

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

**ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**



TESIS

**DE LA TEORIA DEL BIEN JURÍDICO A LA TEORÍA DEL
NORMATIVISMO: “NE BIS IN IDEM” COMO GARANTÍA DE LA
PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN PENAL Y DISCIPLINARIA**

PRESENTADA POR:

JUAN CARLOS HUANCA MAMANI

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO PÚBLICO

PUNO, PERÚ

2019

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO

TESIS



DE LA TEORIA DEL BIEN JURÍDICO A LA TEORÍA DEL
NORMATIVISMO: “NE BIS IN IDEM” COMO GARANTÍA DE LA
PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN PENAL Y DISCIPLINARIA

PRESENTADA POR:

JUAN CARLOS HUANCA MAMANI

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO PÚBLICO

APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

PRESIDENTE

.....
Dr. SERGIO VALERIO SERRUTO BARRIGA

PRIMER MIEMBRO

.....
Dr. BORIS GILMAR ESPEZUA SALMON

SEGUNDO MIEMBRO

.....
Dra. DIANA MILAGROS DUEÑAS ROQUE

ASESOR DE TESIS

.....
M. Sc. WILDER IGNACIO VELAZCO

Puno, 17 de octubre de 2019

ÁREA: Derecho Público.

TEMA: Proporcionalidad de la sanción penal y disciplinaria.

LINEA: Derecho Sancionador.

DEDICATORIA

A mi familia, mamá Buenaventura, papá Valentín, mis hermanos Marino, Orlando y Jesús Napoleón, cónyuge Lusi, hijo Carlos Enrique, hija Andrea Oderay, todos en conjunto son el impulso de mi crecimiento.

AGRADECIMIENTOS

- Esta tesis es el resultado de mi experiencia como servidor en la Administración Pública y en el Ministerio Público, así como de una investigación académica. En dichas áreas de trabajo he encontrado colegas con quienes hemos compartido temas de reflexión referente a problemas objeto de estudio, por eso agradezco a ellos por reflexiones compartidas.
- A la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, por haberme formado como abogado; y, a la Escuela de Posgrado en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.
- A mi padre Valentín y madre Buenaventura, por enseñarme que el estudio y los valores en la vida son fundamentales para nuestra superación. Mis abuelos, Rufino, Silveria, Joaquín y Josefa por transmitirme valores de la cultura aimara. A mis hermanos Marino, Orlando y Jesús Napoleón, con quienes desde temprana edad compartimos nuestros saberes; y luego, conforme a las áreas profesionales que cada uno asumimos.
- Al M.Sc. Wilder Ignacio Velazco quien con sus recomendaciones ha permitido la conclusión del presente trabajo
- A Lusi, mi cónyuge, a Carlos Enrique, Andrea Oderay mis hijos, por la paciencia de su tiempo para mi trabajo y la presente investigación

ÍNDICE GENERAL

	Pag.
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL	iii
ÍNDICE DE TABLAS	vi
ÍNDICE DE ANEXOS	vii
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	1

CAPITULO I**REVISIÓN DE LA LITERATURA**

1.1. Contexto y Marco Teórico	3
1.1.1. La unidad de la potestad sancionadora del Estado	3
1.1.2. La potestad jurisdiccional penal -ius puniendi-	4
1.1.3. La potestad disciplinaria	11
1.1.4. La potestad sancionadora administrativa	14
1.1.5. El elemento fundamento del ne bis in idem o non bis in idem en la teoría del bien jurídico y el normativismo	15
1.1.6. El non bis in idem o ne bis in idem	16
1.1.7. El elemento fundamento del ne bis in idem en la teoría del bien jurídico	21
1.1.8. El elemento fundamento del ne bis in idem en la teoría del normativismo	23
1.1.9. ¿Qué protege o cuál es el fundamento del derecho disciplinario y funcional?	30
1.1.10. ¿Cuál es el fundamento de la sanción penal en los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos contra la Administración Pública?	32
1.1.11. El principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora en un Estado Constitucional	35
1.1.12. La teoría de los principios y reglas	35
1.1.13. Principio de proporcionalidad	37
1.2. Antecedentes	42

CAPITULO II**PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

2.1. Identificación del problema	45
2.2. Definición del problema	46
2.3. La intención de investigación	47
2.4. Justificación	47
2.5. Objetivos	48
2.5.1. Objetivo general	48
2.5.2. Objetivos específicos	48

CAPITULO III METODOLOGÍA

3.1. Acceso al campo	50
3.2. Selección de informantes y situaciones observadas	51
3.3. Estrategias de recogida y registro de datos	51
3.4. Análisis de datos y categorías	52

CAPITULO IV RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. El marco normativo comparativo de las infracciones penales, disciplinarias en el Perú	54
4.1.1. Cuadro comparativo de tipos penales especiales e infracciones disciplinarias	55
4.1.2. Cuadro comparativo de tipos penales comunes e infracciones disciplinarias	57
4.1.3. Faltas disciplinarias, delitos especiales y comunes que dan lugar al delito de organización criminal	58
4.1.4. De los delitos comunes con penas agravadas por la condición de Funcionario y Servidor Público	60
4.1.5. Posición asumida	60
4.2. El elemento fundamento del “ne bis in idem” en la teoría del bien jurídico, en el normativismo de Roxin y Jakobs y la posición asumida en el Tribunal Constitucional, Justicia Penal y Administrativa	68
4.2.1. Desde la teoría del bien jurídico hasta el normativismo de Roxin y para llegar a Jakobs	68

4.3. Un examen desde el principio de proporcionalidad a las sentencias del Tribunal Constitucional	84
4.3.1. Sentencias del Tribunal Constitucional peruano en los casos de ne bis in idem	84
CONCLUSIONES	90
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	95
ANEXOS	105

ÍNDICE DE TABLAS

	Pág
1. Faltas disciplinarias y delitos especiales	55
2. Infracciones disciplinarias y delitos comunes	57
3. Infracciones disciplinarias, delitos especiales y delitos de organización criminal	59
4. Infracciones disciplinarias, delito común y organización criminal	60

ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág
1. Sentencias del Tribunal Constitucional que niegan la identidad de fundamento	106
2. Sentencias del Tribunal Constitucional que afirman la identidad de fundamento	111
3. Acuerdo Plenario que niega la identidad de fundamento	113
4. Resoluciones del Servir que niegan la identidad de fundamento	114
5. Resoluciones de la Contraloría General de la República que niegan la identidad de fundamento	115
6. Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el ne bis in idem y aplicación del principio de proporcionalidad	118
7. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre aplicación del principio de proporcionalidad en caso de ley que autoriza facultades sancionadoras funcionariales	121
8. Ficha de sistematización de faltas disciplinarias y delitos	122
9. Ficha de sistematización de la identidad de fundamento en la teoría del bien jurídico, normativismo de Roxin y Jakobs	123
10. Ficha de sistematización del examen de identidad de fundamento en las Resoluciones del Tribunal Constitucional	124
11. Proyecto de Ley	125
12. Resoluciones del Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Tribunales Administrativos, marco normativo	126

RESUMEN

La investigación tiene el objetivo de explicar el principio de proporcionalidad, cuando existe concurso de delitos y faltas disciplinarias-funcionariales, cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos en agravio de la Administración Pública, en cuanto al elemento fundamento del *ne bis in idem* en la teoría del bien jurídico y el normativismo. Se utilizó los métodos inductivo, deductivo, hermeneútico e interpretativo; y, el diseño fue no experimental. El objeto de estudio ha sido la misma dogmática, las decisiones del Tribunal Constitucional, justicia penal y administrativa. El instrumento utilizado fue la Fichas de Sistematización, la técnica es el de Análisis Documental; pues se ha contrastado, desde la dogmática, bien jurídico, normativismo y su reconocimiento en la jurisprudencia nacional. Se concluyó que, no existe una diferenciación nítida entre delitos especiales y falta disciplinaria-funcionarial. Conforme a la teoría del normativismo de Roxin y de Jakobs, no correspondería negar la aplicación del principio del *ne bis in idem*, ello garantiza el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional, la justicia penal y administrativa niegan la identidad de fundamento de delito y falta disciplinaria, pues no articulan sus decisiones a la teoría del normativismo penal, ni acuden a los sub principios de idoneidad, necesidad de la proporcionalidad. En el control de leyes de sanción disciplinaria-funcionarial, el Tribunal Constitucional es errático en el uso de la metodología del principio de proporcionalidad.

Palabras clave: Bien jurídico, delito, falta disciplinaria, *ne bis in idem*, normativismo, proporcionalidad.

ABSTRACT

Research entitled has the objective of explaining the principle of proportionality when there is a combination of offences and disciplinary offences-officials committed by civil servants and public servants against the civil service, as regards the basic element of ne bis in idem in the theories of the legal good and in normativism. The inductive, deductive, hermeneutic and interpretative method was used and the design was not experimental. The object of study has been the same dogmatic, the decisions of the constitutional court, criminal justice, administrative. The instrument used was systematization sheets, the technique is that of documentary analysis, since the theories referred to and their recognition in national jurisprudence have been contrasted from the dogmatic. It was concluded that there is no clear distinction between special offences and disciplinary-official offences. According to the theory of the normativism of Roxin and Jakobs, it would not be appropriate to deny the application of the principle of ne bis in idem, this guarantees the principle of proportionality. The Constitutional Court, criminal justice and administrative courts deny the identity of grounds for offences and disciplinary offences, since they do not articulate their decisions to the theory of criminal law, nor do they resort to the sub principles of suitability, the need for proportionality. In the control of disciplinary-official sanctions laws the Constitutional Court is erratic in the use of the methodology of the principle of proportionality.

Keywords: Disciplinary, crime, legal good, ne bis in idem, normativism, offense, proportionality.

INTRODUCCIÓN

La delimitación de lo penal y lo disciplinario es confusa, pues las construcciones de ilícitos disciplinarios y el delito penal especial de Funcionarios y Servidores Públicos es de difícil distinción, al respecto la jurisprudencia constitucional, penal y administrativa en el Perú al momento de la sanción rechaza la afectación del ne bis in idem. En el derecho penal existe la teoría del bien jurídico y el normativismo, el ascenso del último es irreversible en los delitos de función donde la imputación parte de la infracción del deber, del rol que siempre es administrativo, en tal escenario el fundamento de la sanción penal y disciplinario sería idéntico y la doble punición implica la afectación del principio de proporcionalidad. Así se planteo el siguiente PROBLEMA: ¿Cómo es la vigencia del principio de proporcionalidad cuando existe concurso de delitos y faltas disciplinarias cometidos por servidores públicos en cuanto al elemento fundamento del ne bis in idem en las teorías del bien jurídico y normativismo al imponerse sanción penal y disciplinaria?, y como OBJETIVO: Explicar, el principio de proporcionalidad cuando existe concurso de delitos y faltas disciplinarias cometidos por Servidores Públicos en cuanto al elemento fundamento del ne bis in idem en las teorías del bien jurídico y normativismo al imponerse sanción penal y disciplinaria. En tal sentido es relevante estudiar los delitos y faltas disciplinarias con intersección desde la teoría del bien jurídico y el normativismo, cual garantiza el principio de proporcionalidad, su constitucionalidad y si existe excepciones. La investigación pertenece al Área: Derecho Público, Línea: Derecho Sancionador, Tema: Proporcionalidad de la sanción penal y disciplinaria. La metodología que se utilizó es interpretativo, HERMENEÚTICO O ANALÍTICO, para el estudio de las categorías delimitadas, así como el INDUCTIVO Y DEDUCTIVO, para comparar los marcos normativos penal y administrativo, pues se parte de la revisión del marco normativo y luego se deduce en que casos existe interferencia; del mismo modo de la jurisprudencia constitucional, penal y administrativa, así como para revisar las teorías del bien jurídico y el normativismo de Roxin y Jakobs y del principio de proporcionalidad; la investigación es EXPLICATIVA, pues se profundizará el estudio si el normativismo de Roxin y Jakobs permitiría la aplicación del ne bis in idem por afectación de la identidad de fundamento en caso de delitos y faltas disciplinarias con difícil distinción cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos y que en casos se permitiría la doble punición de manera excepcional en un marco de proporcionalidad y si el mismo implica modificaciones legislativas y jurisprudenciales. El DISEÑO o ENFOQUE será de tipo CUALITATIVO, debido a que no es probabilístico y el acopio

de información no es vigesimal; y para generar una adecuada interpretación se utilizará un tipo de INVESTIGACIÓN JURÍDICO DOGMÁTICO-EMPÍRICA, en tanto que se parte de fuentes formales para articular con la realidad social. La estructura del informe esta dada de la siguiente manera, en el Capítulo I se estudiará la Revisión de la Literatura, Capítulo II el Planteamiento del Problema, Capítulo III la Metodología, y el Capítulo IV los Resultados y Discusión; cada uno de tales acápite tiene un detalle que permite explicar la problemática que se desarrolló en las siguientes páginas.

CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LITERATURA

1.1. Contexto y Marco Teórico

1.1.1. La unidad de la potestad sancionadora del Estado

Respecto a la potestad sancionadora del Estado, Polaino (2004) es un atributo que tiene el Estado, para regular la coexistencia humana. El mismo Polaino (2015) enfatiza que el único que podría ejercerlo o tener la titularidad es el Estado.

En la dogmática siempre ha sido materia de discusión si el *ius puniendi* o la potestad sancionadora del Estado, es uno solo o en todo caso existe diversidad, al respecto Nieto (2005) menciona que la potestad sancionadora del Estado presenta dos vertientes la penal y administrativo, pero el mismo autor hace mención que cada uno es diferente tiene diferentes intereses, pero tal potestad es único; por su parte Prieto (1982) ampara su planteamiento de la unidad del poder sancionador en que el Estado es uno solo, por lo que no podría existir la separación del ordenamiento punitivo, más que los principios rigen para todo el sistema punitivo, hasta incluso el bien jurídico también irradiaría a lo penal y administrativo, de modo que no existiría diferencia. Para Mir (2016) al efectuar el deslinde del derecho penal y administrativo sancionador, precisa que la diferencia solo es formal, en éste caso él órgano que impone la sanción, por lo que no existiría diferencia alguna de fondo.

La doctrina nacional Abanto (2014) el derecho administrativo sancionador es un sub conjunto de un derecho sancionador mayor, que es el penal. En la misma línea se encuentra el trabajo de investigación de revisión de sentencias del Tribunal Constitucional peruano y Poder Judicial respecto al *ne bis in idem* por Leal (2015) que tanto lo administrativo y penal son parte del poder único sancionador del Estado. La transmisión de principios y garantías con matices del penal al administrativo no implica asumir que estamos a distinta naturaleza del poder

sancionador del Estado, en tal sentido Pereira (2001) asevera es sencillo, nada complicado asumir que el poder el Estado es uno sólo.

En esta parte se puede concluir que la potestad sancionadora del Estado es única, sin embargo esta aseveración implica a mi criterio dos aspectos fundamentales, primero que nadie discute que sólo el Estado puede imponer una sanción penal y también administrativa, nadie más. Por otra parte existe un segundo punto que es la más problemática ¿sí el Estado puede imponer doble sanción sobre los mismos hechos en la vía penal y administrativa-disciplinaria?, al respecto el escenario no es nada claro, es justamente en éste ámbito comienza a jugar un rol muy importante el principio ne bis in idem, en específico la identidad de fundamento, en los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos en agravio de la Administración Pública en relación a las faltas disciplinarias.

1.1.2. La potestad jurisdiccional penal -ius puniendi-

Es importante precisar el escenario o contexto social en que vivimos y enmarcar en ella el ius puniendi y en específico los delitos que incurren los Funcionarios y Servidores Públicos, ya sea en el ámbito de los delitos especiales en contra de la Administración Pública y por otra parte los delitos comunes.

Para Silva (2011) el derecho penal tendría como manifestaciones privilegiar la cárcel en lugar de otras penas, se abandona la lesión del bien jurídico para postularse la punición de actos preparatorios, esta situación es calificada como irrazonable por el autor; en tal línea (Gomez y Sanz, 2010) el derecho penal actual ha dejado de lado la defensa del bien jurídico que se torna en algo gaseoso nada objetivo, la amenaza en la actualidad es el delito y su tipificación es creciente.

Asimismo, estas señales del derecho penal han sido caracterizadas en tres manifestaciones llamado velocidades por Silva (2010), un primer momento se caracteriza por la fuerza inquebrantable de principios de naturaleza sustantiva y adjetiva, un segundo momento la elasticidad y pérdida de fuerza de los principios y el tercer momento se caracteriza por la amplia flexibilización de garantías sustantivas y procesales, siendo el único fin restablecer la estabilidad; al desarrollar estos aspectos (Jakobs y Cancio, 2013) indica la última velocidad, no es un derecho penal del ciudadano, sino de su enemigo, en lo que prácticamente el derecho penal pasa a ser primera ratio y una clara desproporción en las sanciones y con derechos

plenamente hasta inexistentes o completamente debilitados. En el campo estrictamente administrativo (Gomez y Sanz, 2010) actualmente se vive la cuarta velocidad, donde absolutamente las garantías habrían sido reducidas a su mínima expresión, la inseguridad jurídica disciplinaria es manifiesta hoy para los Servidores Públicos.

En el contexto antes expuesto, para Caro (2014) la mera causalidad en la producción de un hecho externo, deja de ser relevante y lo fundamental es determinar que función cumplimos en nuestra sociedad o en una organización y es así aparece como criterio de imputación el deber o el rol; ante el normativismo Atienza (2012) enfatiza que el derecho penal no debe obviar iniciar desde los principios, pues la subsunción es hasta incapaz para resolver casos complejos, por lo que es recomendable acudir a mecanismos procedimentales de la ponderación constitucional pese a su cuestionamiento o límites; es en esta línea en el Perú Reátegui (2016) enfatiza la garantía de los derechos es la constitucionalidad del derecho penal.

Delitos especiales cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos contra la administración pública

Es preciso puntualizar la distinción entre Funcionarios Públicos y Servidores Públicos, la misma incluso para el ámbito penal es más amplio véase lo previsto en el país el artículo 425° del (Código Penal, 1991) vigente, en la que se equipara Funcionario y Servidor Público. Tal examen se estima que es fundamental, pues la categoría de Funcionario y Servidor Público son elementos objetivos del tipo penal, pues existen tipos penales en las cuales únicamente la infracción penal puede ser cometido por Funcionario Público.

La dogmática se ha encargado de delimitar (Frisancho y Peña, 2002) funcionario es quien expresa la decisión del Estado. Por su parte Rojas, F. (2006), señala que funcionario es la persona que tiene vínculo con el Estado y actúa y toma decisiones al exterior a su nombre, es decir Estado.

Por su parte Servidor Público, (Frisancho y Peña, 2002), señala es quien presta servicios para las entidades del Estado, sin facultades decisorias. Por su parte Rojas (2006) la diferencia del Servidor Público se relaciona estrictamente con un Funcionario Público no ejerce dirección u orden, no determina la decisión pública

y siempre es operario, es decir cumple órdenes. (Patrón y Patrón, 2004) indica que los Funcionarios ocupan cargos de dirección y los Servidores ocupan cargos estrictamente de trabajadores. No debe olvidarse que la dogmática Rojas (2006) incluso ha hecho referencia al Funcionario de facto, como el que no tiene la titularidad, nombramiento o el Funcionario que ha concluido su relación laboral con el Estado.

En el ámbito penal conforme (Código Penal, 1991, art. 425) se reconoce como Funcionarios Públicos a los miembros de fuerzas policiales y militares, por lo que un policía si podría ser denunciado por Abuso de Autoridad, pues por imperio de la ley es Funcionario Público, pese a que no tiene incluso poder de mando, su cargo es de carrera. Por su parte un docente que en el ejercicio de funciones en forma indebida desapruebe a un alumno/a, nunca podría ser denunciado por Abuso de Autoridad, pues no es Funcionario Público, lo que podría ser calificado como discriminatorio, pero esa es la interpretación que dimana del artículo mencionado, al existir una taxativa calificación de Funcionario Público a un efectivo policial.

Por otra parte el (Código Penal, 1991, art. 425), pareciera señalar que Funcionario Público y Servidor Público son iguales. Tal aspecto ha sido esclarecido por la jurisprudencia nacional, así en la (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad SP2240-2002-Arequipa-2003), respecto al Funcionario Público se indica que corresponde integrarse con otras normas que limitan o rigen las funciones de los trabajadores del Estado, de modo que no existe una psoción a priori, sino requiere integrarse; mientras Caro (2014) para diferenciar al Funcionario, indica que lo esencial es quien actúa o decide funciones públicas.

En el país en la época republicana, se tiene tres Códigos Penales, respecto a los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos. Al respecto los tipos penales en cada uno de ellos es el siguiente:

En el Código Penal de 1863, se les denomina Delitos Peculiares a los Empleados Públicos, los delitos tipificados son: Abuso de Autoridad, Prevaricato, Cohecho, Insubordinación, Infidelidad-custodia de presos, Infidelidad -custodia, documentos-, Revelación de Secretos, Malversación, Fraudes y Exacciones, los mismos contemplado desde el artículo 168° al 205°. Mientras el Código Penal de 1924, se les denomina delitos contra los Deberes de Función y los Deberes

Profesionales, como delitos se menciona: Abuso de Autoridad, Concusión, Peculado, Corrupción de Funcionarios, Prevaricato, Denegación y Retardo de Justicia, contemplados desde el artículo 337° al 362°. El Código Penal de 1991 inicialmente contempló como delitos cometidos por Funcionarios Públicos los siguientes: Abuso de Autoridad, Concusión, Peculado, Corrupción, Prevaricato, Denegación y Retardo de Justicia, regulados entre los artículos 376° al 424°.

