ha Lugar a la apertura de Instrucción.

En los 3 casos que referimos a reglones seguidos, donde el Tribunal Constitucional ha tenido una reiterada posición, esta referida a 3 personas, que han sido denunciados por el gerente de la Compañía General Electric a favor de tres ejecutivos de la misma, que fueron implicados en una investigación judicial penal con mandato de detención, por hechos que habían sido denunciados años antes ante otro Juez Penal, quien decidió no abrir instrucción, decisión que fue ratificada por una Sala Penal de Apelaciones.

V. b). Cambio de criterio del Tribunal que hace que los Autos de No Ha Lugar a la Apertura de Instrucción se encuentren con cobertura del ne bis in idem

En estas tres sentencias se dará un cambio importante para entender más claramente el ne bis in idem procesal:

V. b. 1).- Todas las resoluciones penales (sentencias y autos) gozan del ne bis in idem, pese a que la normatividad nacional e internacional se refieren a sentencias:

En la Sentencia del TC expediente 8123-2005, fundamento 19, del 14 de noviembre del 2005 se establece que “la determinación de si una resolución que no constituye una sentencia definitiva (pero que ha puesto fin al proceso penal) se encuentra también garantizada por este derecho, a la luz de dichas disposiciones de derechos fundamentales, debe absolverse por este Tribunal en sentido afirmativo (...) se ha comprendido también a los autos que ponen fin al proceso (al referirse, por ejemplo, a las resoluciones que importen el sobreseimiento definitivo de una causa), **sino también porque ese es el sentido interpretativo que se ha brindado a una disposición aparentemente más limitativa de su ámbito de protección**, como puede ser el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por los órganos de protección de los derechos humanos en nuestra región.”

V. b. 2). Todos los autos y sentencias que se producen como consecuencia del proceso penal, entendido este termino de proceso en su sentido más amplio, que trata de un mecanismo para la persecución penal y dentro de ellos califican

⁶¹ Pablo Sánchez Velarde. Manual de Derecho Procesal Penal. Pág. 503.

⁶² Ricardo León Pastor. Pág. 493.

también el Auto de No Ha Lugar a la Apertura de Instrucción por cuanto participan tanto el Fiscal como el Juez Penal.

En la Sentencia del TC expediente 8453-2005 PHC/TC, fundamento 25 y 26 del 16 de mayo del 2006 señalan que “el contenido esencial constitucionalmente protegido del *ne bis in ídem* debe identificarse en función de sus dos dimensiones (formal y material) (...) 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. (...) **Lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento**, simultáneo o sucesivo por la misma realidad histórica atribuida. Lo inadmisibles, pues, tanto la repetición del proceso como una doble condena o el riesgo de afrontarla, lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer *su ius puniendi* debe tener una sola oportunidad de persecución.

V. b 3).- La Triple identidad de Personas, objeto y causa de persecución, serán elementos a tener en cuenta para incorporar a una resolución dentro de la protección del *ne bis in ídem*.

En la sentencia del TC expediente 4989-2006-PHC/TC, fundamento 41 y 42 del 11 de diciembre del 2006, respecto de la persecución múltiple “requiere la conjunción de tres identidades distintas: identidad de la persona perseguida (*eadem persona*), identidad del objeto de persecución (*eadem res*) e identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*). (...)”