De la revisión del actual (Código Penal, 1991), los hechos delictivos presenta mayores especificaciones, siendo estas las siguientes: Artículo 376°-A, Abuso de Autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios, artículo 376°-B Otorgamiento Ilegítimo de derechos sobre inmuebles, artículo 393°-A Soborno Internacional Pasivo, artículo 394°-A Corrupción de Funcionarios en programas de apoyo, artículo 395°-A Cohecho Pasivo Propio en el ejercicio de la función policial, artículo 395-B Cohecho Pasivo Impropio en el ejercicio de la función policial, artículo 397°-A Cohecho Activo Transnacional, artículo 398°-A Cohecho Activo en el ámbito de la función policial, artículo 398°-B Inhabilitación, artículo 401-B Adjudicación de bienes decomisados.

Los tipos penales cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos están ligados con el fenómeno de la corrupción. Rojas (2006) ha señalado que la característica de nuestros códigos penales, era que las penas no eran graves, así en el Código Penal de 1863 la pena más grave era 3 años, en el Código Penal de 1924 el delito de peculado doloso y corrupción activa del Juez con 10 a 15 años. Esta situación dio lugar que el Estado sea un espacio de gran impunidad lo que habría generado corrupción. Al respecto indica Abanto (2014) en la sistematización de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos existe inconsistencias y cuestiona la tipificación de los delitos que sería inentendible, ello generaría impunidad.

Delitos comunes cometidos por Funcionarios o Servidores Públicos

A estos tipos penales la dogmática señala que son delitos especiales impropios (Rojas, 2006), así este grupo se puede clasificar en:

En los delitos comunes con sujeto activo cualificado puede mencionarse los siguientes delitos contemplado en el (Código Penal, 1991): Autorización ilegal de matrimonio por Funcionario Público artículo 141°, Inobservancia de las formalidades por Funcionario Público artículo 142°. Dentro de los delitos de

violación de domicilio, se tiene el tipo penal de Allanamiento Ilegal de Domicilio artículo 160°. En los delitos contra la libertad de reunión se tiene el ilícito de Prohibición de reunión pública por abuso del Funcionario Público artículo 167°. En los delitos de violación de libertad de expresión está el de Violación de la Libertad de Expresión artículo 169°. En los delitos contra los recursos naturales se tiene la autorización de actividad contraria a los planes o usos previsto por ley artículo 312°, responsabilidad del Funcionario Público por otorgamiento ilegal de derechos artículo 314°. Por su parte en los delitos contra la humanidad se tiene el tipo Desaparición Forzosa cometida por Funcionario Público artículo 320°, Tortura simple o cualificada artículo 321°. Dentro de delitos cometidos por particulares en contra de la administración pública se tiene el tipo penal de Usurpación de Autoridad, Títulos y Honores, artículo 361°.

Por otra parte están los delitos comunes con agravante de Servidor o Funcionario Público, debe precisarse que no es delito especial, es decir no se requiere sujeto cualificado, sino puede cometerlo cualquier persona, lo único que se presenta es la agravación de la pena por condición de Funcionario o Servidor Público, dentro de estas se contempla en nuestro (Código Penal, 1991) -con sus modificaciones diversas- son los siguientes: Dentro de los delitos contra la libertad personal, el tipo penal de Trata de Personas artículo 153°-A formas agravadas de Trata de Personas. Delitos de violación de la intimidad artículo 155° agravantes por razón de función en violación de la intimidad. Delitos de Violación del Secreto de Comunicaciones agravado artículo 162°. Delito Violación del Secreto Profesional artículo 165°. En el rubro de delitos de Violación de la Libertad Sexual se tiene el ilícito penal de Violación Sexual artículo 170°, Acoso Sexual artículo 176°-B. Delito de Proxenetismo, artículo 179° Favorecimiento a la Prostitución, Proxenetismo artículo 181°, Explotación Sexual Comercial Infantil y Adolescente en ámbito de turismo artículo 181° A. En delitos de Extorsión se tiene el ilícito penal de Extorsión artículo 200°. En el grupo de los delitos contra los derechos intelectuales está el ilícito penal de Plagio formas agravadas artículo 220°. En los delitos contra la Propiedad Industrial está el ilícito previsto en el artículo 225°. Entre delitos contra el Patrimonio Cultural se tiene el ilícito de Extracción Ilegal de Bienes Culturales artículo 228° y el ilícito de Intervención o Facilitación de Funcionarios Públicos previsto en el artículo 229°. En el rubro de venta ilícita de mercaderías está el tipo

de bienes provenientes de donación previsto en el artículo 237°. Dentro de los delitos contra la Salud Pública Tráfico Ilícito de Drogas se tiene el ilícito de Promoción o Favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros artículo 296°, Comercialización y Cultivo de Amapola y Marihuana y siembra compulsiva artículo 296°-A, Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y Productos Farmacéutico artículo 296°-B, penalización de la siembra artículo 296.C, en cada uno de los ilícitos citados se agrava por la condición de la función pública previsto en el artículo 297°. En los delitos ambientales, está el tipo de Tráfico Ilegal de Residuos Peligrosos previsto en el artículo 307°, el delito de Minería Ilegal el mismo tipificado en el artículo 307°-A en su tipo agravado previsto en el artículo 307°-B. En los delitos contra los recursos naturales esta los tipos de Tráfico Ilegal de especies de flora y fauna silvestre previsto en el artículo 308°, el delito de Tráfico de Especies Acuáticas de la flora y fauna silvestre previsto en el artículo 308°-A, el ilícito penal de Extracción y Procesamiento Ilegal de especies acuáticas tipificado en el artículo 308°-B, cada uno de ellos en su tipo agravado previsto en el artículo 309°. En este mismo bloque de delitos contra recursos naturales se encuentra el delito contra los bosques o formaciones boscosas previsto en el artículo 310°, el delito de Tráfico Ilegal de Productos Forestales previsto en el artículo 310°-A, el delito de Obstrucción del Procedimiento previsto en el artículo 310°-B; los mismo en su tipo agravado previsto en el artículo 310°-C. En el bloque de delitos contra la tranquilidad pública está el delito de Apología del delito de terrorismo previsto en el artículo 316°-A, el delito de Marcaje o Reglaje previsto en el artículo 317°-A. En el bloque de delitos de Discriminación se encuentra el delito de Discriminación e Incitación a la discriminación previsto en el artículo 323°. En el grupo de delitos contra la voluntad popular se encuentra el tipo de Perturbación o Impedimento de proceso electoral previsto en el artículo 354°, el delito de Impedimento del Ejercicio del Derecho de Sufragio previsto en el artículo 355°, el delito de Inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado previsto en el artículo 356°, el delito de Suplantación de votante previsto en el artículo 357°, el delito de voto declarado públicamente durante el acto electoral artículo 358°, el delito de Atentado contra el Derecho de Sufragio artículo 359°, se consigna cada uno de ellos como condición de agravante de la pena en el artículo 360°.

De la relación antes descrita, se advierte que un Servidor Público puede ser investigado además de los delitos especiales por otros delitos en las que se considera su condición de Servidor Público, tales como delitos comunes y delitos en las que se considera como agravante la condición de Servidor o Funcionario Público. En tales delitos puede coincidir con una infracción disciplinaria, por lo que en tal contexto será materia de discusión si corresponde aplicarse el principio *ne bis in idem*, así como la proporcionalidad.

Delitos de Criminalidad Organizada cometidos por Funcionarios Públicos

El marco normativo vigente establece en el (Decreto Legislativo 1244, 2016) que fortalece la lucha contra el Crimen Organizado y la Tenencia Ilegal de Armas una serie de delitos que dan lugar al delito de Organización Criminal y dentro de la misma están los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos, delitos contra la Administración Pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382°, 383°, 384°, 387°, 393°, 393°-A, 394°, 395°, 396°, 397°, 397°-A, 398°, 399°, 400° y 401° del Código Penal, como cualquier otro delito que tenga concurso con los antes mencionados. Asimismo, también el delito de Lavado de Activos también da lugar al delito de Organización Criminal en caso de Servidores y Funcionarios Públicos en tanto el texto legal (Decreto Legislativo 1249, 2016, art. 5°) que modifica el (Decreto Legislativo 1106, art. 10) sobre lavado de activos precisa lo siguiente:

Artículo 10°. Autonomía del delito y prueba indiciaria
(...)

El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como (...) los delitos contra la administración pública (...).

Estos delitos caracterizados por su pluriofensividad no eran parte del marco normativo incluso del código vigente, ni los anteriores códigos mencionados en el rubro respectivo, pero en la fecha se han incorporado como parte de la política del Estado de la lucha contra la inseguridad ciudadana y en el marco de la Convención de Palermo. En cuanto a las penas el mismo marco normativo (Decreto Legislativo 1249, 2016, art. 6) modifica el (Decreto Ley 25475, 1992, art. 4-A), establece como pena agravada la participación de Funcionario y Servidor Público.

Esta revisión del marco normativo punitivo permite establecer que los delitos en que puede participar un Funcionario o Servidor Público se puede clasificar en delitos especiales, así como delitos comunes en la misma que pueden intervenir en algunos casos como sujeto cualificado y en otros solo se considera como agravante en la pena. Es todos ellos existe la discusión de afectación del principio del non bis in idem, dada que la tipificación paralela de los hechos o en todo caso cuando estamos ante una sentencia penal, pues conforme la (Ley 30576, 2013, art. 49, g.) establece el término del servicio civil por sentencia o condena penal.

1.1.3. La potestad disciplinaria

Para (Yaya y Yaya, 2001) es un marco amplio que abarca todas las áreas del Estado, en que labora el Servidor público, también lo existe en la misma iglesia, el sistema penitenciario, pero no comprende estas dos últimas a servidores públicos.

Para Gómez (2007) es la potestad que tiene el Estado de requerir a los Servidores Públicos, orden, respeto en su trabajo. Por su parte Izasa (2009) esta ligado que el servicio público sea óptimo. En tal línea los autores (Fernandez J. *et al* 2013) enfatizan que el derecho disciplinario garantiza el óptimo nivel de los servicios públicos, la que debe exigirse en el marco de exigencias mínimas de derechos fundamentales.

En el Perú Rojas (2012) señala que el derecho disciplinario no solo constituye las tipificaciones y las sanciones; sino, para el autor es un marco dogmático, con un objeto de estudio autónomo con el nivel de ciencia, que se rige por las grandes garantías sustantivas y procesales que han sido conquistadas por el derecho sancionador mayor. Bacacorzo (2001) la potestad disciplinaria se impone en tanto se verifique una afectación a los deberes y obligaciones propios de su labor y deja en claro que es parte del derecho sancionador mayor. Rojas (2014) la característica más importante del derecho disciplinario canaliza expectorar de la organización a un Servidor Público que incumple sus funciones.

Luego de esta revisión, la potestad disciplinaria se asume que esta viene a ser una rama del derecho sancionador, que se rige por los mismos principios y garantías del derecho penal y así como del derecho procesal, en esa medida para su tipificación faltatoria requiere del principio de tipicidad con reserva de la Ley, y que para su configuración como infracción debe existir afectación de la organización en otras

palabras lesividad. La adopción de la sanción en el marco de la potestad disciplinaria, requiere todo el procedimiento de imputación, defensa, valoración probatoria y debida motivación, es decir las mismas garantías del derecho penal sustantivo y procesal. La potestad disciplinaria no puede ser un área del derecho caracterizado por meros voluntarismos y subjetivismo, pues de lo contrario el calificativo de ciencia no sería de ninguna manera atribuible.

La jurisprudencia constitucional peruana ha previsto criterios importantes, pero esta es incompleta y en algunas erradas. Dentro de las positivas se puede mencionar (Tribunal Constitucional, SP2192-2004-AA/TC-2004) en el fundamento 20 en el caso Gonzalo Antonio Costa Gómez & Martha Elizabeth Ojeda Dioses vs. Municipalidad Provincial de Tumbes indica: “(...) los grados de sanción corresponde a la magnitud de las faltas, según su menor o mayor gravedad (...) debiendo contemplarse en cada caso, no sólo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor (...)”.

Dentro de las negativas es necesario precisar que en la actualidad el desarrollo de la jurisprudencia constitucional respecto al derecho disciplinario en el país se ha truncado en tanto que con la emisión del fallo del (Tribunal Constitucional expediente SP0206-2005-PA/TC-2005) se ha restringido incoar Procesos Constitucionales de Amparo a los ciudadanos/as respecto de acciones referidos a procesos disciplinarios, pues la citada sentencia en esencia precisa que tal examen debería efectuarse en la vía ordinaria, así al respecto indica: “24.respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como (...), impugnación de procesos administrativos disciplinarios.”

Por ello el derecho disciplinario no tienen cabida en el Tribunal Constitucional, por lo que se acude en la actualidad a los lineamientos que trazaron al respecto los tribunales en la década del 2000 al 2010, posición que incluso puede variar dado la evolución del derecho penal y disciplinario, por lo que no se puede aún continuar con tales lineamientos como demostraremos en el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional a la luz del normativismo y el principio de proporcionalidad. En la actualidad vemos fallos administrativos y penales que reiteran como una verdad absoluta sin mayor análisis los fallos lacónicos del Tribunal Constitucional de la década pasada específicamente respecto al nom bis in

idem penal y disciplinario, sin tener en cuenta los avances del derecho penal. Los administradores de justicia penal y disciplinaria no se apartan de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, contribuyendo a ello el mismo Tribunal Constitucional al haber emitido sentencias interlocutorias de privilegiar procesos que no involucran las decisiones disciplinarias, aspecto plenamente consolidado por el máximo intérprete de la Constitución, así para evidencia del mismo se tiene (Tribunal Constitucional, SP03938-2015-PA/TC-2015) que indica que existe una vía idónea diferente en la que puede dilucidarse el conflicto; de la misma forma en el expediente 02383-2013-PA/TC, el Tribunal estableció como precedente la vía ordinaria igualmente satisfactoria y menciona como elementos: i) la idoneidad del proceso; ii) que la tutela este garantizada; iii) que se supere la irreparabilidad; y iv) que no haya urgencia ni gravedad en las consecuencias. Esta realidad, me permite afirmar que lograr un pronunciamiento de fondo del Tribunal Constitucional respecto a hechos de potestad disciplinaria en el país es casi imposible, salvo que se tenga que cuestionar una sentencia casatoria de proceso contencioso administrativo, el mismo por la larga travesía es muy ilusoria.

Régimen general disciplinario

El régimen disciplinario -general- del servicio civil-Servir-, la misma comprende la Ley del Servir (Ley 30057, 2013) que regula el marco respectivo en específico de las faltas disciplinarias, así como las sanciones y el procedimiento disciplinario, del grueso de la Administración Pública en el país los mismos se encuentra en el título V del régimen disciplinario y procedimiento sancionador. En su artículo 85° contempla un total de 18 tipos de faltas de carácter disciplinario, consigna como sanciones a imponerse la amonestación verbal y escrita, la suspensión sin goce de remuneraciones desde 01 día hasta por 12 meses y la destitución como lo señala el artículo 88°, mientras en el artículo 93° se regula el procedimiento disciplinario.

Régimen funcional

Las faltas funcionariales fueron declarados inconstitucionales en la sentencia (Tribunal Constitucional SP00020-2015-PI/TC, 2018), con ello el artículo 46° de la (Ley 27785, 2002) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que fue incorporada por el artículo 1° de la

(Ley 29622, 2010), empero la misma sentencia también declara que es Constitucional la facultad que tiene la Contraloría de imponer sanciones en éste caso de inhabilitación.

1.1.4. La potestad sancionadora administrativa

En la doctrina Alemana es llamada también como Derecho Penal Administrativo Tiedemann (2003). Para De Fuentes (2005) es el marco normativo que regula la facultad amplia de ejercer sanciones por parte de la Administración Pública en distintas áreas, siendo esta la más grande, que abarca todo los sectores del Estado como, educación, agricultura, vivienda, gobiernos locales, gobiernos regionales, etc, es decir toda la estructura del Estado, y además es una especialidad por la característica de cada sector que tiene regulación especial.

Teorías respecto a la potestad sancionadora del Estado en caso de concurso de delitos y faltas disciplinarias - funcionariales, cuantitativa, cualitativa y ecléctica

La tesis cuantitativa, Gómez (2003) es idéntico lo penal y disciplinario, la diferencia esta en la mayor relevancia de lo penal y su escasa del disciplinario. Ossa (2009) la simple diferencia de marcos normativos de ninguna manera puede justificar entenderlo que son completamente distintos. En el ámbito de sus garantías para Rojas (2014) es de vital importancia extrapolar cada una de las garantías del derecho sancionador mayor, en este caso el penal al administrativo

La tesis cualitativa, Gomez (2012) el derecho sancionador mayor sería de carácter general para todo los ciudadanos, quienes no tienen ninguna obligación especial, mientras el disciplinario esta dirigido a un grupo especial, quienes tienen una función particular, una obligación especial con el Estado. Para Silva (2001) existe diferencias en la forma y fondo, el primero se refiere a que en ella interviene el órgano jurisdiccional y en la otra no, lo administrativo no requiere la exigencia rigurosa de principios.

La tesis ecléctica, Jakobs (1997) diferencia lo penal y lo disciplinario, pero puede darse excepcionalmente casos en que lo administrativo funcional puede tener funciones penales cuando sea estrictamente necesario para el mantenimiento de la organización.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, no ha sido claro, pues hace mención de diferencias, así en el caso (Tribunal Constitucional, 01873-2009-PA/TC, 2010) detalla: que la potestad de imponer sanciones penales y administrativas no se pueden equiparar, pues ambas son distintas, en caso de las penales los fines es la reeducación y reinserción social y mientras la administrativa mera represiva; pero también existe puntos de interconexión, como son los principios generales del derecho penal también con algunas diferencias son de aplicación al derecho administrativo.

Se asume la posición que en el derecho sancionador estamos ante sólo diferencias de grado, más no cualitativas, pues ello implicaría crear toda una estructura diferente en el ámbito disciplinario para imponer sanciones, lo que en la actualidad no existe, pues siempre por lo menos hasta el momento el artefacto intelectual con la que se trabaja en la jurisprudencia es lo establecido en el derecho penal, es decir se usa la mismas categorías, bien jurídico, tipicidad, etc. Estas inconcreciones de la teoría parten de una inconclusa teoría del objeto protegido en el derecho sancionador, en la misma se hace mención a la relación general y por otra a la especial.

1.1.5. El elemento fundamento del ne bis in idem o non bis in idem en la teoría del bien jurídico y el normativismo

En esta parte se realiza un estudio del principio non bis in idem o ne bis in idem, el entendimiento actual del citado principio, después de un breve estudio histórico y la diferencia que existe en ambas terminologías, para luego ingresar desarrollar la triple identidad, su contenido o configuración y finalmente el reconocimiento en la normatividad nacional e internacional. Es parte también de éste acápite, el estado actual en la dogmática del elemento fundamento del non bis in idem en la teoría del bien jurídico y también en el normativismo y si las mismas son compatible o no.

Es fundamental establecer que diferencia existe en las dos denominaciones non bis in idem o ne bis in idem. En el ámbito nacional Lizárraga (2013) hace mención a concepciones distintas ne bis in idem, estrictamente esta referido a los hechos, si ya fue juzgado no corresponde un segundo, por su parte non bis in idem, esta relacionado sólo al delito. Tal diferenciación podría llevar a que el ne bis in idem implicaría o abarca con más amplitud, pues estrictamente se refiere a los hechos que ya fueron juzgados, mientras el non bis in idem correspondería a la calificación

jurídica. Los autores nacionales Reátegui (2006), Abanto (2014), Caro (2006), García (2012), Chinchay (2013), hacen uso del *ne bis in idem*, mientras Núñez (2012) en el Perú hace uso del *non bis in idem*, por su parte el autor nacional Alcócer (2015) solo hace mención del *bis in idem*, no usa el prefijo *non* ni tampoco el *ne*.

En España se usa *non bis in idem*, así se tiene a Martínez (2012), López de Barja (2004), García (1995). Al analizar esta problemática menciona García (1995) la variante del hecho es usada en Alemania, Italia. En España es la calificación legal, como delito. Para Ottaviano (2008) tales diferencias no tienen significancia, el uso en el ejercicio del diario vivir en el derecho es insignificante.

1.1.6. El *non bis in idem* o *ne bis in idem*

Su nacimiento sería el siglo III d.c. Quintiliano prohibía dos acciones sobre una misma cosa (Lopez de Barja 2004), afirma sería Grecia, en la inquisición no se le reconoce, en la ilustración adquiere mayor significancia (Abanto, 2014).

En cuanto a su significado se tiene, De León (1998) menciona la prohibición a una segunda acción que tenga la misma finalidad; por su parte (García y Ramon, 2000) no es posible una segunda sanción, cuando es el mismo hecho, la misma persona, también con la misma razón, esta se puede dar entre lo penal y administrativo. Así en cuanto a su significado para García (1995) existen diversos casos que se dan en la práctica, la misma no es un debate agotado.

En cuanto a las diferencias de la terminología no es relevante para efectos de su entendimiento. De los autores revisados pese a su antigüedad del término esta no está concluido, por lo que todo estudio al respecto es importante.

Identidades del *ne bis in idem*

Identidad se sujeto, Ottaviano (2008) está referido a la misma persona, pero resalta que dogmáticamente no está resuelto en caso se trate de persona natural y jurídica, su postura es que cuando se impone sanción a la persona natural y jurídica, no es afectación del *ne bis in idem*, los hechos tendrían relación con la participación o calidad de autores. Hernandez (2013) indica no opera el *ne bis in idem*, los dos tipos de personas enfatiza se diferencian ontológicamente. En el Perú no se da el *ne bis in idem*, pues una cosa es la organización como persona jurídica y otra la persona natural, como persona individual (Reátegui, 2006).

En cuanto a la identidad de objeto o hecho, según Ottaviano (2008) menciona que en España se considera únicamente los hechos, En EEUU es lo jurídico, estos deben articularse, no es razonable solo acudir a los hechos, ni solo a lo jurídico, plantea el ejemplo de una sola acción que ocasiona la muerte de tres, ello obliga a resolver desde lo fáctico y jurídico, plantea también el ejemplo del profesional óptico que actúa en distintos momentos, en la que debe evaluarse su habitualidad y no asumir como hechos diferentes; así para Hernández (2013) indica que la problemática de los hechos, es mejor resuelto desde lo jurídico, es decir desde la identidad de la tipificación del delito.

En el ámbito nacional Reátegui (2006) indica que para que se presente la identidad de hecho se debe acudir a la coincidencia no importa de carácter parcial de los hechos con un supuesto típico, no siempre el bien jurídico, por eso estima que lo fáctico no es lo prioritario, sino también lo jurídico y normativo, es en esa razón crítica la postura asumida por el Tribunal Constitucional del Perú que se adhiere - sin dudas- a la perspectiva fáctica, concluye que debe considerarse las reglas del concurso real o material que se desecha su aplicación.

El (Tribunal Constitucional, SP002600-2009-PHC/TC- Lima, 2010), al respecto de la identidad objetiva se ha pronunciado: únicamente desde la segunda persecución estrictamente en cuanto al hecho, no es necesario evaluar lo jurídico. Entonces no se tiene posiciones uniformes al respecto, lo que podría generar incertidumbres en el justiciable, excesos por una parte y también impunidad.

Se asume que la identidad de hecho debe afirmarse desde la estructura del tipo penal, es decir necesariamente la identidad de hecho debe vincular lo jurídico, por lo que se debe desechar la consideración netamente fáctica.

Al respecto de esta problemática es bastante ilustrativo la posición que plantea Ottaviano (2008) al precisar para el caso de concurso real dos filtros, primero no debe implicar que todos los hechos ya fueron de conocimiento del primer proceso o que eran muy simple de conocerlo. Por otra parte la primera decisión no debe abarcar los hechos digamos nuevos ya tácitamente fueron abarcados por el primero.

La identidad de fundamento, para Hernández (2013) la dogmática no identifica el contenido a proteger en cada área del derecho sancionador, tampoco el bien jurídico puede delimitar plenamente cada uno de los delitos; por su parte dice De León

(1998) reitera la gran diversidad en la delimitación en éste caso del bien jurídico. En el Perú asume una postura singular García (2012), rechaza la concepción tradicional de la identidad de fundamento, plantea que esta debe ser la identidad de efectos, en tal caso el efecto podría abarcar el administrativo, por lo que si existiría identidad de fundamento, pero para el autor se habilita abiertamente la posibilidad de juicios paralelos penales y administrativos, debiendo únicamente evaluarse los efectos, pues uno puede abarcar al otro, sin embargo esta posición es sui generis, al negar el elemento fundamento del non bis idem, para referirse a efectos, dicho en otro modo el autor le otorga una despedida a la identidad de fundamento, entonces el ne bis in idem, sería identidad de hecho, objeto y efectos.

Sin embargo, la posición mayoritaria señala Caro (2006) esta ligado con la identidad al bien jurídico o interés protegido; mientras Ottaviano (2008) prefiere hablar de identidad de causa, la otra manifestación es la identidad de los fines de la respuesta sancionadora vinculada con los fines de la persecución que puede incluso abarcar el penal y administrativo, la larga tradición de exceptuar el non bis in idem para los casos de Funcionarios y Servidores Públicos en delitos especiales se encuentra en pleno debate.

Contenido o configuración del ne bis in idem

Caro (2006) la jurisprudencia española los entiende como contenido, mientras la jurisprudencia nacional del Perú lo refiere como configuración. De modo que en adelante se hace mención a contenido o configuración, de manera indistinta.

En cuanto a su contenido -material- De Vicente (2004) en España implica tres cosas no puede haber pena sobre el mismo hecho, no puede ver agravante, si ha sido ya considerada y finalmente no puede haber pena y sanción administrativa. No es parte del non bis in idem material las sanciones penales y disciplinarias, es decir es posible su doble sanción -excepción-. La autora refiere que tal parecer es cuestionado por García Macho, Huerta Tocildo. En el Perú el non bis in idem material para Caro (2006) es la sanción reiterativa en caso concurra todas las identidades.

El non bis in idem procesal para De Vicente (2004) implica que esta es una creación de la jurisprudencia, pues el non bis in idem es estrictamente sustantivo, sin embargo actualmente esta versión procesal esta ya reconocida, resalta en esencia

la prohibición que exista un proceso penal y administrativo -no hace mención al disciplinario- sobre el mismo hecho, al respecto de los cuales en España debe suspenderse el administrativo, hasta la finalización de lo penal pudiendo incluso continuarse el administrativo en caso el penal no abarque, pero enmarcado en lo determinado en lo penal. En el ámbito procesal en el Perú para Caro (2006) implica que la cosa juzgada, cierra la posibilidad de iniciar nuevo proceso penal sobre la imputación ya resuelta.

Reconocimiento internacional y nacional del ne bis in idem

La convención Americana de Derechos Humanos conocido como pacto de San José de Costa Rica, estipula en su artículo 8.4 lo siguiente: “Garantías judiciales: 4 El inculcado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.” Se deja de manera clara que quien ha sido absuelto por sentencia firme no puede ser enjuiciado por los mismos hechos, nótese es estrictamente de naturaleza procesal.

Asimismo, el Protocolo Adicional 07 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales señala en su artículo 4:

1.-Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por la jurisdicción del mismo Estado por una infracción por la cual ya ha sido sancionado o exculpado, seguida de sentencia definitiva conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado; 2.- La disposición del párrafo precedente no impide la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si de los nuevos hechos o de los nuevos elementos o un vicio fundamental en el proceso anterior hubiera podido condicionar el éxito del caso.

Este marco normativo establece la doble naturaleza del principio *ne bis in idem*, material y procesal, pues hace mención que nadie podrá ser perseguido o sancionado por una infracción que ya ha sido sancionado o exculpado, salvo nuevos hechos o vicios fundamentales en el proceso anterior.

La carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 50° reconoce el principio *ne bis in idem*. “Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya ha sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.”

En Alemania, en la actualidad, el rango constitucionalidad del principio está garantizado por el artículo 103°, párrafo 3, de la Ley fundamental Alemana, el cual dice: “nadie podrá ser penado varias veces por el mismo hecho con base a las mismas leyes penales generales.”

En España, el principio no tiene un reconocimiento expreso, más bien su desarrollo ha sido a través de la jurisprudencia administrativa y constitucional (Abanto, 2014).

En el Perú no tiene reconocimiento expreso, pero su contenido se encuentra regulada en la (Const. 1993, art. 139 inc. 13) y está referido a la cosa juzgada, “nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho”. El marco constitucional peruano es clarísimo al enfatizar que nadie puede ser castigado por un mismo hecho más de una vez. Abanto (2014) no puede ser entendida como únicamente cosa juzgada, pues el principio *nem bis in idem* es un principio mucho más amplio que ha sido recogido y desarrollado en el Derecho Penal y Constitucional para evitar la desproporcionalidad y arbitrariedad de la intervención estatal en los derechos fundamentales de los ciudadanos (mediante la aplicación conjunta de Pena y sanción Administrativa).

El (nuevo Código Procesal Penal, 2004) en el título preliminar artículo III se regula la interdicción de la persecución penal múltiple el mismo prescribe, el texto legal permitiría sostener que lo resuelto en la vía Penal vincula al administrativo, esta posición no ha tenido un desarrollo en nuestra jurisprudencia, toda vez que no existe lineamientos claros del Tribunal Constitucional, más que la doctrina administrativa en sendos plenos de la Contraloría General de la República y la Autoridad Nacional del Servir aceptan la posibilidad de imponer sanciones penales y disciplinarias sobre los mismos hechos, aspectos que tienen una larga discusión no resuelta.

La (ley 27444, 2001) ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 246°, numeral 11) señala: “No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie identidad de sujeto hecho y fundamento (...)”. Del texto legal antes referido de manera clara se tiene que no se puede imponer sanción administrativa y penal, cuando concurre identidad de hecho, sujeto y fundamento. La jurisprudencia nos

dice todo lo contrario en los casos en que existe difícil diferenciación entre delito y falta disciplinaria.

La (Ley 27785 y su modificatoria Ley 29622, 2010) Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control no contempla el principio ne bis in idem. De la misma forma la (Ley 30057, 2013) del Servicio Civil, más bien hacen mención de la autonomía de las responsabilidades penales, civiles y administrativas.

1.1.7. El elemento fundamento del ne bis in idem en la teoría del bien jurídico

La teoría del bien jurídico ocupa un lugar importante en la evolución académica. Gonzales (2018) la teoría del delito representa el paso de etapas superadas, primero el pecado o lo divino, luego la afectación del derecho subjetivo, el bien jurídico es una aspiración de la comunidad que amerita y debe ser resguardado. Esta se incardina con la pregunta ¿qué es lo que protege el derecho penal? es el bien jurídico. Polaino (2004) el derecho penal cumple la función de proteger los bienes jurídicos, que son indispensables para la vida en paz de la sociedad. El uso del bien jurídico se da en dos sentidos Mir (2016), indica que viene a ser lo que debe protegerse, no asume únicamente la moral como objeto de tutela

Sin embargo, en la dogmática no está delimitado el bien jurídico en los delitos de reciente incorporación, un ejemplo de ello es el caso de lavado de activos (la Corte Suprema de Justicia de la República, VI pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario 3-2010-CJ/116-2010), al discutir sobre el bien jurídico se muestra un espectro de diferentes bienes jurídicos, calificando incluso como un delito pluriofensivo, dicho en otro modo sin un bien jurídico definido, tal es así que la citada jurisprudencia indica que en el caso español se inserta a los delitos de Lavado de Activos como conductas afines a la receptación, en el derecho penal colombiano se incluye entre los delitos contra el orden económico social, en otros sistemas jurídicos, donde se ubica en conexión con otros bienes jurídicos diferentes como la salud pública, debido a su tradicional vinculación con el delito tráfico ilícito de drogas. Al final la disputa se reduce a la administración de justicia o el orden socio económico del Estado. Toda esta situación en la actualidad ha dado lugar al cuestionamiento de la vigencia de la teoría de los bienes jurídicos.

El estado de la cuestión, se puede concluir con Fernández (2004) el bien jurídico es una postulación liberal. Ahora bien, corresponde preguntarse ¿qué debe entenderse por tal carácter liberal?, en tal sentido Alcacer (2004) esta se da cuando se plasma los principios básicos del liberalismo político, así estos principios lo son la vigencia de los valores de la libertad de la persona, la prohibición del daño, en tal línea no debe prohibirse únicamente lo moral, lo afectivo, el Estado debe ser neutral y pleno respeto a lo privado.

Si se hace una breve revisión histórica del nacimiento, crecimiento del bien jurídico instituto de origen Alemán, Fernández (2004) en los años 1801 el bien jurídico estaba relacionado con el derecho subjetivo como el objeto de protección del bien jurídico, en 1834 estos bienes serían preexistentes al ser humano y que han sido dados por su naturaleza, el positivismo en la misma se vincula, norma con bien jurídico, pero debe ser de interés vital para la persona y la sociedad, debe proteger o mantener la base mínima en una sociedad. Para Zafaroni (2009) es la vinculación de una persona hacia el bien jurídico, regulado por el derecho.

Roxin (2007) al analizar esta problemática señala que para la vigencia del bien jurídico se debe despercudir de la ideología, de la mera literalidad de la ley, no debe obviarse que siempre debe implicar afectación, debe evitarse penas simbólicas, los tabúes, los objetos de abstracción no podrían delimitar bienes jurídicos. Para Seher (2007) indica que el modelo Alemán respecto al bien jurídico es necesario sea reforzado o auxiliado por el modelo anglosajón norteamericano, que si bien no usa la categoría de bien jurídico, sino a principios que limitarían el poner punitivo del Estado y cuyo asunción no debe ser de modo acrítico, pues el norteamericano se rige por principios que limitan el poder estatal, tales como daño, ofensividad, el paternalismo, moralismo. Dice Roxin (2007) que después de la segunda guerra mundial el derecho penal adquiere estrictamente límites, en éste caso el bien jurídico adquiere preponderancia, se rechaza la protección de ideologías, morales, sentimiento; así manifiesta Hefendehl (2007) el desarrollo del bien jurídico está recién por venir.

Para concluir corresponde responder ¿cuál es el fundamento del non bis in idem en la teoría del bien jurídico? que si bien podría existir cierta imprecisión en algunos tipos penales, en otros el mismo es completamente claro, por lo que es esencial examinar para determinar por ejemplo en los concursos aparentes de delito el bien

jurídico para estimar si existe concurso o estamos ante una mera apariencia, por su puesto en los concursos ideales y reales para su determinación la diferenciación del bien jurídico es fundamental. En conclusión la identidad de fundamento debe ser examinado desde el bien jurídico penal en caso esta es penal y si es disciplinario también desde el bien jurídico.

1.1.8. El elemento fundamento del ne bis in idem en la teoría del normativismo

El normativismo para Mir (2013) constituye un enfoque del estudio del delito cuya ascendencia incontrovertible se ha dado en estos 30 últimos años, dos han sido los autores que más han resaltado Roxin y Jakobs, sin embargo ambos autores difieren en sus posiciones, así al primero se le atribuye que defiende el normativismo moderado, mientras al segundo el normativismo radical, aunque éste último aparece con posterioridad, Roxin postula a un normativismo con vigencia a principios políticos criminales, mientras Jakobs viene a ser un sistema cerrado y se limita al análisis dogmático estrictamente a lo normativo. Para Silva (2012) el normativismo está en esencia referida a que los presupuestos que corresponden a la imputación penal deben partir del mismo sistema jurídico penal, no siendo correcto que tal imputación dependa de otras realidades.

Ante la diversidad de valores el parámetro de medida de las acciones humanas únicamente sería posible uniformizar por la Ley (Zúñiga, 2018), en el caso del bien jurídico pueda ser que exista discusión en su función, pero en cuanto a la norma esta una vez vigente corresponde respetar y si se infringe debe imponerse la pena, de modo que es irrelevante el bien jurídico y quien lo mejor lo garantiza es el normativismo (Carcoy, 2012).

En el Perú esta denominación del normativismo y funcionalismo es utilizado por Abanto (2014) quien diferencia el normativismo radical de Jakobs y normativismo moderado de Roxin, de igual forma se usa la terminología de funcionalismo radical o sistémico. También Caro (2014) hace uso del sentido normativo de la imputación, pero afirma que Roxin y Jakobs tienen enfoques distintos del normativismo, es por ello que en líneas siguientes desarrollamos ambos enfoques.

El elemento fundamento en el normativismo o funcionalismo moderado de Roxin -incremento de riesgo-

Existen delitos que requiere sujetos cualificados, así surge los delitos de infracción del deber, la misma necesita categorías propias diferentes al dominio (López, 2011); mientras por otra parte al referirse a los delitos de dominio, indica dos tipos de delito no encajan en el mismo, los delitos de infracción del deber y los delitos de omisión impropia (Roxín, 1998).

Roxín (2016) afirma que hace medio siglo introdujo la categoría de delitos de infracción del deber, en estos delitos la autoría ya no se basa en el dominio del hecho, sino en la afectación de una ubicación o posición que ocupa el ciudadano, llamado deberes. El mismo Roxin (2000) al referirse a los deberes indica que estas se originan en otras áreas jurídicas, así los deberes que tienen los servidores del Estado, los mandatos del debido cumplimiento en las profesiones o las obligaciones de alimentos, de lealtad y al defender los bienes jurídicos; Roxin (2006) enfatiza en una sociedad libre hay hechos polémicos, como es el incesto, pero solo el bien jurídico puede aclarar el mismo, por ello no se puede defender el rechazo del bien jurídico que se plantea desde el normativismo.

Roxin (2009) crítica a Jakobs al señalar que su posición sería muy confuso, para diferenciar el delito y no delito menciona lo interno y lo externo, esta última únicamente se configura delito es los casos de delito de resultado, no aplicable para los delitos de peligro abstracto. Lopez (2011) rechaza que todo delito sea solo infracción normativa, aunque puede darse en casos de bienes jurídicos ideales, que son los de peligro abstracto. Para la dogmática Zúñiga (2018) el autor alemán Roxin representa la opción recomendable y correcta en la sociedad actual.

En tal línea estima preguntarse ¿cuál es el fundamento de la sanción penal en el normativismo de Roxin?. Se presentará la identidad de fundamento cuando se afecta el mismo bien jurídico en los casos en que existe concurso de delitos o intersección con ilícitos de otra naturaleza, siendo para ello muy fundamental delimitar el bien jurídico, además de ello debe establecerse, la infracción del deber. Por lo que con la posición de Roxín, no solo es la afectación de bien jurídico, es necesario la infracción del deber, sin ella no se configura el tipo penal.

El elemento fundamento en el normativismo o funcionalismo radical de Jakobs -rol como factor de imputación-

Jakobs (2009) indica que el derecho privilegia la norma, el bien jurídico es algo subsidiario. Para (Caro y Polaino, 2015) Jakobs hace una creación distinta del sistema jurídica desde Luhmann.

Feijoo (2007) la sociedad es entendida como un sistema que deben funcionar casi perfectamente equivalente a los sistemas del organismo humano (sistema digestivo, urinario etc), que tiene un funcionamiento independiente (autopoietico), en donde lo principal es la comunicación, a lo que es la vida en el sistema humano, más no por supuesto el ser humano, es en tal medida que incluso se ha calificado esta teoría como antihumanista y escandalosa. De la misma forma el autor precisa que la ubicación del ser humano en el funcionalismo es en la parte externa de la organización, ocupa la parte interna los procesos comunicativos, los mismos que deben tener un funcionamiento que debe mantenerse y reproducirse por sí mismo, expurgando todo acto o acción que lo perjudique, que vendrían de las acciones humanas del entorno que desestabiliza, genera ruido y otros en perjuicio del sistema comunicativo que protege el derecho, la misma debe funcionar perfectamente; en tal sentido para Jakobs (2009) la pena no asegura los bienes jurídicos, menos los repara, dicho en otro modo la pena asegura la vigencia de la norma que en el normativismo encarna la comunicación, siendo un fin ulterior la protección del bien jurídico.

Feijoó (2007) al referirse a las expectativas normativas positivas o contrafácticas, señala que estas vienen a conformar la estructura de la sociedad, siendo esta responsabilidad del Estado. El citado autor haciendo mención a Luhmann en una teoría de sistemas las normas son expectativas normativas y el delito en tal horizonte es la defraudación de las mismas, es decir no lesión de bienes jurídicos, mientras la pena garantiza tal expectativa. Jakobs (2001) el derecho penal con mayor precisión dijo tendría el objetivo de asegurar una expectativa normativa de que no se produzcan ofensas a los bienes, por lo que el bien no es ahora un objeto físico, sino lo es una construcción normativa llamada expectativa que debe ser garantizada. En este sentido el delito viene a ser la desautorización de la norma o en todo caso la infidelidad del marco normativo. La posición de Jakobs para Feijoó (2007) en la óptica Luhmanniana ha recibido severas críticas, pues la ciencia del Derecho Penal ha sido reducida a privilegiar las expectativas normativas a fin de

garantizar el funcionamiento del sistema, sin que tenga capacidad crítica por lo que la ciencia penal es diminuta en esencia.

En tal línea estima preguntarse ¿cuál es el fundamento de la sanción penal en el normativismo de Jakobs?. Al respecto Alcacer (2004), indica que la persona juega únicamente un rol en la sociedad o sistema donde rige la comunicación estrictamente en base a la norma, es decir es el posicionamiento que adoptamos en las relaciones sociales, en nuestro nicho o habitat social, específicamente el citado autor indica que la misma se patentiza en el rol que todo ciudadano/a realiza en la sociedad, por lo que tal desempeño que nos toca adquiere una importancia para la convivencia. Entonces el fin del Derecho penal, tiene un viraje muy importante, pues de ninguna forma es la protección de objetos o estados del entorno como vendría ser el individuo o conocida como la posición antropocéntrica o una mera prevención de la misma, siendo tal conclusión una aseveración incorrecta, más bien, el objetivo del Derecho penal es la protección de los procesos de comunicación, normativizados, dicho en otro modo el cumplimiento del deber -rol- o infracción del deber.