- a) En cuanto al primer elemento de la *identidad de las personas perseguidas*⁶³ penalmente (identidad subjetiva) en varios procesos, se aprecia que se trata de los mismos imputados (...) los beneficiarios (...) aparecen comprendidos en diversas denuncias promovidas por el denunciante (...) las mismas que fueron materia de distintas resoluciones fiscales y judiciales de clausura de la persecución penal, no obstante lo cual resulta finalmente instruido por el delito de estafa (...).
- b) Este Tribunal considera que el elemento denominado *identidad del objeto*⁶⁴ de *persecución* (identidad objetiva) también se cumple en el presente caso, pues del examen de autos, se advierte que la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima decidió abrir instrucción a los beneficiarios por el delito de estafa, sobre la base de los mismos hechos cuya delictuosidad fue oportunamente desvirtuada por diversas instancias de persecución penal nacional. Esto es, en todos los casos existió una identidad fáctica (si bien distintas calificaciones jurídicas), un mismo comportamiento atribuido a los beneficiarios, que nos indica que la imputación ha sido idéntica tanto en las persecuciones anteriormente archivadas (...) como en el auto de apertura de instrucción dictado por el emplazado de la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima , lo que demuestra que en el presente

⁶³ El eadem persona es la proyección subjetiva de la garantía y la que menos problema suscita. Esta identidad se proyecta en la siguiente frase: *exceptio rei iudicatae obstat quotiens eadem quastio Inter. Eadem personas revocatur* (la excepción de la cosa juzgada se opone cuantas veces la misma cuestión se plantea de nuevo entre las mismas personas).

La identidad de la persona, ha precisado la Corte Suprema peruana, se refiere solo a los procesados y no a la parte acusadora. La condición de imputado es la base sobre la cual se erige todas las demás garantías individuales en el proceso penal, sin importar la calidad del sujeto (por ej. Si es funcionario o servidor publico, órgano administrador, et) por otra parte, la Ejecutoria Suprema emitida en el expediente 134-98 de fecha 13 de abril 1998, mencionada que la cosa juzgada entre sus elementos , debe tener “a) identidad de sujeto, mas no de sujetos, es decir que en este elemento sol se habla del procesado mas no de agraviado...”El problema se simplifica, pues como ya sabemos, en la relación procesal penal no hay otras partes mas que el Ministerio Publico y el imputado, y cuando se habla de identidad subjetiva solo se esta refiriendo a la persona del procesado, y que la parte acusadora es estrictamente procesal, carente en absoluto de toda relación con el hecho punible y solo excepcionalmente por su carácter contingente, la parte acusadora puede ser procesal y material al mismo tiempo. James Reategui Sánchez. Pág. 61 - 64

⁶⁴ El *eadem res* es la proyección objetiva de la identidad o correspondencia y la que más problemática presenta para el estudio del *ne bis in idem*. La segunda persecución debe referirse al mismo hecho que motivo a la primera: in idem, dice la formula latina: esto es, sobre lo mismo. En el artículo 90 del Código Penal peruano prescribe que la segunda persecución penal debe tratarse de un mismo “hecho punible”. James Reategui Sánchez. Pag. 61 - 64

caso ha habido una indebida doble valoración de los presupuestos que configurarían la conducta ilícita atribuida a los beneficiarios.

- c) Por último, la identidad *de la causa de persecución*⁶⁵ es un presupuesto que resulta también verificado en el presente caso, por cuanto **el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por los beneficiarios están referidos en su totalidad a bienes jurídicos patrimoniales**, como así se aprecia de los delitos (estafa, apropiación ilícita, fraude en la administración de las personas jurídicas) que fueron materia de las denuncias de parte, y de las resoluciones de archivo dictadas tanto en sede fiscal como judicial.

V.b.4. Cambio de rumbo el Tribunal Constitucional *pro domine*

Ricardo León Pastor⁶⁶ después de las sentencias expedidas por el TC que ya han sido mencionadas en el punto V.b. 1, V.b.2 y HB.3, expresa con toda contundencia:

De ahora en adelante, las personas a las que la fiscalía peruana denuncie, la denuncia sea apreciadas por el juez penal como no calificable bajo reglas de derecho penal y esta decisión confirmada por una sala penal, no podrán ser mas perseguidas por el mismo hecho y por la misma causa.

Continúa León Pastor señalando que:

Ahora tenemos un panorama en el cual el TC reescribe la Constitución. Lo hace no excediendo los propios poderes que la propia Carta Constitucional y su ley orgánica le confieren, sino interpretando el sentido de la protección de los derechos constitucionales a partir de conceptos y razones bien establecidos.