Alcacer (2004) ha señalado incluso que muchos delitos no cumplen con cada uno de sus elementos objetivos y subjetivos, de la misma forma ha establecido que existen los delitos de peligro abstracto que no requieren el daño o lesión del bien jurídico, consiguientemente la posición del delito como daño del bien jurídico no sería correcto, más bien es falaz. Jakobs (2009), no se puede entender que el delito es la lesión de un bien jurídico, esta lo es incompleto, mas bien el delito es no cumplir con el rol ciudadano que nos toca en la sociedad, en resumen el derecho penal protege la vigencia de la norma.

Diez Ripollez (2007) respecto a los enemigos de la sociedad el derecho penal no tiene como fin garantizar la vigencia de la norma, sino excluirlo, proteger a la sociedad de estos individuos, en otras palabras discriminación total, pues son enemigos de la sociedad, esta teoría se da en delitos graves narcotráfico, terrorismo, la delincuencia organizada en general, la delincuencia sexual, el autor no menciona los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos.

Al respecto del reconocimiento expreso de la teoría del rol y vigencia de la norma se tiene en (la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal

Permanente, SP4166-99-Lima) señala que el quebrantamiento de los roles es la que debe imputarse a quien asume tal rol.

Refiriéndose al esquema de Jakobs indica López es fundamental en esencia, si se pone en riesgo el sistema jurídico desde la posición comunicativa (2011), Schünemann (2018) afirma que el delito sería lo contrario de la norma y la pena el doble rechazo de la norma.

Sin embargo, se tiene también posiciones de crítica al planteamiento del normativismo Jakobsiano, así Mir (2005) enfatiza que el delito es una construcción fáctica y jurídica, no solo esta última como se pretende en Jakobs, centra su cuestionamiento por otra parte en señalar que el poder punitivo debe estar al servicio de los ciudadanos/nas y los bienes jurídicos han sido reconocidos como derechos humanos de defensa frente al Estado, asumir únicamente como normas el delito implicaría la sujeción sin derecho alguno de los individuos frente al Estado, así las normas solo son medios o un mal necesario que debe acudir cuando no exista otro medio, las normas por sí mismo no pueden ser bien jurídico alguno, concluye el funcionalismo de Jakobs no es científica, pues solo persigue objetivos simbólicos.

En conclusión para Jakobs, la identidad de fundamento estaría conectado estrictamente con el rol en el ciudadano/na, sea en una organización o institución, tal rol esta ligado a los deberes ciudadanos.

El elemento fundamento del ne bis in idem en la justicia comparada

España

Es de precisar que la jurisprudencia española debe ser entendido teniendo en cuenta su marco normativo, así Jalvo (2006) indica que al reglamento disciplinario de los funcionarios públicos de 1999 establece como falta grave todo acto doloso que se vinculen a la función, pero que causen afectación a la administración a los destinatarios del mismos, mientras el anterior reglamento del régimen disciplinario español del año 1969 establecía como falta disciplinaria, toda conducta dolosa sin interesar si tiene relación con la función laboral.

Para Jalvo (2006) para ser pasible de sanción administrativa un servidor público es necesario que se acredite que se ha perjudicado el funcionamiento del servicio público de lo contrario no procede la sanción. Por su parte en cuanto a los delitos de

función Jalvo (2006) no emite opinión alguna, solo hace mención de las tendencias jurisprudenciales en España, que niegan la doble sanción, más bien afirma que en casos graves el disciplinario no puede estar inactivo, debe actuar, es decir admite la intervención penal de lo administrativo en el ámbito penal, pero en casos excepcionales. López de Barja (2004) indica existe una repetición irreflexiva al afirmar que no existe identidad de fundamento en los delitos de función pública, pues es necesario evidenciar otro fundamento al momento de imponer sanciones, lo que no se hace. Hernandez (2013) en su posición investigativa indica corresponde la aplicación del ne bis in idem, incluso el administrativo debe suspenderse hasta las resultas del penal. En España se ha negado la aplicación del principio ne bis in idem en cuanto a los mismos hechos, pero esta correspondía a los delitos comunes. Posteriormente se advierte cambios, en tanto no debe ser automática, debe explicarse el fundamento distinto.

Tribunal Constitucional español

El Tribunal Constitucional señala Lasagabaster (1994) La STC 2 /1981, de 30 de enero, después de afirmar la vigencia del principio, sin embargo otorga una excepción en casos de relación especial del servidor con la administración, en tales casos se justifica el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración. Posterior a ello el Tribunal Constitucional español, comienza a dar mayores detalles con respecto al fundamento del non bis in idem, así Lasagabaster (1994) rechaza la relación especial y se exige para sancionar acreditar distintos intereses.

El Tribunal Supremo español

Hernandez (2013), haciendo mención a la (Sentencia del Tribunal Supremo, 27 de noviembre 2001 y Sentencia del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 2000, Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de junio 1998) indica: En los delitos de función y faltas disciplinarias existe identidad de fundamento; así precisa que en cohecho es el mismo interés correcto funcionamiento de la administración, por lo que “no se trata de ilícitos independiente sino que el disciplinario queda comprendido en el tipo penal”, en tal sentido es evidente la afectación del ne bis in idem El autor menciona otras sentencias con la misma decisión (Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de junio 1998), (Sentencia del Tribunal Supremo del 03 de marzo de 1997).

Para García de Mercado (2007) indica que para que se pueda imponer la sanción disciplinaria, el interés tiene que ser heterogeneo.

Por otra parte en cuanto a los delitos comunes Hernández (2013) dice que en estos casos no se infringe el *ne bis in idem*, pues el delito no requiere la condición de sujeto cualificado, únicamente estamos ante el agravamiento de la pena

Portugal

Conde da Silva (2007) llega a la conclusión que no existe afectación del principio romano del *non bis in idem* en caso de sanción conjunta entre la criminal y disciplinaria, en tanto sus intereses, principios son heterogéneos, independientes, autónomos, menciona las sentencias STA del 25/11/1998, STA del 15/10/2002.

Colombia

Gómez (2007) hace una importante mención de sentencias de la Corte Constitucional y de la justicia especializada que analiza esta relación del *non bis in idem* entre ellas tenemos:

(Corte Constitucional. Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, ponente Carlos Gaviria Díaz): indica que la acción penal pertenece al deber general, mientras que la acción disciplinaria pertenece a la relación general; otra (Sentencia de la Corte Constitucional. Sentencia C- 55 de 2001), enfatiza que lo disciplinario es la negligencia, mientras que lo penal es la pena.

Del texto de las sentencias mencionadas, es inaplicable el principio *non bis in idem* en caso existe conflicto o concurso de hechos penales y disciplinarios, la misma es de raigambre reiterativa y uniforme en el fuero constitucional, como en la justicia especializada. La jurisprudencia mencionada no hace un examen respecto de Funcionarios y Servidores Públicos en cuanto a delitos comunes y especiales, los considera como irrelevantes tal diferencia, tampoco se menciona al principio de proporcionalidad. La posición antes señalada de la jurisprudencia encuentra posiciones de cuestionamiento ya en la dogmática colombiana, así (Sotomayor y Toro, 2017) la sanción basada en una relación especial, entre lo penal y disciplinario, es censurable y cuestionable, no puede afirmarse desde un inicio que los fundamentos son diferentes.

1.1.9. ¿Qué protege o cuál es el fundamento del derecho disciplinario y funcional?

Es necesario resaltar que se obvia la teoría de la Relación de Sujeción Especial, pues mediante ella se admitía sin fundamento alguno toda sanción paralela penal y administrativa -disciplinaria-, en la actualidad esta teoría no es asumida por ningún Estado, pues su origen data conforme afirma Lasagabaster (1994) a los finales decimonónicos e inicios del siglo veinte. En la actualidad las teorías que tratan de explicar el problema de la intersección del hecho penal y disciplinario son las que a continuación se desarrollan.

Protege de la infidelidad de un deber especial

Zafaroni (1998) al referirse al derecho disciplinario no desarrolla cual es el fundamento del derecho disciplinario, sólo indica que la sanción devendría en cuanto un Servidor Público afecta un deber especial cual es la fidelidad que le debe exigírsele. Tal aseveración no es de gran ayuda, tanto un hecho cometido por un Funcionario Público como delito o falta disciplinaría, también afectan el deber de fidelidad, de modo que su planteamiento no contribuye al esclarecimiento del fundamento disciplinario.

De Fuentes (2005), en España, el fundamento del derecho disciplinario es la estructura organizativa y la fidelidad a los superiores. Un segundo aspecto indica que lo disciplinario permite alcanzar los fines de una organización. En esta posición de la misma forma no se advierte diferencias notorias que lo hagan singular frente al ilícito penal al hecho penal.

Protege bienes jurídicos distintos al penal

Colombia, Izasa (2009) protege el deber funcional que es el equivalente al bien jurídico administrativo. Para el autor implica que el bien jurídico únicamente es el derecho disciplinario en su conjunto que permite la realización de la organización pública, se nota con claridad que no existe un desarrollo cómo cuales son los elementos del mismo, se aprecia en éste sentido una posición de bien jurídico sin mayor desarrollo, es decir tal bien jurídico lo sería el simple hecho de ser del derecho disciplinario tendiente al funcionamiento y existencia como a los fines de la Administración Pública.

Protege la infracción funcional como ilicitud sustancial

Gómez (2012) asevera que en el derecho disciplinario no existen bienes jurídicos, sino solo se da al contrariar los deberes, el ilícito disciplinario debe implicar la estricta observancia del deber, pero tal inobservancia debe contrariar la función estrictamente social, esta debe ser una afectación axiológica, al que denominan ilicitud sustancial. Sánchez (2012) el ilícito disciplinario es una mera contravención del deber funcional.

El Derecho Penal si exigiría el resultado, mientras que lo disciplinario es mero incumplimiento sin interesar el daño, por lo que cualquier incumplimiento es falta disciplinaria como ilicitud sustancial, situación que sería muy peligroso en un Estado democrático.

La posición que estima que debe guiarse por la absorción al injusto penal del disciplinario

(Gómez y Sanz, 2010), rechaza los planteamientos anteriores de la infidelidad de la norma, el bien jurídico diferente, la posición de infracción funcional, la relación de sujeción especial, pues considera que es aceptable con matices y que el ámbito de protección del derecho disciplinario debe ser absorbido por el penal, estima que existe la unidad del bien jurídico.

En tal sentido se considera luego de la revisión de la literatura con mucha preocupación que no existe una delimitación de un artefacto dogmático debidamente consensuado del fundamento del Derecho Disciplinario que lo distinga del otro poder punitivo mayor el Derecho Penal. Una de las causas es que los dogmáticos siempre han considerado algo irrelevante ocuparse del mismo - derecho disciplinario-, situación que se estima con grave preocupación continúa, más en el país no encontramos un trabajo en profundidad de la diferencia dogmática del Derecho Disciplinario frente al Derecho Penal, situación que incluso ha llevado que el sistema normativo de infracciones funcionales establecidos por la Contraloría General de la República en el Perú se haya declarado inconstitucional (Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Expediente 0020-2015-PI/TC-2019), pues las faltas disciplinarias deben ser establecidos por Ley, más no por normatividad infra legal, como ocurría en los tipos disciplinarios o funcionales de la Contraloría General de la República en nuestro país. Debe precisarse que el

(Tribunal Constitucional, 0020-2015-PI/TC, Auto N° 04, 2019), convalidó todas las sanciones emitidas, pese a la inconstitucionalidad de los tipos.

Es importante resaltar que los esfuerzos por delimitar lo penal y lo disciplinario dimanan fundamentalmente desde la jurisprudencia penal que ha pretendido encontrar diferencias. La diferencia entre lo penal y disciplinario se torna en vital, sin embargo no han sido posible encontrar, ni construir un marco dogmático disciplinario propio, por lo que las bases del Derecho Penal como derecho sancionador mayor sigue siendo las más importante para explicar esta diferencia. No se puede partir de posiciones no consolidadas como dogmática para diferenciar lo penal y lo disciplinario, especialmente en el caso de Funcionarios y Servidores Públicos cuando los mismos incurren en infracciones ya sea penales y disciplinarios.

En la dogmática la problemática de la sanción penal y disciplinaria al mismo tiempo encuentra un desarrollo profuso en Jalvo (2006) la autora pondera que toda sanción administrativa es procedente siempre que se afecte el servicio público o la organización administrativa, entonces, surge de manera diáfana que no se castiga en el Derecho Disciplinario el mero incumplimiento, sino también es fundamental demostrarse la afectación que implicaría la lesividad, esta se enmarca en un concepto de derecho constitucional disciplinario que exige la vigencia de los derechos fundamentales como también ha reconocido el (Tribunal Constitucional Peruano, expediente 02098-2010-PA/TC-Lima, 2011), en un proceso disciplinario debe evaluarse derechos fundamentales, una simple tipificación, así que tenga reconocimiento o reserva de ley no implica su automatismo para estimar como falta, el caso esta referido a la vida amorosa de una cadete y que tal hecho era falta disciplinaria, el mismo ha sido declarado inaplicable por afectar el libre desarrollo de personalidad,

1.1.10. ¿Cuál es el fundamento de la sanción penal en los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos contra la Administración Pública?

En la teoría del bien jurídico

Rojas (2006), asume que los delitos de la Administración Pública protegen el bien jurídico correcto funcionamiento de la Administración Pública, además la misma

comprende otros intereses o valores vitales que al ser apreciados en total hacen el bien jurídico, así entre ellas menciona la regularidad, desenvolvimiento normal de tal ejercicio, prestigio, dignidad, correcto uso de patrimonio público, probidad en el desempeño de la función pública, objetividad, imparcialidad en la administración. Así, no solo es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino como lo específico de cada delito.

Salinas (2019) señala que los delitos contra la Administración Pública tienen como objetivo el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la Administración Pública, todo ello orientado al bien común. Afirma que existe un bien jurídico global y otro particular, pues en cada delito existe otro singular o propio.

En la teoría del normativismo radical de Jakobs

Caro (2014) delimita lo prohibido y lo no prohibido, el desempeño debe enmarcarse en el mismo, el cual es el rol. Jakobs (2001) indica el hecho penal es la afectación de la ley o norma en sí, el mismo son como deberes literalizados. En los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos conforme Abanto (2014) las personas responden por su relación con el deber, el mismo no aplicable a ningún tercero no parte de la institución, para delimitar el mismo es necesario vincular el rol a los instrumentos de gestión, del arte, para superado el mismo ingresar a lo subjetivo.

La jurisprudencia nacional (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 160-Ancash, 2014) a nuestro criterio opta estrictamente por mayoría por una posición normativista, pues pondera el deber funcional del servidor público; en la misma línea Caro (2014) cita el expediente 1210-04 de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para procesos con reos libres, cuya sentencia en el considerando quinto indica el riesgo se da únicamente en caso no se supere el riesgo prohibido; de la misma forma en el R.Nº 776-2006-Ayacucho y se indica que debe quebrantarse el rol social y superado el mismo es recién posible la imputación penal.

En la teoría del normativismo moderado de Roxin o teoría mixta

En la línea de Roxin en el país encontramos a Salinas (2016), quien al referirse a los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos en contra de la Administración Pública ha indicado que en los delitos de infracción del deber es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo en éste caso un deber especial establecido, mientras que otro Servidor Público que no infringe un deber o el extraneus, siempre será cómplice, nunca autor, así un delito de infracción del deber se ve caracterizada por el mismo hecho de que se abusa o descuida de un deber especial que surge de un rol social, pero tal infracción o incumplimiento del deber lesiona o pone en peligro bienes jurídicos. Precisa que un delito especial protege principios o deberes, mientras los delitos de dominio o comunes protege siempre derechos. Esta teoría surge, basado en que en algunos casos Rojas (2006) no era suficiente ser el que se encuentre en el dominio del hecho, sino es fundamental la condición especial, sujeto cualificado.

Abanto (2014) al examinar el fundamento de los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos también opta por una posición mixta, así menciona que es irrenunciable en su integridad la teoría de los bienes jurídicos, más que la infracción del deber únicamente contribuye determinar la autoría, por lo que en caso de no demostrarse la afectación o puesta en peligro del bien jurídico, es imposible imponer un sanción penal, es por eso que vigilar la sola infracción del deber y norma es catalogado como radical y ribetes de exceso de poder punitivo del Estado.

La jurisprudencia nacional si bien tiene fallos estrictamente dentro de la posición de Jakobs, pero ocurre que se tiene también jurisprudencia que se enmarcan en la posición del funcionalismo moderado de Roxin. Así se tiene que (la Corte Suprema de la República, Sala Penal Permanente, Casación 1004-2017-Moquegua- 2018); señala en esencia, que existe elementos que corresponden a la teoría del dominio en el delito de peculado, pero también es un delito de infracción del deber, dicho en otro modo articula los elementos de dominio a la infracción del deber, un tipo penal híbrido.

En otra jurisprudencia la (Corte Suprema de la República, Segunda Sala Penal Transitoria, Casación N°. 102-2016-Lima- 2017), en cuanto a los delitos contra la

Administración Pública en el fundamento 17.5 señala, que no todos los delitos especiales son de infracción del deber, el delito de tráfico de influencias es un delito común.

Finalmente, conforme al normativismo el ejercicio del poder punitivo, ante las perplejidades de las teorías de imputación no consolidadas genera preocupación, al respecto surge crítica en la dogmática; así al respecto indica Baratta (2004) es fundamental garantizar la sobrevivencia y la resistencia del derecho penal que garantiza la vigencia de los derechos humanos, el derecho penal sin límites trae excesos, enfatiza que obviar el bien jurídico como barrera de toda infracción penal implicaría variar totalmente distintas y vitales categorías del delito. López (2011) sería un retroceso del derecho penal el solo considerar el rol como factor de imputación.

1.1.11. El principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora en un Estado Constitucional

El principio de proporcionalidad para Grandez (2019) es el principio mayor, tal principio de proporcionalidad en el Derecho Penal tiene una aparición tardía. Para Mir (2016) la proporcionalidad inicialmente solo se refería a controlar las medidas de seguridad para que las mismas no sean desproporcionadas, la pena se regía por la culpabilidad, dicho en otro modo un máximo o mínimo de la pena eran los parámetros en los que debía imponerse una pena, pero en la actualidad el control de la pena también es materia de examen del principio de proporcionalidad, pues esta se erige como un principio general del Derecho Penal, en tal perspectiva, toda intervención del ius puniendi -derecho sancionador- debe implicar un examen de su constitucionalidad, pues una pena afecta derechos fundamentales.

1.1.12. La teoría de los principios y reglas

Dworkin (1995), realiza una diferencia entre normas precisas y genéricas, las primeras se les llama directrices y las segundas son los principios, esta última tiene base en los valores como la justicia y equidad e incluso la moral, los principios se catalogan de acuerdo a los niveles de logro.

Para (Gascon y García, 2005) los principios son los que encarnan los derechos humanos, no interesa si están o no reconocidos en la Constitución

Respecto a que si existen o no diferencias entre principios y reglas (Gascón y García, 2005), se tiene tres teorías: existe diferencia Dworkin, Alexy, Atienza, Ruiz Manero, defiende la teoría cualitativa, otra una opaca diferencia y finalmente la tesis de conformidad que establecen que no existen diferencias entre reglas y principios.

Zagrebelsky (2008), efectúa un importante aporte muy esclarecedor respecto a la diferencia entre reglas y principios, así señala que los principios son la génesis del sistema constitucional, mientras que las reglas se limitan asimismo, es decir no son fundantes del sistema. Enfatiza que la diferencia más importante está relacionada al tratamiento que se le da a tales categorías, así las reglas pueden utilizar los criterios interpretativos, que tiene por objeto escudriñar el objeto del legislador, mientras que en los principios hay poco que interpretar desde lo que dijo el legislador y que más que ser interpretadas deben ser entendidas en la forma de vida que adopta un grupo de individuos, tradiciones históricas, contextos de significados y en ese análisis establece que a las reglas se acepta y los principios es deliberativo, pues conforme Atienza (2001) tal valoración de las reglas ya lo hizo el legislador.

Zagrebelsky (2008), dice que las reglas tiene una aplicación matemática, el operador jurídico es un técnico y por ello hasta se podía crear un programa de aplicación, por lo que señala que así no puede ser entendido el derecho, en tanto existe principios que requieren entender e interpretar.

Sin embargo, también la crítica a los principios viene desde la dogmática con diversos puntos de vista, así al respecto dice García (2017) es una concepción ius moralista se ingresa a una inseguridad, ya que todo es vencible o no, al que lleva la no diferencia del derecho y la moral, dicho de otro modo con los principios no existe garantías de seguridad y predictibilidad, pues todo es derrotable o no.

El (Tribunal Constitucional Peruano, 1417-2005-AA-2005), al referirse a reglas y principios, asume una posición de clara diferencia entre principio y regla, así como indica que los principios son mandatos de optimización el mismo de raigambre Alexiana; pero Grandez (2019) las diferencias no está concluidas, pero existe posiciones que resaltan que no existe diferencias entre ambos, al respecto es de precisar que las mismas también responden a ideologías, que defiende las reglas como algo cerrado propio del positivismo y por otra parte la vigencia de los

principios que corresponde al neo positivismo algo más general o indeterminado, pero fuera de todo ello existen mayores razones para estimar tal diferencia, pues cuando nos encontramos ante normas con carácter de principio las reglas de interpretación son incapaces de resolver, lo que daría lugar que los hechos sean no resueltos o se opte por una discrecionalidad no fundamentada. Para Alexy (2002) esta diferencia constituye la base normativa que delimita los límites de los derechos fundamentales.

1.1.13. Principio de proporcionalidad

Para Prieto (2013) tiene una fuerza mayor, indiscutible, su destinatario es el Estado, sus diversas acciones. Lopera (2006) afirma que los principios delimitan los derechos fundamentales y otra permite ponderar, balancear los derechos fundamentales, es teoría también metodología.

1.1.14. La consolidación del principio de proporcionalidad

Dice Lopera (2006), aparece como un concepto general, amplio sin una metodología propia siglo XVIII en el ámbito administrativo, un segundo momento es como ya método de medición de principio, su nacimiento después de la segunda guerra mundial

El principio se positiviza Fernandez (2008) por vez primera en la Ley de Bonn Alemania en el año 1949, al respecto dice Lopera (2006) posteriormente el principio de proporcionalidad se masifica, en cuanto método así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Europa lo usa desde el año 1976.

En España ingresa conforme anota Gonzales (2003) el test de proporcionalidad al Tribunal Constitucional a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, con sus tres elementos idoneidad, necesidad y proporcionalidad, por lo que el clásico uso de medio a fin queda en el olvido, para ingresar plenamente en el test de proporcionalidad.

En el Perú, Rubio (2018) refiere que las primeras referencias del test de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional del Perú se encuentra en el año 2002 expediente 0649-2002-AA/TC, en el mismo el análisis se construye de manera genérica conforme al uso que también dió el Tribunal Constitucional español en el año 1995, sentencia con Nro 66/1995 del 08 de mayo 1995. El uso

con el test configurado en el Perú se da en la sentencia 0045-2004-PI-TC -del 24 octubre 2005-, en la que se hace uso del principio de proporcionalidad cuya estructura ya comprende el examen de los tres elementos, idoneidad, necesidad y de proporcionalidad.

¿Qué es el principio de proporcionalidad en la actualidad?

Gonzales (2003) es un instrumento propio del derecho constitucional, permite subsanar los métodos interpretativos de la subsunción que son insuficientes. Fernández (2008), al referirse al principio de proporcionalidad, si bien señala que es más fácil aplicarlo que definirlo, sin embargo estrictamente con respecto al principio precisa esta sienta la estructura del sistema jurídico.

Lopera (2006) del estudio de la jurisprudencia en los tribunales constitucionales de Europa, afirma que es un instrumento del control de las intervenciones del Estado, puede aprobar como desaprobado tales intervenciones estatales por desproporcionalidad.

En tal sentido dada la revisión dogmática efectuada, se puede afirmar que el principio de proporcionalidad es un instrumento de medición constitucional que se utiliza en el acto de ponderar principios constitucionales, esta facultad es estrictamente jurisdiccional, en tanto es la única que tienen la facultad de control difuso para inaplicar un marco con vicios de inconstitucionalidad en un caso concreto. Su método implica el uso de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

1.1.15. El principio de proporcionalidad en el derecho sancionador

Dentro del derecho sancionador tal como ya se precisó en el punto respectivo de la potestad sancionadora del Estado, en la que se asumió como posición que la Potestad Sancionadora del Estado es única y la misma comprende el Derecho Penal, el Derecho Disciplinario y todo otro acto que comprende la potestad punitiva del Estado. No se puede afirmar que la potestad sancionadora del Estado solo comprende el Derecho penal, sino las otras ramas del derecho sancionador Estatal, toda vez que estamos ante una potestad única.

Castillo (2004) el principio de proporcionalidad con la concepción actual, solo prohíbe el exceso, pero no la sanción o la pena diminuta, para el autor la

proporcionalidad debería también examinar la disminución o la desproporcionalidad por defecto, es decir cuando la pena sea muy baja, de esta forma el ámbito de acción del principio de proporcionalidad sería más amplio. Al respecto de las penas Arias (2012) concluye que cuando una pena afecta de manera desproporcional los derechos fundamentales, incluso en tal caso la pena puede ser por debajo del mínimo legal, es decir la proporcionalidad permitiría la disminución debajo de la pena abstracta. Por su parte en la actualidad tal como refiere Tirado (2011) no existe un desarrollo de la proporcionalidad en la potestad sancionadora administrativa estrictamente.

1.1.16. La ponderación y la proporcionalidad en sentido estricto

Bernal (2005) afirma que la proporcionalidad en sentido estricto de la mejor forma lo desarrolla Alexy, la proporcionalidad en sus inicios solo entendido como una propuesta general en la actualidad es más preciso. Tal principio ahora dice Bernal (2005) se compone de tres reglas que son los sub principios de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad y éste último que sería la proporcionalidad en sentido estricto, además está compuesto por tres sub reglas que son la ley de la ponderación, la fórmula del peso y un tercero la carga de la argumentación de los derechos en conflicto que son contrastadas a través de un operación matemática cuyo cociente entre los principios en conflicto permitirá establecer si existió afectación de derechos fundamentales o no, haciendo uso de la fórmula del peso la misma que está conformado por variables como el peso concreto, peso abstracto, la seguridad de las premisas empíricas, las mismas que tienen pesos asignados por el juzgador.

La metodología de la proporcionalidad para Martínez (2007) permite un resultado óptimo, es decir el uso de la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de asignación de pesos.

Sin embargo la dogmática plantea críticas a la proporcionalidad en sentido estricto, así, García (2017) cuestiona que asignar pesos a los derechos da lugar a que esta situación se particularice el derecho, pues en cada persona es distinto la asignación o el valor que se otorga, esta situación lleva que el derecho no sea realizable; al respecto de tal crítica se comparte la posición de Prieto (2003) que la ponderación si bien no es exacta, pero permite optimizar, jerarquizar principios en un caso

concreto, posición que se asume, pues la discrecionalidad que viene a ser lo contrario de la proporcionalidad esta sería más dañino, pues no tiene una metodología ni es necesario su motivación que defiende la proporcionalidad como metodología.

La idoneidad

Es bastante esclarecedor lo señalado por Zúñiga (2018), la adecuación o idoneidad está relacionado a la importancia del bien jurídico, la gravedad del mismo, también corresponde establecer que bienes jurídicos ameritan su protección desde una racionalidad del valor del mismo y en un segundo nivel la racionalidad de fines la capacidad, o sea la necesidad de su intervención penal. Para Barak (2017), la idoneidad esta ligada al fin adecuado, el mismo tiene que ser legítimo, no toda autorización legal es idoneo.

Martinez señala (2007) si la ponderación corresponde a una decisión legislativa o en todo caso un conflicto entre particulares o un particular y el Estado, en el primero el fin debe interpretarse si la medida no debe perseguir un fin contrario a la Constitución; mientras que en el segundo esta consiste en dar prioridad a uno de los derechos constitucionales en conflicto. Por su parte con respecto a la idoneidad o adecuación se hace para un fin valioso, y si la medida no es idónea si el fin es inútil o injustificada.

La necesidad

Martínez (2007) afirma que en la necesidad debe evaluarse las alternativas que existen y debe escogerse el menos dañino, pero que tal decisión tenga la misma eficacia. Asimismo, éste sub principio para Bernal (2005) permite establecer que toda intervención de derechos fundamentales debe enmarcarse en lo más favorable o que convenga en el derecho del intervenido, siempre y cuando revista o permita alcanzar o tenga la idoneidad para alcanzar el objetivo, de lo contrario sino existe alternativas que permitan alcanzar el objetivo y esta no sea idóneo se habría superado éste sub principio corresponderá ingresar al otro sub principio, cual es la proporcionalidad y de existir medios alternativos idóneos se deberá optar por el mismo; para Barak (2017) es conocido como lo menos restrictivo, en un marco legal el legislador debe escoger lo que menos restrinja los derechos humanos, para el autor es el corazón del principio de proporcionalidad .

En tal línea en caso de la necesidad de la pena afirma Zúñiga (2018) siempre la pena debe ser excepcional, en tal razón la regla es no ocasionar mayores daños, es por ello el principio de proporcionalidad se ubica a los principios de última ratio, subsidiariedad, para la autora al imponer toda pena se debe evaluar si existe otro medio que cumpla la finalidad, en tanto la pena es excepcional, o sea última ratio.

La proporcionalidad en sentido estricto

Se tiene en cuenta para Bernal (2005) tres elementos, las cuales son la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación. La primera comprende tres categorías el peso concreto, peso abstracto y la seguridad de las premisas, a tales categorías se le asigna una valoración de intensidad conforme la fórmula del peso, para finalmente del cociente del mismo a través de la carga de argumentación se determina la preferencia del principio en conflicto, más específicamente cuando exista empate entre las mismas. Para Zúñiga (2018) estima pertinente que la pena que se consigne en un ilícito debe partir de los estudios de la necesidad de la prevención, como también de los estudios de la naturaleza del bien jurídico, rechaza la autora que sólo debe acudir a las exigencias sociales de mayor punición, al final esta se convierte en un populismo penal y lamentablemente esta tendencia es frecuente, siendo el derecho penal una manifestación excesiva del poder. Mir (2010) para que la pena sea justificada, debe evidenciarse que no existan otros medios de menor afectación. La autora Colombiana Arias (2012) indica que el acto jurisdiccional de la imposición de pena, no solo debe limitarse al acto de subsunción, sino es necesario la ponderación para imponer la pena.

Alexy (2008) la Ley de ponderación, contiene tres pasos el primero el impacto de afectación, el segundo esta referido a la significancia de la satisfacción y el tercer paso, a la importancia que se le otorga al principio justifica la afectación del otro; la fórmula del peso en si son, el peso concreto, peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas premisas, el peso concreto la misma que lo representamos como "PC", viene a ser la afectación del principio en un caso en conflicto, por ello se dice el caso en concreto, la misma -afectación- que puede ser cuantificado o en todo caso solo utilizarse valores cualitativos -grave, leve, medio- estas intensidades, lo llama la escala triádica el autor, que lo revisaremos en la categoría fórmula del peso; por su parte el peso abstracto que lo representamos para el estudio

como “PA”. Finalmente, la tercera variable seguridad de las apreciaciones empíricas, que se puede representar para nuestro estudio con “SAE”.

Para determinar la prevalencia de un principio en un conflicto de los mismos, se nos plantea la siguiente fórmula:

$$P(A)(B) = PC(A) \cdot PA(A) \cdot SAE(A) / PC(B) \cdot PA(B) \cdot SAE(B)$$

PC(A): Peso concreto del principio A

PA(A): Peso abstracto del principio A

SAE (A): Peso de seguridad de las apreciaciones empíricas del principio A

PC(B): Peso concreto del principio B

PA(B): Peso abstracto del principio B

SAE (B): Peso de seguridad de las apreciaciones empíricas del principio B

Peso concreto. Es el grado de afectación de un principio por una parte y por otra el grado de satisfacción. Puede ser en ambos intensa, media, leve, cuyos valores serían 4, 2, 1; pero también puede usarse los valores 1, 2, 3.

Peso abstracto. Es la importancia que tienen los valores imperantes en la sociedad, es decir el valor que tiene el principio en conflicto en la sociedad actual. Su valoración o afectación se mide con la escala triádica intenso, medio, leve y con los mismos valores cuantificables para el peso concreto, 4, 2, 1.

Seguridad de las apreciaciones empíricas. Es la certeza que uno tiene de los hechos ocurridos respecto de los principios en conflicto, cuya intensidad varía en orden descendente de seguro, plausible y no evidentemente falso o no probable, cuyas puntuaciones descienden de 1, 0.5, 0.25.

1.2. Antecedentes

Conde Da Silva (2007): Cuando se juzga dos veces penal y disciplinariamente a un Funcionario Público por los mismos hechos, constituye la no aplicación del principio non bis in idem, ello impide la vigencia de los principios de la tutela judicial efectiva, cosa juzgada, separación de poderes, seguridad jurídica, lo que pone en riesgo la dignidad humana.

Ignacio (2009): En el caso exista sanciones por faltas disciplinarias en los procesos administrativos disciplinarios, señala que ante una misma falta se impone en algunos

destitución y en otros cese temporal, lo que daría lugar a que no existe una conjunto de principios debidamente desarrollados en el derecho administrativo disciplinario sancionador.

Soana (2010): El principio de proporcionalidad se constituye en un instrumento fundamental de medida de las afectaciones o límites que se efectúa de los derechos fundamentales por un poder del Estado. Su aplicación es de utilidad insoslayable en el derecho penal. Existe un peligro permanente que el legislador afecte en demasía derechos fundamentales de los ciudadanos/as.

Chinguel (2015): Existe una diferencia cualitativa entre el derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, el primero busca la vigencia de la norma, mientras el segundo busca mantener el funcionamiento correcto de la organización estatal. Redefine el elemento fundamento del *ne bis in idem* y considera que esta debe ser visto como identidad de efectos ya no fundamento, así en caso los efectos penales cumplen lo administrativo, ante tal situación en base a la necesidad se examinará si corresponde imponer la sanción administrativa.

Hernandez (2013): En cuanto a la identidad de fundamento, esta se relaciona o implica cuando el bien jurídico es lo mismo o en todo caso lo es idéntico el interés jurídico protegido que dimana de la norma. Precisa respecto de los Servidores Públicos no procede aplicar el *non bis in idem*, en tanto que los bienes jurídicos entre lo penal y disciplinario serían diferentes y en todo caso si el bien jurídico es idéntico correspondería la aplicación del citado principio. En España esta garantía no esta reconocida expresamente, pero a sido el Tribunal Constitucional que lo reconoció.

García (2014): En cuanto al *ne bis in idem*, de tipos penales e infracciones funcionariales, en casos que tengan un estructura parecida, en tales situaciones no se puede asumir de manera *ex ante* la independencia de responsabilidades penales y disciplinarios como fuera incontrovertible, pues ello daría lugar a la afectación del citado principio. Para garantizar el pleno respeto debe siempre efectuarse una interpretación constitucional, en caso que fuera distinto los tipos penales y disciplinarios se puede implementar la simultaneidad de los procedimientos sancionadores, más no así en caso no sean diferentes.

Rojas (2014) concluye: El *ius puniendi* tiene límites constitucionales y las mismas no se aplican de idéntico modo a las distintas ramas del derecho sancionador, esta debe ser con

diferencias, reconoce que la irradiación debe darse de todas las maneras al derecho administrativo.

Ottaviano (2008): Todos los sistemas jurídicos, consienten la existencia de excepciones al principio *ne bis in idem*, estas excepciones se rigen por reglas literales, en el ámbito americano ha sido los órganos de aplicación que han creado, por su parte en Europa en el Acuerdo Schengen, establece una de las excepciones es la que permite la sanción de los Funcionarios Públicos.

Leal (2015): De la literalidad del artículo 243 de la (Ley 27444, 2001) Ley del Procedimiento Administrativo General, no se puede inferir la acumulación tanto de sanciones penales y disciplinarias, no hay razón para imponer doblemente sanción penal y disciplinaria, cuando lo correcto es solo se incluya en el incremento de la pena, precisa que lo penal siempre absorbe lo administrativo y debe operar la consunción.

Castiblanco (2014): Frente al desarrollo de la concepción del bien jurídico en la actualidad se tiene otra posición de Jakobs, quien prácticamente marca distancia de la teoría del bien jurídico como el núcleo del delito o ámbito de protección del mismo, más bien postula a la construcción de expectativas normativas que sea garantía de seguridad o al menos expectativa, siendo por tanto éste el objeto de protección del derecho penal.

Caycho (2019): Señala que desde la jurisprudencia se puede consolidar los tipos penales y disciplinarios, dada que existe la dificultad de distinguir el tipo penal del disciplinario y la infracción ética, a partir del trabajo respecto a los viáticos que se entrega a los Servidores Públicos, afirma que tal distinción no es una tarea sencilla que deben cumplir los legisladores.

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. Identificación del problema

Hay una necesidad urgente de plena vigencia del principio de proporcionalidad al imponerse sanción penal y disciplinaria en los casos que existe concurso de sanciones penales y disciplinarias en los delitos especiales incurridos por Funcionarios y Servidores Públicos en contra de la administración pública. El principio ne bis in idem, que implica no doble sanción por lo mismo ni doble proceso con un riesgo de la doble sanción, desde la teoría del bien jurídico entendido al margen de la infracción del deber o rol institucional -teorías del derecho penal actual- a dado lugar a interpretar que el fundamento de la sanción penal y el fundamento disciplinario son diferentes, por lo que es perfectamente aplicable ambas sanciones, en tanto son de distinta naturaleza, lo que no se condice con la dogmática actual del derecho penal.

Así el Tribunal Constitucional Peruano de manera uniforme (Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, 1670-2003-AA/TC-2004), (Tribunal Constitucional, proceso de Amparo 00361-2010-PA/TC-2010), y otros ha sostenido en sus pronunciamientos, para no aplicar el ne bis in idem razones como, no se configura la identidad de fundamento, toda vez que como ya lo ha señalado este Tribunal las sanciones penales y disciplinarias corresponden a finalidades distintas, bienes jurídicos diferentes, procesos de distinta naturaleza y origen, el proceso administrativo y el proceso penal están orientados a determinar distintos tipos de responsabilidades, criterios que se aplican de manera homogénea en delitos especiales y comunes. Por su parte en otros casos el (Tribunal Constitucional Acción de Amparo, expediente 970-2001-AA/TC-2002), (Tribunal Constitucional, proceso de Amparo, expediente 03277-2010-PA/TC-2011) se ha pronunciado que no corresponde la sanción disciplinaria, pues se ha afectado el principio

ne bis in idem. Esta situación jurisprudencial no contribuye al pleno esclarecimiento de la aplicación del citado principio.

El Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia de la República, Salas Penales permanentes y Transitoria, Acuedro Plenario 01-2007/ESV-22-2007), refieren que los bienes jurídicos son diferentes. Por su parte los Tribunales Administrativos de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (Tribunal del Servicio Civil, Sala Plena, Resolución 001-2012-SERVIR/TSC-2012) y otros, de igual modo la (Contraloría General de la República, Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, Resolución 186-2017.CG/TSRA-Primera Sala) y otros, se amparan en la dualidad normativa, bienes distintos y la independencia de las responsabilidades penales, disciplinarias, civiles.

La dogmática se ha dividido en posiciones en contra de la aplicación del ne bis in idem y otro a favor, quienes están en contra se amparan: que existe excepción al citado principio en caso de Servidores Públicos, el dualismo normativo, diferentes bienes. Por su parte quienes están a favor indican: que son de la misma naturaleza, pertenecen al poder punitivo del Estado que es único. El corolario es Reategui (2006) la identidad de fundamento es un punto muy conflictivo.

Se puede asumir que la problemática no ha sido evaluada por la jurisprudencia nacional desde las teorías del derecho penal, normativismo de Roxin y Jakobs cuyos aportes es de gran potencia para el esclarecimiento del problema. Asimismo, no se advierte también un examen de tal problemática desde el principio de proporcionalidad que articule lo constitucional, penal y administrativo, cuyo resultado sería más sistemática, cohesionada y avanzada a la luz del derecho actual.

2.2. Definición del problema

Problema general

- ¿Cómo es la vigencia del principio de proporcionalidad cuando existe concurso de delitos y faltas disciplinarias cometidos por servidores públicos en cuanto al elemento fundamento del ne bis in idem en las teorías del bien jurídico y normativismo al imponerse sanción penal y disciplinaria?,

Problemas específicos

- ¿Cuáles son los delitos especiales y comunes tipificados en el Código Penal, que tienen intersección o concurso con las infracciones disciplinarias?

- ¿Cómo se diferencia el elemento identidad de fundamento del ne bis in idem en la teoría del bien jurídico y normativismo de Roxin y Jakobs en los casos de concurso de delitos y faltas disciplinarias cometidos por funcionarios y servidores públicos, así como que teorías asumen las sentencias del Tribunal Constitucional, Justicia penal, administrativa en el Perú?
- ¿El Tribunal Constitucional peruano en los casos de concurso de delitos y faltas disciplinarias en el examen del ne bis in idem, garantiza la vigencia del principio de proporcionalidad al imponerse sanción penal y disciplinaria?

2.3. La intención de investigación

En los casos en que se debate en la práctica judicial y administrativa, como es la identidad de hecho, sujeto y fundamento ne bis in idem en los delitos y faltas disciplinarias-funcionariales que se superponen incurridos por Funcionarios y Servidores Públicos en agravio de la administración pública, en específico el elemento fundamento desde la teoría del bien jurídico que desconoce la infracción del deber-rol, se ha encontrado con una imposibilidad de resolver satisfactoriamente el problema en clave constitucional generando ello serios cuestionamientos a la proporcionalidad de la sanción. La investigación pretende que desde la teoría del normativismo - funcionalismo de Roxin y Jakobs, se examine la identidad de fundamento del principio ne bis in idem, para garantizar el principio de proporcionalidad en la justicia peruana.