Finalmente señala:

El procedimiento analógico empleado por el TC le lleva a afirmar que el *ne bis in idem* procesal es un derecho constitucional implícito derivado del derecho a la cosa juzgada. En realidad, lo que el TC hace es leer la Constitución no como un numero cerrado de derechos que se agota en la propia letra constitucional, sino como un campo conceptual en el que la

⁶⁵ En contenido material del *ne bis in idem* implica la interdicción de la sanción múltiple, por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. Ese contenido material del *ne bis in idem* tiene un complemento procesal que, en su sentido mas tradicional, implica la imposibilidad de iniciar un proceso penal basado en la imputación de un injusto respecto del cual, en un proceso anterior existe cosa juzgada. En un plano preventivo el *ne bis in idem* procesal proscribire desde ya, existe o no cosa juzgada la persecución sancionatoria múltiple por un mismo contenido del injusto, sin importar si los procesos penales se desarrollan dentro del mismo sector dl ordenamiento jurídico o en dos o mas de ellos. James Reategui Sánchez. Pág. 61 - 64

⁶⁶ Ricardo León Pastor. Pág. 493 y 494.

cosa juzgada puede alcanzar diversas situaciones procesales positivizadas o no en el Carta, que comparten una racionalidad común: poner definitivamente fin a la persecución penal.

VI. CONCLUSION

PRIMERA: El ne bis in idem es una institución que atraviesa toda la gama del derecho, trasciende el derecho penal e incluso algunos proponen convertirlo en un principio general del derecho. Enclaustrarlo en los barrotes únicamente del proceso judicial (sólo en sentido estricto), es limitado, más aún cuando este principio reverdece, ante un derecho penal que es muy arbitrario y sin encontrar aún el rumbo de la reparación de la sociedad (como meta más importante) antes que contribuir a atizar el conflicto social.

SEGUNDO: La Cosa Juzgada constituye una consecuencia estructural del carácter definitivo de la resolución. En cambio el ne bis in idem tiene como fundamento las exigencias particulares de libertad y seguridad (tanto jurídica cuanto material) del individuo, por el cual una persona puede ser sometida dos veces a un proceso.

TERCERO: El proceso penal, dentro de una concepción más amplia, debemos entender como todo acto típicamente jurisdiccional realizado por el Fiscal y el Juez Penal. Entonces, el Auto de No Ha Lugar a la Apertura de Instrucción que ha sido confirmado por el Superior, es un acto jurisdiccional por cuanto lo emiten el Fiscal y Juez que tienen mandato de la Constitución y la Ley para resolver todo tipo de conflictos.

CUARTO: La persecución reiterada de un hecho puede causar perjuicios a las personas humanas, más aún cuando el estado está dotado de instituciones, personal, personal especializado (Jueces, Fiscales, Policías), logística para perseguir un delito. Sólo una vez puede ejercer la persecución, con lo cual se clausura la legitimidad del Estado para continuar persiguiendo a la persona, por los mismos hechos, causa y fundamentos.

QUINTO: La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han posibilitado una nueva comprensión, sobre el término de “sentencia firme” que ha sido recogida adecuadamente por el Tribunal Constitucional, así como los conceptos de “absolución” en sus sentidos amplios y no restringidos.

SEXTO: Para que tenga cobertura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es necesario que el Auto que desestima la denuncia fiscal, deba ser confirmado por la Sala Superior. Considero que sigue siendo una exigencia innecesaria, por cuanto ya existe un acto “jurisdiccional” del Fiscal y el Juez; y si el Fiscal no ejerce su facultad, renuncia a su función persecutoria.

SÉPTIMO: El ne bis in idem protege, no volver a ser perseguido por los mismos hechos (por el mismo comportamiento) al margen que pueda tener distintas calificaciones jurídicas.