2.4. Justificación

En el ámbito administrativo la facultad de imponer sanciones disciplinarias y funcionariales a los servidores del Estado es amplia, así tal facultad lo tiene la Contraloría General de la República, la Autoridad Nacional del Servicio Civil -Servir-, por otra parte, otros Poderes y órganos Constitucionales pueden imponer sanciones a mérito de leyes especiales, carrera judicial, carrera fiscal, carrera pública profesorado, fuerzas policiales y otros. En el ámbito penal el Ministerio Público ha implementado fiscalías especializadas para delitos de Corrupción de Funcionarios y el Poder Judicial tiene juzgados especializados al respecto, de modo que el servidor público en la actualidad puede ser sancionado en cada uno de los mismos, además por (Decreto Supremo 044-2018-2021 2018) Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021 se ha reforzado la capacidad sancionadora del Estado a los actos de corrupción.

En tal marco el principio fundamental ne bis in idem garantía de la prohibición de exceso -principio de proporcionalidad- indica que cuando existe identidad de hecho y sujeto y fundamento, en caso de los delitos especiales incurridos por Funcionarios y Servidores Públicos no corresponde la doble sanción, es decir la penal y disciplinaria. Se puede afirmar que ha sido la dogmática inconclusa y la jurisprudencia que han señalado que existen, diferencia de bienes jurídicos, fines distintos, hasta que existiría excepción cuando estamos ante Servidores Públicos. De otra parte la incorrecta interpretación de marcos normativos que admiten la independencia y autonomía de responsabilidades sin diferenciar delitos especiales de los comunes.

Al respecto se plantea que debe dejarse de lado el examen del elemento fundamento del ne bis in idem desde la teoría del bien jurídico que no reconoce la infracción del deber-rol y debe enfocarse el elemento fundamento desde la teoría del normativismo -funcionalista que reconoce el bien jurídico pero en estricta cohesión con la infracción del deber y el rol como factor de imputación. Además, debe articularse el mismo con los principios del derecho penal mínimo y el principio de proporcionalidad.

2.5. Objetivos

2.5.1. Objetivo general

- Explicar, el principio de proporcionalidad cuando existe concurso de delitos y faltas disciplinarias cometidos por Servidores Públicos en cuanto al elemento fundamento del ne bis in idem en las teorías del bien jurídico y normativismo al imponerse sanción penal y disciplinaria.

2.5.2. Objetivos específicos

- Comparar el marco normativo penal y administrativo disciplinario en casos de delitos especiales, comunes y de organización incurridos por Funcionarios y Servidores Públicos en los casos que existe intersección o concurso y que criterios de diferenciación existe.
- Diferenciar la identidad de fundamento del ne bis in idem en la teoría del bien jurídico y normativismo de Roxin y Jakobs en los casos de concurso de delitos y faltas disciplinarias y funcionariales cometidos por Servidores Públicos, así como la teoría que asumen el Tribunal Constitucional, justicia penal y la administrativa.
- Determinar, sí el Tribunal Constitucional Peruano en los casos de concurso de delitos y faltas disciplinarias - funcionariales incurridos por Servidores y

Funcionarios Públicos al realizar el examen de la identidad de fundamento del principio ne bis in idem garantiza la vigencia del principio de proporcionalidad.

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1. Acceso al campo

La investigación se realizó en la ciudad de Puno, empero la dogmática, la jurisprudencia y normatividad acopiada del objeto de estudio, esta corresponde a la nacional y extranjera. Para acceder a la información del contexto se realizó la revisión documental del marco normativo penal y administrativo de los delitos especiales y comunes incurridos por Servidores Públicos en el país, así también la revisión de la identidad de fundamento en la teoría del bien jurídico y el normativismo desde la dogmática, también de sentencias del Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Contraloría General de la República y de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, respecto a la identidad de fundamento y proporcionalidad. Las dificultades se enmarcaron fundamentalmente en la búsqueda de trabajos que enfoquen el tema desde el normativismo en articulación con la proporcionalidad, así como jurisprudencia extranjera con tal perspectiva, no se encontró trabajos en tal horizonte, sino solo desde una visión del bien jurídico; empero, desde estrictamente la dogmática normativista se construyó una posición lo que permitió explicar el problema de estudio. No se encontró dificultad alguna con respecto a la selección de dogmática, jurisprudencia nacional, pues la bibliografía es abundante y la jurisprudencia vía ingreso a las páginas web del Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Contraloría General de la República, la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

Respecto a las Resoluciones materia de estudio, al elemento fundamento del *ne bis in idem* del Tribunal Constitucional corresponde a los años 2001 al 2011, del Poder Judicial del año 2007 y administrativas que corresponden a los años 2001, 2013, 2016, 2017; así como respecto al principio de proporcionalidad las mismas sentencias del 2001 al 2011, así como del 2019; las resoluciones han sido escogidas en caso del Tribunal Constitucional y Poder Judicial, en tanto son decisiones que marcan una línea

jurisprudencial uniforme y las administrativas casos tipo elegidos que siguen la línea trazada por el ente constitucional y judicial.

3.2. Selección de informantes y situaciones observadas

Respecto a las unidades de investigación para el presente trabajo corresponde: la normatividad penal sobre delitos especiales y comunes incurridos por Funcionarios y Servidores Públicos, así como la normatividad administrativa respecto a faltas disciplinarias o funcionariales que encuentre dificultad de diferenciarse del tipo penal; la dogmática del bien jurídico, normativismo moderado-radical y el principio de proporcionalidad; Resoluciones del Tribunal Constitucional, Poder Judicial y de la Contraloría General de la República y de la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

Las sentencias en cuanto al elemento fundamento del ne bis in idem del Tribunal Constitucional comprende 23 casos que corresponden a los años 2001-2011, años en que era posible el examen constitucional del elemento fundamento del ne bis in idem penal y disciplinario; del Poder Judicial 01 Resolución del 2007 con categoría de ejecutoria vinculante y 04 Resoluciones Administrativas que corresponden años 2001, 2013, 2016, 2017.

Por su parte respecto al principio de proporcionalidad, esta corresponde todas las sentencias del Tribunal Constitucional que fueron examinados para identificar la teoría asumida en el ne bis in idem, pero esta vez para determinar si el Tribunal hace uso del principio de proporcionalidad en la mismas; y 01 sentencia del 2019 donde el Tribunal Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad de las facultades sancionadoras de la Contraloría General de la República, en base al principio de proporcionalidad.

3.3. Estrategias de recogida y registro de datos

Las técnicas que se utilizaron fueron la Observación Documental y Análisis de Contenido. En cuanto al primero se registra información con respecto a los tipos penales cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos y los tipos disciplinarios que tienen una construcción similar; por otra parte se registra la identidad de fundamento desde la teoría del bien jurídico, así como desde el normativismo de Roxín y Jakobs, finalmente la identidad de fundamento en las Resoluciones del Tribunal Constitucional, Poder Judicial y entes administrativos, así como recoger información si el Tribunal Constitucional hace uso del principio de proporcionalidad en casos de concurrencia penal y disciplinaria de los hechos. La segunda técnica permitirá comparar la información

recabada sobre los tipos penales y disciplinarios, las dificultades que existen para su distinción, así como diferenciar la identidad de fundamento del ne bis in idem entre la teoría del bien jurídico y el normativismo, esta última entre Roxin y Jakobs, para concluir se compara la teoría que asume el ente constitucional, jurisdiccional y administrativo; por su parte en cuanto al principio de proporcionalidad se examina si existe uso del test de proporcionalidad para resolver casos en que se presente concurrencia de hechos penales y disciplinarios. Se usa el instrumento de Ficha de Sistematización el mismo comprende el acopio de información y análisis.

Los datos que se recogieron corresponden a: Código Penal, delitos especiales y comunes cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos, La ley del Servicio Civil, faltas disciplinarias incurridos por los Servidores Públicos; la teoría del bien jurídico, el normativismo de Roxin y Jakobs; Resoluciones del Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Organos administrativos, sobre la identidad de fundamento y el principio de proporcionalidad.

3.4. Análisis de datos y categorías

La metodología que se utilizó es interpretativo, **hermeneútico o analítico**, para el estudio de las categorías delimitadas, responsabilidad penal y disciplinaria, identidad de fundamento en el ne bis in idem y proporcionalidad de sanciones en la jurisprudencia, así como el **inductivo y deductivo**, pues se parte de un estudio de lo particular a lo general en la revisión del marco normativo penal y disciplinario y luego se deduce en que casos existe interferencia en su tipificación; asimismo, en cuanto a la jurisprudencia en su estudio se parte de casos específicos administrativos, penales, constitucionales para luego deducir del global la tendencia jurisprudencial. Y para revisar las teorías del bien jurídico y el normativismo de Roxin y Jakobs, principio de proporcionalidad es a priori deductivo, porque para explicar se parte de entender los aspectos generales del objeto de estudio, su origen y el estado actual del arte; la investigación es **explicativa**, pues se profundizará el estudio si el normativismo de Roxin y Jakobs permitiría la aplicación del ne bis in idem por afectación de la identidad de fundamento en caso de delitos y faltas disciplinarias con difícil distinción cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos y en que casos se permitiría la doble punición de manera excepcional en un marco de proporcionalidad y si el mismo implica modificaciones legislativas y jurisprudenciales. El Diseño de Investigación o enfoque es de tipo **cualitativo**, en tanto que conforme señalan, Baptista, Fernandez y Hernandez (2010) no existe una valoración numérica de

la información acopiada y su visión es de naturaleza interpretativa; asimismo, el tipo de investigación es **jurídico dogmático, empírico**, pues se parte de fuentes formales para articular con la realidad social (Witker, 1995).

Han sido materia de estudio como categorías las siguientes:

- Potestad sancionadora del Estado
- Teoría del bien jurídico, del normativismo de Roxin y Jakobs
- El elemento fundamento del *nen bis in idem*.
- El principio de proporcionalidad

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. El marco normativo comparativo de las infracciones penales, disciplinarias en el Perú

El trabajo está referido a los diversos delitos que puedan cometer los Servidores Públicos en el ejercicio de sus funciones, como en su diario vivir -fuera de sus funciones-, así tenemos delitos especiales, delitos comunes y delitos de organización criminal. En los siguientes rubros se muestra los tipos disciplinarios y su comparación con el tipo penal, los mismos son seleccionados en los casos en que existen intersección o escasa diferencia entre los ilícitos penales y funcionariales y disciplinarios. Nos limitamos expresamente a la (Ley 30057, 2013) de la Autoridad Nacional del Servicio Civil que tiene todo un capítulo del Régimen Disciplinario de Funcionarios y Servidores Públicos. No es parte de éste trabajo la ley que tipifica infracciones funcionariales de la Contraloría General de la República (Ley 29622, 2010¹), pues esta fue declarado inconstitucional mas no su facultad de imponer sanciones, la misma ha sido declarado constitucional. Asimismo, también se considera que delitos pueden dar lugar a la comisión del delito Organización Criminal (Ley 30077, 2013) Ley contra el Crimen Organizado y sus modificatorias (Decreto Legislativo 1244, 2016) que fortalece la lucha contra el Crimen Organizado y la tenencia ilegal de armas.

¹ El citado texto legal en cuanto a las infracciones funcionariales tipificadas en el artículo 46° de la (Ley 29622-2010) ha sido declarado en parte inconstitucional por el (Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional 00020-2015-PI/TC-2019); empero, la facultad de imponer sanciones no ha sido declarado inconstitucional.
(véase http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0426720190429.pdf).

4.1.1. Cuadro comparativo de tipos penales especiales e infracciones disciplinarias

Tabla 1

1. Faltas disciplinarias y delitos especiales

Ley 30057 Ley del Servicio Civil	Código Penal Decreto Legislativo 635 Delitos especiales
<p>Artículo 85 h). El abuso de autoridad (...)</p>	<p>Artículo 376. Abuso de autoridad. El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.</p>
<p>Artículo 85 d) La negligencia en el desempeño de las funciones.</p>	<p>Artículo 387. Peculado (...) culposo. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.</p>
<p>Artículo 85 f).- La utilización o disposición de los bienes de la entidad pública en beneficio propio o de terceros.</p>	<p>Artículo 387. Peculado doloso (...) El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (...). Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.</p>
<p>Artículo 85 j) Las ausencias injustificadas por más de tres (3) días consecutivos o por más de cinco (5) días no consecutivos en un periodo de treinta (30) días calendario, o más de quince (15) días no consecutivos en un periodo de ciento ochenta días (180) calendario.</p>	<p>.... Artículo 380. Abandono de cargo. El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.</p>

Artículo 85

h) (...) el uso de la función con fines de lucro.

Artículo 85

o) Actuar o influir en otros servidores para obtener un beneficio propio o beneficio para terceros.

Artículo 393. Cohecho pasivo propio.

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, (...) no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación (...) con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco -multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido (...).

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

Artículo 394° Cohecho Pasivo Impropio. El Funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años (...)

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realiza para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido (...)

Artículo 400. Tráfico de influencias.

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

Fuente: Ley del servicio civil y el Código Penal

Es de precisar que todos estos delitos establecidos en el cuadro comparativo en concurso se configura el delito de Lavado de Activos a mérito del (Decreto Legislativo N°. 1106-2012) el mismo que regula la lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado, cuyo (art.10°) señala: “Artículo10°.- Autonomía del delito y prueba indiciaria. (...) el conocimiento del origen ilícito que tiene o que debe presumir el agente de los delitos que contemplan el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos (...) contra la administración pública (...). (subrayado agregado).

4.1.2. Cuadro comparativo de tipos penales comunes e infracciones disciplinarias

Tabla 2

2. Infracciones disciplinarias y delitos comunes

Ley 30057 Ley del Servicio Civil Artículo 85° Faltas de carácter disciplinario	Código Penal Decreto Legislativo 635 Delitos comunes
e. El impedir el funcionamiento del servicio público.	Artículo 200. Extorsión. El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años. (...).
i. El causar deliberadamente daños materiales en los locales, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad o en posesión de ésta.	Artículo 205. Daño simple El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa. Formas agravadas Artículo 206.- La pena para el delito previsto en el artículo 205 será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando: 2. Recae sobre medios o vías de comunicación, diques o canales o instalaciones destinadas al servicio público. (...)
k. El hostigamiento sexual cometido por quien ejerza autoridad sobre el servidor civil, así como el cometido por un servidor civil, cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica de la entidad pública.	Artículo 176-B. Acoso sexual El que, de cualquier forma, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta, para llevar a cabo actos de connotación sexual, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36. (...)

1. La víctima es persona adulta mayor, se encuentra en estado de gestación o es persona con discapacidad.

(...)

5. La conducta se lleva a cabo en el marco de una relación laboral, educativa o formativa de la víctima.

6. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años.”

m. Discriminación por razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o condición económica.

Artículo 323. Discriminación e incitación a la discriminación

El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36

Fuente: Ley del Servicio Civil y Código Penal.

4.1.3. Faltas disciplinarias, delitos especiales y comunes que dan lugar al delito de organización criminal

Con la vigencia de la (Ley 30077-2013) contra el Crimen Organizado se tipifica en el Perú los delitos de Organización, caracterizada por una verdadera estructura organizacional, jerarquía, permanencia en el tiempo, verdaderas empresas criminales. Tal marco normativo se ha dado lugar a mérito de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional “Convención de Palermo”, ratificada por el Perú el 23 de enero del 2002. Para precisar su estructura y diferenciación con los delitos comunes la jurisprudencia especializada (las Salas Penales nacionales y Juzgados Penales nacionales, Acuerdo Plenario 01-2017-SPN- 2017), establecen la estructura que debe reunir esta nueva forma criminal, así

en el fundamento 17 indica: Los elementos de la estructura de la organización criminal son: Elemento personal 3 a más personas. Temporal, carácter estable o permanente de la organización criminal. Teleológico, corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal. Funcional, la designación o reparto de roles de los integrantes. Estructural, lo que engarza y articula todos los componentes.

El marco normativo indica pueden dar lugar a delitos de Organización Criminal, estas pueden ser delitos especiales, como también delitos comunes en la que se pueden involucrar a Funcionarios y Servidores Públicos.

Faltas disciplinarias, tipos penales especiales y delito de organización criminal

Tabla 3

3. Infracciones disciplinarias, delitos especiales y delitos de organización criminal

Ley 30057 Ley del Servicio Civil Artículo 85 Faltas de carácter disciplinario	Código Penal Legislativo 635	Decreto	Decreto Legislativo 1244
Incisos:²			
f)	Artículo 387. Peculado doloso		Artículo 317.- Organización Criminal.
h)	Artículo 393. Cohecho pasivo propio		El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos .
o)	Artículo 400. Tráfico de influencias. Delito de lavado de activos Decreto Legislativo artículos 1° al 6 ³		“Artículo 3.- Delitos comprendidos: 18. Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal. 20. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106.

² El detalle de cada uno de los incisos de la presente columna nos remitimos al cuadro comparativo respecto faltas disciplinarias y delitos.

³ El detalle de los artículos de la presente columna nos remitimos al cuadro comparativo de faltas disciplinarias y delitos

Fuente: Ley del Servicio Civil, Código Penal y D.Leg. 1244.

Infracciones disciplinarias, tipo penal común y delito de organización criminal

Tabla 4

4. Infracciones disciplinarias, delito común y organización criminal

Ley 30057 Ley del Servicio Civil	Código Penal Legislativo 635	Decreto Legislativo 1244
Artículo 85. Faltas de carácter disciplinario		
e. El impedir el funcionamiento del servicio público.	Artículo 200. Extorsión. El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. (...).	Artículo 317.- Organización Criminal. El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa, e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 1), 2), 4) y 8). (...). Artículo 3.- Delitos comprendidos: 7. Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.

Fuente: Ley del Servicio Civil, Código Penal, D.Leg. 1244

4.1.4. De los delitos comunes con penas agravadas por la condición de Funcionario y Servidor Público

Existen delitos comunes cuya pena son agravadas debido a que en su comisión u omisión intervienen los Funcionarios y Servidores Públicos. Al respecto no se efectúa cuadro comparativo al no estar los mismos tipificados también como falta disciplinaria o infracción funcional.

4.1.5. Posición asumida

Los cuadros comparativos, permiten señalar que no existe una diferencia nítida entre delitos y faltas disciplinarias y en la actualidad esta situación se complica pues ante la criminalidad en la post modernidad -sociedad de riesgos- los Estados

han incorporado el delito de Organización Criminal como es también en el Perú, dentro de las mismas están contemplados delitos cometidos contra la Administración Pública, la misma que obviamente está relacionado con las faltas disciplinarias.

Al respecto el Derecho Penal es catalogado como ciencia penal (Zúñiga, 2018), pero tal carácter es discutible en lo Disciplinario. Esta situación de ausencia de una teoría propia del Derecho Disciplinario ha generado como señala Mylonopoulos (2017) que la diferencia entre lo penal y disciplinario es un problema latente en la actualidad, por lo que asumir sin mayor crítica que el derecho disciplinario es una ciencia autónoma como afirma Rojas (2012), no esta clara, pues el objeto de estudio del derecho penal y disciplinario se intersecciona, es decir es lo mismo, salvo exista algunas diferencias, pese a que el Tribunal Constitucional peruano -al examinar la identidad de fundamento- conforme se verá más adelante trata de encontrar diferencias donde en realidad esta es solo de forma y no sustantiva.

Ante tal situación la producción normativa de la infracción disciplinaria ha dado lugar a que se rija estrictamente por un interés de política disciplinaria el mismo que está siendo protagonizada por instancias netamente administrativas como es el caso de la Contraloría General de la República cuya tipificación de faltas funcionariales ha quedado declarado inconstitucional por (el Tribunal Constitucional del Perú, Pleno Jurisdiccional N°. 00020-2015-PI/TC, 2019). Por su parte si bien la (Ley 30057, 2013) del Servir -Autoridad Nacional del Servicio Civil- establece las faltas disciplinarias en una Ley, sin embargo su construcción no ha sido con la misma rigidez penal, es por ello se advierte las claras intersecciones penales y disciplinarias.

La dogmática señala respecto del Derecho Penal Zúñiga (2018) que en la política criminal impera una apertura amplia para la emisión de normas punitivas, solo se responde a las demandas sociales o aspectos mediáticos, lo que lleva a que se legisle para las tribunas o vitrina buscando aplausos. Esta situación descrita por la autora para el caso de los delitos contruidos a base de las demandas sociales, tan igual ocurre en el Derecho Disciplinario, pues estamos ante un desmesurado incremento de faltas y ello genera un punitivismo administrativo, buscando nada más que resultados, lo que se ha denominado como populismo.

Es necesario precisar que la construcción de un Código Penal siempre ha sido previo a la conformación de una comisión de expertos; sin embargo, en caso de las infracciones disciplinarias no merece la misma importancia. Asumimos que la tipificación disciplinaria debe ser con la misma rigidez que el Código Penal a fin de evitar los escenarios como el que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucional de todo un marco de tipificación. Es necesario establecer criterios de diferenciación desde la teoría penal, pues esta tiene categoría de ciencia y cuyos elementos delimitadores son claros, aspecto que se desarrolla con más detalle y profundidad más adelante en el rubro ¿sí es posible diferenciar el tipo penal del disciplinario?.

De los distintos cuadros comparativos respecto a delitos y faltas disciplinarias se puede establecer tres grupos, las mismas que se diferencian en los niveles de dificultad de diferenciación de delito de las infracciones administrativas, siendo las mismas las siguientes:

En la tabla 1 se ubica los delitos especiales cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos y faltas disciplinarias, en estos casos estamos ante la dificultad de diferenciar el tipo penal del ilícito disciplinario. En el rubro del estudio de la identidad de fundamento del “ne bis in idem” -más adelante- se examinará la misma desde la distintas teorías del bien jurídico, del normativismo de Roxin y Jakobs. Tal esclarecimiento es útil para entender la tipificación penal y administrativa y las perspectivas que se puedan trazar, los delitos que presentan dificultad son, Abuso de Autoridad, Peculado Doloso y Culposos, Abandono de Cargo, Cohecho Pasivo Propio, Tráfico de Influencias.

En la tabla 2 se presenta los delitos comunes y tipificaciones paralelas en el marco disciplinario, si se parte desde la teoría del bien jurídico los bienes jurídicos son completamente distintas, así la tipificación del delito Acoso Sexual el bien jurídico es la libertad sexual, mientras en la Administración Pública está ligado al mantenimiento de la organización, su correcto funcionamiento. En tal entendimiento la tipificación paralela sería posible no existe confusión incluso desde el bien jurídico, de la misma forma sería posible imponer sanciones paralelas, pero esta debe regirse por el principio de proporcionalidad irrenunciable en un Estado constitucional. Estos delitos serían, Extorsión, Daño Simple y Agravado, Acoso Sexual, Discriminación e Incitación a Discriminación. No se asume la

posición del derecho penal del enemigo, respecto del cuál Diez Ripollez (2007) afirma que el derecho penal esta en una encrucijada, en tanto que se tendría que excluir de toda garantía en los delitos al menos sexuales, lo que implicaría una deshumanización del derecho penal.

En las tablas 3 y 4 se presentan al delito de Organización Criminal, faltas disciplinarias, y los delitos especiales y comunes. En esta clasificación las diferencias son claras, además del bien jurídico tiene una estructura diferente, permanencia, jerarquía, etc. En tal contexto es perfecto tipificar paralelamente e imponer sanciones. Es discutible si para efectos de imponer penas es aplicable el principio de proporcionalidad, al respecto desde la perspectiva del Derecho Penal del enemigo tales delitos serían manifestaciones de los enemigos de la sociedad conforme señala Diez Ripollez (2017) por lo que no correspondería su aplicación, mientras desde un Estado Constitucional y de la vigencia de los bienes jurídicos no se puede excluir de tales garantías, pues el principio de proporcionalidad es horizontal o eje vertebrador sin ninguna excepción, en palabras de Grandez (2019) como el principio mayor, instrumento de medición de las decisiones del Estado

¿Es posible diferenciar los delitos especiales contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos de las faltas disciplinarias?

En la primera parte de la clasificación efectuada en el rubro anterior se dejó en claro que existe dificultad de diferenciarlos, dejándose el debate para la siguiente parte de este trabajo, cuando se examine la identidad de fundamento desde las posiciones Roxin y Jakobs. Independiente de lo antes señalado, es posible acudir a otros criterios diferenciadores, para ello estrictamente es importante tener en cuenta tres niveles: uno principios limitadores del derecho penal, los sub principios de la proporcionalidad y tercero otras categorías, dolo, culpa, tendencia interna trascendente.

En cuanto al derecho penal mínimo y otras categorías, considera como criterios delimitadores García (2014) el principio de última ratio, fragmentariedad, dolo y los elementos de tendencia interna trascendente, como principios delimitadores del derecho penal; para Caycho (2019) ha establecido que desde la jurisprudencia se puede consolidar los tipos penales y disciplinarios, tarea del legislador no sencilla; mientras que Reaño (2001) indica que un aspecto para delimitar los delitos de

corrupción de las faltas disciplinarias, es la tendencia interna trascendente propia de los delitos en contra de la Administración Pública. Castillo (2004) indica que los principios de subsidiariedad, fragmentariedad son parte de la intervención mínima, además el citado principio es de naturaleza político criminal, en tal sentido lo penal protege los bienes jurídicos de mayor importancia para la sociedad; por su parte Mir (2016) para diferenciar señala lo interno es disciplinario lo externo es penal, pero existen casos que lo interno es penal, ejemplifica el tipo de nombramiento y aceptación ilegal de cargo como algo interno, pero es delito, en la práctica cada uno de estos criterios si bien ayudan a delimitar, empero no resuelven el problema de la intersección del hecho penal y disciplinario.

Desde el principio de proporcionalidad, el mismo límite constitucional del derecho punitivo contiene tres sub principios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Al respecto Mir (2010) precisa que la idoneidad y necesidad engloba los principios de necesidad de pena, subsidiariedad, última ratio, fragmentariedad e intervención mínima, por su parte la proporcionalidad en sentido estricto tiene vinculación en la conexión de razonabilidad o proporción entre la gravedad del delito en su afectación al bien jurídico y la pena que debe imponerse. Mañalich (2014) la doble sanción tiene un límite la prohibición de exceso, categoría propia del principio de proporcionalidad.

La dogmática como se hace mención refiere que es posible la diferencia desde los principios delimitadores del derecho penal, como desde el principio de proporcionalidad o la tendencia interna trascendente, pero no es posible su diferencia estrictamente desde un marco dogmático disciplinario como categoría propia. Sin embargo, en la dogmática, también existe crítica al menos con respecto a los principios mínimos del derecho penal, así Reynaldi (2019) indica que la judicatura nacional al asumir los principios referidos -mínimos del derecho penal- viene generando grandes sesgos, pues en los delitos de corrupción no se requiere daños, así precisa no es correcto se invoque los principios para delimitar el delito de falta disciplinaria, por lo que todo sería delito.

Ahora bien, respecto de la delimitación de delitos y faltas disciplinarios la Corte Suprema de la República, en específico la Salas Especializadas en área penal, ha trazado importantes criterios que se pasa ha desarrollar:

La (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria, Recurso de casación 542-2017-Lambayeque – 2019) con respecto al delito Colusión Simple indica “sobre todo porque la primera conducta tipificada en el párrafo inicial de la mencionada norma penal, alude expresamente a un acto preparatorio criminalizado autónomamente y como delitos de tendencia interna trascendente (concierta con intereses para defraudar al estado)”. En tal sentido si los hechos no evidencian la tendencia interna trascendente, el hecho será de relevancia administrativa funcionarial o disciplinaria, por lo que es un criterio delimitador entre colusión administrativa y colusión delicto.

Por su parte del derecho penal mínimo existen pronunciamientos de la Corte Suprema tales como: (Corte Suprema de Justicia Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 1336-2012-Apurimac-2013), los hechos refieren a que el imputado no acreditó la utilización de un saldo ascendente a S/ 541, 17 (quinientos cuarenta y un nuevos soles con diecisiete céntimos), monto que se apropió (delito de peculado), al respecto la Corte Suprema razona: “(...) deben priorizarse otras vías distintas a la penal para la solución del conflicto de relevancia jurídica, donde solo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan al ámbito penal (...).”

En otro caso la (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 3004-2012-Cajamarca- 2014), los hechos refieren a distintas llamadas telefónicas internacionales de carácter personal a los países de Argentina, Italia, luego de desarrollar los principios de última ratio, mínima intervención, lesividad, la relevancia social, llega a concluir: “precisamente por no transgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del derecho penal, y mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativo, es que en atención al principio de última ratio, corresponde absolver al encausado (...).”

Asimismo, (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 3763-2011-Huancavelica-2013), los hechos se refieren que un abogado de Asesoría Jurídica de la Universidad Nacional de Huancavelica, haber utilizado papel membretado de propiedad de dicha casa de estudios -cuatro hojas bond con sello de agua- con el fin de redactar un escrito a favor que fue presentado a una instancia judicial, al respecto la Corte Suprema indica “tal conducta no es pasible

de acción penal, pues dada su trascendencia existen otros medios de control social menos rigurosos, pero no por ello menos efectivos que el Derecho Penal, que deben ser activados previamente (...).”

(Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Recurso de casación 231-2017-Puno -2018) en el delito de Negociación Incompatible se calificó como delito de peligro concreto “(...) debe ser interpretado de conformidad con los principios de lesividad, última ratio (subsidiariedad y fragmentariedad y la proporcionalidad de la represión penal)”. En otro caso (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 1883-2012/Junín-2013), en un caso que un trabajador salió de las instalaciones de la dependencia en que trabaja con la motocicleta de servicio de la institución para el reparto de notas de prensa y que le fue asignada para el cumplimiento de sus funciones, la motocicleta fue hurtada y que tal vehículo fue repuesto después de cuatro años. Al respecto la Corte Suprema indica: “(...) en atención al último postulado exige que sólo deben sancionarse las modalidades de ataque más peligrosas para los bienes jurídicos que protege (...) situación que, sin duda, no se presenta en el sub-lite, (...). En todo caso el Derecho administrativo sancionador es el indicado proporcionalmente idóneo para dar cuenta de la conducta desplegada por el acusado.”

Por otra parte la dogmática ha encontrado excepciones en que un hecho penal puede ser también disciplinario, así se tiene el aporte de Jakobs (1997) quien manifiesta que lo disciplinario puede servir para mantener la organización, en tal sentido sus acciones puede abarcar hechos penales. Ottaviano, (2008), al efectuar un amplio estudio del non bis in idem en diversos organismos internacionales - derecho internacional-, se advierte que tal principio con respecto de los delitos y faltas disciplinarias no ha merecido atención, únicamente abocándose al problema estrictamente penal, la excepción es el Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen y en otras normas de la Unión Europea, establece que el convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción de los funcionarios de las comunidades Europeas, determina que las sanciones penales aplicables a funcionarios no impide el ejercicio del poder disciplinario, la intersección de órdenes penales y disciplinarios no está en absoluto prohibido, de lo que se concluye

que la doble sanción penal y disciplinaria es la excepción y no regla, como sucede en el país.

La excepcionalidad de la doble punición tendría en todo caso un reconocimiento dogmático, así como en el marco normativo internacional, las mismas están enmarcados estrictamente ante delitos graves y en los casos de corrupción. Tal excepción se suscribe en tanto que en tales delitos es necesario ponderar el interés del Estado, en éste caso en específico en los delitos de corrupción.

Respecto al grave agravio de los delitos de corrupción el (Tribunal Constitucional, Demanda de inconstitucionalidad, 0017-2011-PI/TC - 2012) indica: “(...) ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (cfr. Exp. N°. 1271-2008-HC, 019-2005-AI) (...) atentan contra las bases mismas del Estado”; por lo que se asume que los delitos de corrupción deben ser exceptuados de la prohibición de la doble persecución.

En conclusión, en los delitos no graves cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos es posible diferenciar el delito de la falta disciplinaria mediante mecanismos del derecho penal mínimo, el principio de proporcionalidad, el dolo, la tendencia interna trascendente, en tal sentido no se desmerece la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia penal antes citada respecto de la aplicación de los principios del derecho penal mínimo, por lo que si bien en el delito de corrupción no estaría permitido su aplicación, sin embargo en casos de pequeño monto como es el de la apropiación de 04 hojas de papel no sería proporcional imponer una pena, y que si bien solo se hace mención al principio de última ratio en la sentencia de la Corte Suprema, sin embargo para darle sostenibilidad es necesario articular con el principio de proporcionalidad, elemento necesidad llamado como el corazón del principio de proporcionalidad por Barak (2017), para evitar la prohibición de exceso del sistema penal, pues incluso la pena puede ser disminuido por debajo de la pena abstracta como afirma en su trabajo respecto a la proporcionalidad de las penas (Arias, 2012).

Mientras en los delitos muy graves es posible el enjuiciamiento paralelo penal y disciplinario, no funcionan los criterios antes diferenciadores dada el grave riesgo

que ocasiona para la sociedad, al Estado tales delitos, como son la criminalidad organizada y otros.

4.2. El elemento fundamento del “ne bis in idem” en la teoría del bien jurídico, en el normativismo de Roxin y Jakobs y la posición asumida en el Tribunal Constitucional, Justicia Penal y Administrativa

4.2.1. Desde la teoría del bien jurídico hasta el normativismo de Roxin y para llegar a Jakobs

Esta parte de los resultados del trabajo tiene estricta relación con lo ampliamente desarrollado en la dogmática actual -numeral 1.1.8.- con respecto a las teorías del bien jurídico en estricto sensu, así como el normativismo moderado de Roxin que incorporó la infracción del deber como un elemento adicional para diferenciar los delitos especiales de dominio, el normativismo de Jakobs que centra todo su análisis en la “teoría del rol” -infracción del deber-, no siendo un elemento adicional como era para Roxin, sino ahora es lo esencial de la imputación en los delitos, y pierde por tanto relevancia el bien jurídico como teoría. Para más amplitud nos remitimos al numeral citado al inicio del presente párrafo. Lo que corresponde ahora es mostrar nuestra posición, como resultado de la investigación.

4.2.2. Posición asumida

Es objetivo de nuestro trabajo diferenciar la identidad de fundamento en los casos que exista intersección del tipo penal y disciplinario en las teorías del bien jurídico y normativismo esta última en su vertiente moderada de Roxin y radical de Jakobs. Al respecto en términos de tiempo se puede afirmar que la teoría del bien jurídico en su sentido original de protección de bienes esenciales de la sociedad viene a ser su primera manifestación, como segunda se tendría el bien jurídico desde el normativismo de Roxin en la que en los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos se incorpora la categoría de infracción del deber y en una tercera etapa estaría el normativismo radical de Jakobs, en el mismo que se cuestiona el bien jurídico y se afirma que lo que se protege es la expectativa normativa para evitar los ataques a los bienes. En términos cronológicos la teoría del bien jurídico tendría una vigencia hasta el año 1970, el normativismo de Roxin desde la década del setenta hasta la actualidad, y desde el noventa también a la

actualidad el normativismo de Jakobs, pero en la práctica coexisten tales posiciones teóricas.

En cuanto al elemento fundamento del *ne bis in idem* en los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos en caso de concurrencia con el ilícito disciplinario estimo categorizar en los últimos cincuenta años en tres momentos diferentes. Primero la teoría del bien jurídico sería la etapa “de la gran confusión del *ne bis in idem*”, segundo del normativismo de Roxin “de la luz del *ne bis in idem*” y tercero el normativismo de Jakobs “de la reafirmación del *ne bis in idem*”. En el Perú, se puede afirmar con certeza pervive el modelo primero el mismo se evidencian en los fallos de la justicia constitucional, penal y administrativo, mientras en el derecho comparado aunque no uniforme, existen manifestaciones del primer momento, empero se nota manifestaciones del segundo modelo. En los siguientes rubros se explicará lo afirmado a partir de las diferencias que se efectúen en las teorías ya señaladas.

La teoría del bien jurídico -de la gran confusión del *ne bis in idem*-

En esta parte se precisa que los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos se clasifican en delitos especiales y delitos comunes, el enfoque se efectúa en estricto en base a la pregunta ¿es diferente el bien jurídico penal del disciplinario en ambos tipos de delitos con intersección en hechos?.

En los delitos especiales, la diferencia del bien jurídico disciplinario del penal, ensayado por administrativistas es confusa, así se postula la diferencia fundamentalmente con argumentos como las siguientes que el derecho penal protege lo subjetivo, y el disciplinario la mera inobservancia de lo prohibición (Gómez, 2007); también es de la misma posición el colombiano Isaza (2009) indica el delito protege bienes jurídicos y el disciplinario deberes funcionariales. Entonces sea cual fuere el bien jurídico de los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos en contra de la Administración Pública, el fundamento disciplinario será siempre diferente dada las posiciones antes mencionadas.

En éste escenario se tiene también posturas que tratan de cuestionar tal diferenciación, pero sin partir desde un esclarecimiento del bien jurídico, así se tiene a (Garberi y Butrón, 1998) existe homogeneidad en su naturaleza. Suay (2001) al examinar el tema de la refutación del *ius puniendi*, el ocaso de las relaciones de

sujeción especial, no admite la afectación del ne bis in idem. (García y Ramon, 2000) afirma que en España se mantiene una excepción a la prohibición de la doble sanción penal y disciplinaria de Servidores Públicos, para ello se invoca la teoría de la sujeción especial el mismo los autores indican rechazar. Polaino también es de la misma posición (2004). En conclusión lo que se advierte es una falta de claridad y diferenciación del ilícito penal y disciplinario. García (1995) al analizar las sentencias del Tribunal Constitucional español indica que el principio no ha sido construido definitivamente. Al respecto en el Perú indica Reátegui (2006) el elemento fundamento es el nudo gordiano en la que la oquedad reina. Chinchay (2013) afirma que existen grandes inconvenientes al momento de aplicar la identidad de fundamento; viendo todo esto, nuestra postura es denominarlo como la etapa de la gran confusión.

Al escenario de la gran confusión ha contribuido que al no diferenciarse el fundamento penal y disciplinario, los principios limitadores del derecho penal, fragmentariedad, subsidiariedad, última ratio, entre otros no podían delimitar el ilícito penal del disciplinario, pues los argumentos de la sujeción especial, bien jurídico distinto hacía posible el doble procesamiento y sanción. Por otra parte también ha contribuido a ello el poco desarrollo del principio de proporcionalidad, pues la metodología propia es incorporada en Sud América con Bernal (2006), desde la posición de la fórmula del peso de Robert Alexy.

Finalmente en el país esta situación de la grave confusión del entendimiento de la identidad de fundamento se debe a la errada interpretación de la (Ley 27444 -2001) su (art. 243) y en el (Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Decreto Supremo 004-2019-JUS, art. 264), hace referencia a una supuesta autonomía de responsabilidades. Si bien el citado texto legal detalla específicamente en su (art.264.2) “Los procedimientos para la exigencia de las responsabilidades penal y civil no afecta la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario”, tal marco legal no puede ser interpretado en caso la identidad de fundamento sea idéntico, que pese a ello corresponde la autonomía, lo correcto debe ser, siempre y cuando la identidad de fundamento sea diferente; empero, la dogmática nacional ha entendido como si la autonomía fuera sin límites, así Moron (2019) afirma que el mismo solo sería aplicable para el ámbito o cada área, más no cuando existe

intersección de hechos y normas sancionadoras; posición sin ningún fundamento dogmático ni base constitucional.

Con ello se evidencia que en la actualidad continua este estado de grave confusión, pues como ya se verá más adelante el Tribunal Constitucional peruano, los órganos judiciales y administrativos continúan en esta línea. Esta situación implicaría una grave afectación a los derechos fundamentales de los Servidores Públicos. En conclusión ante tal estado de confusión se rechaza indebidamente la aplicación del principio *ne bis in idem* y en tal sentido (Gomez y Sanz, 2010) catalogan al derecho administrativo sancionador -disciplinario-, como la cuarta velocidad del derecho, la que estaría caracterizada por la total inobservancia de principios fundamentales, aspecto que se presenta en nuestra realidad, tal es el caso de absolución penal por los mismos hechos, pero se permite mantener la sanción administrativa, como veremos más adelante.

Por su parte en los delitos comunes, se encuentra dos variantes. Primero los delitos en que se considera como sujeto cualificado al Funcionario o Servidor Público – ejemplo el caso de del delito de Inobservancia de Formalidades de Matrimonio (art. 142) del (Código Penal, 1991)- y segundo, los delitos en donde no se considera condición alguna de Servidor o Funcionario Público, pero se agrava la pena por la condición de sujeto activo caso delito de Violación Sexual (art. 170) del (Código Penal, 1991). Es de precisar que respecto de cualquier delito común se aplica la consecuencia de destitución en la vía administrativa en caso se llegue en el proceso penal a sentencia condenatoria dolosa, sobre el mismo que incluso mostramos nuestros reparos, pues en el caso español, ninguna sentencia condenatoria genera destitución automática, sino esta debe ser sometido a proceso disciplinario la que nos parece más garantista. Al respecto Jalvo (2006) la destitución debe implicar afectación a la organización.

Ahora bien, en estos casos de delito común -en las dos categorías en que interviene el Funcionario y Servidor Público como sujeto cualificado- que también es tipificado como infracción administrativa disciplinaria o funcional- ¿es posible la doble sanción y el doble procesamiento? se considera que existen bienes jurídicos distintos, pues en el delito por ejemplo de Acoso Sexual en el caso penal el bien jurídico esta relacionado con la libertad sexual, mientras en el disciplinario está referido con la organización y su existencia, como al correcto funcionamiento, de

modo que es perfectamente posible el doble procesamiento y la sanción. No se acepta la posición de (Gomez y Sanz, 2010) que indica debe considerarse la condición de sujeto activo a un Funcionario o Servidor Público, no sería posible la doble sanción, salvo no se haga mención al sujeto cualificado; aceptar esta posición implicaría equiparar el bien jurídico penal y disciplinario y también implicaría asumir que ante delitos no especiales sin que exista un rol específico como exige el normativismo se asuma tal criterio, lo que a todas luces es incorrecto, además en el caso estaríamos ante un concurso ideal de delito y falta disciplinaria, que no pueden imponerse solo una sanción, lo que no implica la desproporcionalidad de las mismas, según sea el caso.

Si bien, podría existir el cuestionamiento de que no corresponde tipificarse un hecho penal en la vía disciplinaria, al respecto el (Tribunal Constitucional expediente 00016-2008-PI/TC-2010), se pronunció por la validez constitucional de la tipificación administrativa del delito de Violación Sexual. En tal sentencia se ponderó los principios constitucionales del derecho a la educación y el derecho del trabajo de los que serían involucrados en estos delitos, concluyéndose que la afectación es leve, por lo que no es inconstitucional la tipificación administrativa.

En conclusión conforme esta teoría no se afecta el principio non bis in idem sustantivo y procesal, pues el elemento fundamento es distinto en lo penal y lo disciplinario, pues los bienes jurídicos serían diferentes y tampoco lo son delitos especiales con un rol específico. La excepción, se presentaría que concluido el proceso penal al existir sanción administrativa, el penal concluye “que los hechos no ocurrieron -inexistencia del hecho”, esta situación habilitaría la revisión por afectación del principio del ne bis in idem y la proporcionalidad, pero ante la inexistencia del fáctico.

La teoría del normativismo de Roxin -funcionalismo moderado-, de la luz del ne bis in idem

En los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos -delitos especiales- en agravio de la Administración Pública al ser delitos de infracción del deber deben partir desde el marco normativo administrativo, en éste caso, puede ser el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno (RI), la Ley Orgánica del sector o el

marco de leyes referidas del sector, puede ser también la *lex artis*, como con amplitud se estudió al momento de analizar el elemento fundamento del *ne bis in idem* del normativismo y que protege el funcionalismo moderado -véase punto 1.1.8-.

Es así que en éste tipo de delitos se requiere la infracción del deber, además debe establecerse que exista incremento de riesgo, para recién ingresar a desarrollar si los hechos se configuran un ilícito penal, su ausencia determina su licitud penal. En tal sentido en los delitos especiales incurridos por Funcionarios y Servidores Públicos el tipo penal incluye la falta disciplinaria. La confusión reinante del bien jurídico penal y disciplinario con el normativismo de Roxin se disipa, pues ocurre un claro esclarecimiento respecto al bien jurídico de los delitos incurridos por los Funcionarios y Servidores Públicos, es por eso lo denomino “la etapa de la luz del *ne bis in idem* penal y disciplinario”, de modo que en la actualidad, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, también es el bien jurídico penal y disciplinario, lo que plenamente ha quedado confirmado con los reiterados fallos de la Corte Suprema penal de la República, en tal sentido no existe razones para aun persistir que el fundamento es diferente.

En esta línea no se puede rechazar el *ne bis in idem* en los tipos penales especiales que tienen intersección con infracciones disciplinarias y funcionariales. La jurisprudencia penal nacional reconoce como base de un tipo penal especial el marco normativo administrativo de los deberes administrativos de los Servidores y Funcionarios Públicos, en éste caso como ya se dijo los instrumentos de gestión.

La (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 615-2015 Lima-2016), ha señalado en el fundament 3.2: “Como ha quedado establecido, para atribuir responsabilidad penal de peculado a un funcionario o servidor público se tiene que ser verificado en el sector parcial donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan en dicho segmento, ley de la materia, ROF, MOF, etc (...)”.

La jurisprudencia en éste sentido es uniforme en la Corte Suprema de la República y en la dogmática nacional tal conforme prolijamente se desarrolló en el punto 1.1.9 en el presente trabajo. Entonces en esta perspectiva diferenciar que lo penal y disciplinario son de distinta naturaleza no es sostenible ni defendible, pues desde la

teoría de la infracción del deber actualmente asumido por el derecho penal en la Corte Suprema del país -Sala Penal Permanente y Sala Penal Transitoria-, esta comprende los instrumentos de gestión, de modo que la diferencia señalada en el Tribunal Constitucional peruano se desvanece ante la jurisprudencia del sistema especializado penal de la Corte Suprema, la misma que tiene prevalencia ante lo constitucional.

Ahora bien, en la parte referente al estudio comparativo del marco legal penal y disciplinario en el país, en el presente trabajo se ha dividido en dos grupos las faltas disciplinarias y funcionariales, a) faltas disciplinarias o funcionariales graves y leves y b) faltas disciplinarias y funcionariales muy graves, de corrupción y de organización. Al respecto del mismo la respuesta del sistema punitivo no puede ser idéntico en ambos casos con respecto del principio *ne bis in idem*. Así se propone los siguientes criterios de aplicación.

En las faltas disciplinarias o funcionariales graves y leves

- Es de aplicación el principio *ne bis in idem*, por lo que el proceso disciplinario debe suspenderse en casos sobre los mismos hechos existe proceso penal, tal suspensión debe ser por plazo razonable.
- Deben quedar suspendido los plazos de prescripción del proceso administrativo disciplinario y funcionarial.
- En caso se haya emitido sentencia absolutoria de fondo ello vincula al ámbito administrativo, salvo el proceso haya concluido sin decisión de fondo, como excepciones de improcedencia de acción, atipicidad relativa del tipo denunciado, falta de dolo y otros, en tales casos el fuero administrativo puede reactivar el proceso disciplinario. Tal reapertura no implica la afectación del *ne bis in idem* procesal, no hay un riesgo de doble sanción que es la razón de ser del citado principio, más bien se reencausaría el proceso, además la Corte Suprema Penal ha sido reiterativo en señalar en uso de los principios limitadores del derecho penal que los hechos son de relevancia únicamente administrativa y finalmente asumir como procedente -en estos de no pronunciamiento de fondo- el *ne bis in idem* afectaría la Administración Pública, en tanto podría generar impunidad administrativa.

- De continuar con el proceso disciplinario los servidores que estén a cargo del mismo podrían ser pasible de ser investigados por la comisión del artículo 410° del Código Penal.

- Para garantizar el funcionamiento de la entidad administrativa el Poder Judicial y el fuero administrativo en caso fuere necesario puede hacer uso de medidas cautelares, en el caso penal lo previsto en el (art. 298° inc. b)), del (Código Procesal Penal, 2004).

Faltas disciplinarias muy graves, corrupción y de organización

- No procede la aplicación del ne bis in idem, pues por ejemplo en el delito de Violación Sexual -aunque el mismo es delito común- el bien jurídico penal es distinto, por su parte en los delitos de corrupción si aún el bien jurídico penal sería idéntico a lo administrativo, como la infracción del deber específico, pero el fenómeno de la corrupción requiere respuestas inmediatas, como lo señalan la Convención Interamericana contra la corrupción - Organización de los Estados Americanos, Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos en transacciones comerciales internacionales - Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico 1997-, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción - Naciones Unidas 2004 –mencionadas en el Plan Nacional de Integridad y Lucha Contra la Corrupción 2018-2021, aprobado por (Decreto Supremo 044-2018-PCM), además se tiene el Convenio de aplicación de acuerdo Schengen y otras normas de la Unión Europea que admite la doble persecución -el mismo que exceptúa la doble persecución en actos de corrupción- .

- De igual forma, no procede la aplicación del ne bis in idem en el caso de las faltas disciplinarias y funcionariales -deber funcional- que tienen relación con los delitos de Organización Criminal provenientes de delitos contra la Administración Pública provenientes de los tipos penales 382°, 383°, 384°, 387°, 393°, 393°-A, 394°, 395°, 396°, 397°, 397-A- 398°, 399°, 400° y 401° - véase (Ley 30077, 2013) de Crimen Organizado- el bien jurídico ya no solo es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino es la propia seguridad de la entidad agraviada y la hiper criminalidad.

- Debe hacerse uso de las medidas cautelares personales y administrativas de manera urgente conforme lo previsto en el (art. 298° inc. b)), del (Código Procesal Penal 2004).

- El fuero administrativo debe atribuir estrictamente responsabilidad desde los deberes funcionariales o faltas disciplinarias.
- Se deja en claro, que si el hecho fundante de la imputación no existe el mismo vincula a la Administración Pública, en clara aplicación del principio de proporcionalidad.
- El principio de proporcionalidad en articulación con los principios limitadores del Derecho Penal respecto a la cuantía de actos de Cohecho o cualquier otro beneficio, requiere un profundo examen al momento de resolver, pues no puede ser lo mismo solicitar o recibir cantidades ínfimas que solicitar o recibir miles de soles.
- Para evitar cuestionamientos penales como denuncias por el delito de Usurpación de Funciones a los Funcionarios Públicos que resuelvan estos casos por la doble persecución penal, es necesario modificarse el artículo 264.2 del (D.S 004-2019-JUS) Texto único ordenado de la (Ley 27444, 2001) bajo el siguiente texto: 264.2. “Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afecta la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario. **El doble procesamiento penal y disciplinario es excepcional.**” (extremo a modificar).
- Las propuestas formuladas, pueden implementarse a través de un Acuerdo Plenario -Sala ampliada- explico, no solo Penal sino debe estar integrado por jueces de las Sala Constitucional y Social, como de las Salas Penales supremas, en tanto que las sanciones disciplinarias o funcionariales son impugnadas en la vía contencioso administrativa y en última instancia lo ve la Sala Constitucional y Social, mientras que los casos estrictamente penales son ventilados por la justicia penal suprema. Además, la modificación de ley señalada en el punto precedente.
- En los delitos comunes, al respecto nos remitimos a lo señalado en la teoría del bien jurídico, es decir no corresponde aplicar el non bis in idem. Debe dejarse en claro que ello no debe implicar desproporcionalidad en una apreciación conjunta de la sanción penal y disciplinaria. Sí en el proceso penal se demuestra que el hecho no ocurrió o esta es inexistente, en tales contextos mantener una sanción disciplinaria es un exceso del poder punitivo, por ello este punto ante la existencia de indicios de que no ocurrieron los hechos, lo más atinado es que el proceso disciplinario se suspenda excepcionalmente, pero nótese que no estaríamos ante la identidad de fundamento, sino ante la falta de fáctico.

En conclusión desde la teoría de infracción del deber de Roxin se puede afirmar con mucha confianza que en los delitos especiales incurridos por Servidores Públicos es necesario que la subsunción del mismo estrictamente debe partir de los deberes funcionariales que son los instrumentos de gestión, ninguna imputación penal puede implicar no considerar el mismo, por lo que calificar desde los instrumentos de gestión, implica que se absorbe lo disciplinario, pues esta última para imputar responsabilidad también se ampara en lo mismo que el penal, es decir normas de gestión, es por ello que se afirma que existe identidad de fundamento, más tanto lo penal y lo disciplinario tienen la finalidad de la protección o su correcto funcionamiento de la administración. A ello se suma los principios del Derecho Penal mínimo y los subprincipios de proporcionalidad que delimitan los tipos penales y administrativos en caso de superposición.

Normativismo de Gunter Jakobs -funcionalismo radical-, de la reafirmación del ne bis in idem

La teoría del bien jurídico, como la identidad de fundamento al examinar el ne bis in idem, sufre un ataque fuerte en el normativismo radical de Jakobs, pues en esta teoría lo central como afirma Caro (2014) es el “rol”, la misma puede ser como de ciudadano que serían los delitos de organización -delitos comunes- y de institución en caso el “rol” corresponda a la Administración Pública, es el status especial -delitos especiales-. Es decir, la infracción del deber que es el rol, en ella radica la imputación penal y no solo como criterio de autoría tal cual era en Roxin.

En el presente trabajo al normativismo de Jakobs se le califica como la verdadera reafirmación del ne bis in idem, al ser el bien jurídico superado por la categoría “rol” y a partir de la misma imputación objetiva, con el principio de confianza. Pero es necesario aclarar que el bien jurídico no habría quedado descartado plenamente, pues dice el mismo Jakobs (2001) que el bien jurídico sería subsidiario, primero es la norma, es por eso incluso que Roxin indica que la categoría de bien jurídico no desaparece en Jakobs, tal como con mayor detalle se desarrolló en la parte pertinente del punto 1.1.8 del presente trabajo.

Ahora bien, cabe la pregunta ¿Qué sería la identidad de fundamento en Jakobs?, se estima es la expectativa normativa -el rol- que protege el bien jurídico, respecto del cual un Servidor Público esta obligado a cumplir en los delitos de institución,

mientras que en los delitos de organización -que equivaldría a los delitos comunes- es el rol que se tiene como ciudadano de no dañar a nadie, uno muy general. Es a partir de esta precisión que corresponde examinarse si se da o no la afectación del *ne bis in idem*. En tal sentido en los delitos especiales cometidos por Servidores Públicos y faltas disciplinarias que tienen intersección con las penales el rol del Servidor Público infringido es el mismo, lo que no sucede en caso se cometa un delito de organización -delito común- que afecta la organización o un deber general, el Servidor Público en su ejercicio como ciudadano pues habría un concurso entre el Derecho Penal y el Disciplinario.

Es bastante superlativo indicar que la calificación de un hecho ya sea penal o disciplinario no puede ser interpretado solo como vigencia de la norma, bajo el argumento que existen marcos normativos penales y disciplinarios independientes, máxime en los delitos especiales en los cuales el rol parte de lo administrativo, no asumir ello sería una interpretación abiertamente inconstitucional y no normativista o errada interpretación normativista. Lo antes señalado tiene respaldo en el mismo Jakobs (1997) al tratar la zonas de intersección penal disciplinario, respecto de la prohibición doble en sentido general, plantea las medidas de seguridad como refuerzo de la pena para mantener la organización el disciplinario puede abarcar el ámbito penal, pues la pena es posible que no incluya lo funcional, entonces en tal caso procede la intervención disciplinaria en el hecho penal, pero excepcionalmente para salvar la organización. En tal sentido si corresponde la aplicación del principio del *ne bis in idem*, pese a que no estamos con la categoría del bien jurídico, sino con la expectativa normativa, pues el bien jurídico es el fenómeno, mientras el rol es parte de tal fenómeno que se protege, siendo la excepción únicamente en caso la pena deje no coberturada una área disciplinaria, en éste caso se puede plantear como ejemplo la destitución que es estrictamente disciplinaria o que lo disciplinario es adicional a lo penal.

4.2.3. El elemento fundamento del *ne bis in idem* en el Tribunal Constitucional, Justicia penal y Administrativa

En el presente numeral se presentan las teorías adoptadas en nuestro país en la justicia constitucional, ordinaria penal y administrativa respecto al elemento fundamento del *ne bis in idem*.

Tribunal Constitucional Peruano

En esta parte clasificamos las decisiones del Tribunal Constitucional en dos grupos: Sentencias del Tribunal que niegan la identidad de fundamento en el ne bis in idem que aparecen en el cuadro comparativo del Anexo 1; y, por otra parte se tiene otro grupo de sentencias del Tribunal Constitucional que afirman con ciertos matices no claros la identidad de fundamento que se detallan en el respectivo cuadro comparativo del Anexo 2.

Justicia Penal Peruana

La justicia penal Peruana ha establecido con carácter de precedente vinculante aspectos referentes a las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador -infracción disciplinaria-, el mismo se presenta en el Anexo 3.

Autoridad Nacional del Servicio Civil –Servir-

El Tribunal de responsabilidades administrativas en el Perú diferencia la identidad de fundamento de lo penal y disciplinario, así como se ampara en la dualidad normativa para tal diferencia, se muestra el mismo en el Anexo 4.

Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República, de la misma forma concluye que existe diferencia de la identidad de fundamento entre la infracción funcional y el delito, para su mejor comprensión se elige algunos casos típicos, veáse Anexo 5.

4.2.4. Posición asumida

La justicia constitucional, el Tribunal Constitucional en los años 2000 al 2011, década en que el Tribunal Constitucional ventilaba casos de ne bis in idem penal y disciplinario, pues posterior a ello (Tribunal Constitucional 00987-2014-PA/TC), ha restringido el mismo significativamente al establecerse que existen vías alternativas satisfactorias, pero los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional han quedado como jurisprudencia que son invocados hasta la fecha por tribunales penales y administrativos.

El Tribunal Constitucional en tales años ha sentado criterio dominante que no procede el ne bis in idem penal y disciplinario. La perspectiva asumida es tan idéntica que la jurisprudencia Colombiana, estrictamente se dice que los bienes jurídicos

serían diferentes -veáse numeral 1.1.8-, pero al momento de diferenciar se ampara en la existencia de finalidades distintas, marcos normativos diferentes, tal forma de razonamiento implicaría, el desconocimiento del desarrollo de la ciencia penal como son las posición de Roxín y Jakobs.

En el Anexo 1, resoluciones recopiladas de los años 2002 al 2011 un total de 18 casos resueltos por el Tribunal Constitucional peruano en las que se niega la aplicación del non bis in idem con los fundamentos “distinta naturaleza” “bienes jurídicos de distinta envergadura” “finalidades y bienes jurídicos diferentes”. A ello se acota que el Tribunal Constitucional peruano no diferencia los delitos de función de los delitos comunes, pues los considera como si en ambos no existiera diferencia alguna, posición bastante cuestionable.

De los casos -que niegan el ne bis in idem- analizados 04 corresponden a delitos de función, entre ellos Peculado, Abuso de Autoridad en concurrencia con faltas disciplinarias, pero en estas se ha expuesto las razones señaladas en el párrafo anterior, los mismos que son argumentos imposibles de defender a la luz de la ciencia dogmática penal actual. Por su parte en los 14 casos de delitos comunes se asume lo resuelto por el Tribunal Constitucional en tanto que efectivamente los bienes jurídicos no son idénticos, pero no se suscribe el argumento que la sola existencia de dos marcos normativos distintos habilita ello, la misma que no tiene ningún fundamento en dogmática alguna ni en el principio de proporcionalidad.

Es nuestra posición que es un error del Tribunal Constitucional englobar como si el delito común fuera idéntico al delito de función, ello es bastante garrafal, esta situación impide que los casos que fueron ventilados en la sede constitucional no se hayan resuelto adecuadamente. Es doctrina consolidada en la actualidad que los delitos de función que son de infracción del deber y en caso de la Administración Pública el bien jurídico es el “correcto funcionamiento de la administración pública”, mientras el derecho disciplinario al ser parte del derecho sancionador mayor también tiene como bien jurídico la protección de la correcta administración de la organización misma, más que toda imputación penal en delitos de función en la actualidad siempre parte de la infracción administrativa -infracción del deber o rol-, no puede haber delito de funciones sin vinculación al mismo, tal como en amplitud se desarrolla en el punto 1.1.7 de la presente investigación.

En conclusión el bien jurídico es lo mismo, entonces existe identidad de fundamento, no puede asumirse criterios como que existen distintas finalidades, otro marco normativo, son posiciones que no tienen ninguna base dogmática constitucional, meras posturas formalistas que no pueden sostenerse sin la previa distinción del bien jurídico, ni el rol exigido, negar ello sería una carta abierta para un populismo disciplinario; pero es posible como excepción la doble punición en una sociedad de riesgo, solo ante delitos muy graves, pero esta no puede ser en todos los tipos disciplinarios.

En el Anexo 2 ha sido objeto de estudio 05 sentencias del Tribunal Constitucional peruano de los años 2002 al 2011 en las que se admite el *ne bis in idem*. Los resultados son: En 02 de los casos (Tribunal Constitucional, 970-2001-AA/TC-2002), (Tribunal Constitucional, 3194-2004-HC/TC-2003) no estamos ante la identidad de fundamento, sino que al haberse establecido que el hecho es inexistente, no probado en consecuencia no corresponde la sanción disciplinaria, pero en tales casos es por falta de la identidad de inexistencia del hecho. En el caso (Tribunal Constitucional, 2050-2002-AA-2003), que al referirse a la justicia penal militar y el disciplinario, señala que tienen el mismo fundamento, esta es la única sentencia que hace mención a la identidad de fundamento, el mismo se inscribiría en la posición actual del bien jurídico penal y disciplinario desde la infracción del deber. Por su parte en el caso (Tribunal Constitucional, 03277-2010-PA/TC-2011), estamos ante un delito de función ya sentenciado, respecto del cual el Tribunal razona que no corresponde la destitución, pues se impuso pena de inhabilitación. Si bien se establece por ley que una sentencia penal genera destitución automática, en el caso concreto estamos más que todo a la proporcionalidad de la sanción - destitución-, y se tiene como base el *ne bis in idem*, sin embargo el Tribunal Constitucional no lo desarrolla en tal sentido, es decir desde la metodología de la proporcionalidad. Finalmente en el caso (Tribunal Constitucional Perú, 2322-2004-AA/TC-2003), traza como criterio rector que la autoridad administrativa esta vinculado a los hechos declarados judicialmente, además agrega como que la sanción administrativa solo podrá imponerse una vez finalizado el proceso penal. Al respecto hay que resaltar que el caso corresponde a un servidor del ejército, pues a tales fechas se consignaba como causal de retiro estar vinculado en un proceso

penal, entonces en tales casos con la sola información de un proceso penal se retiraba a los efectivos militares y policías, ello obviamente afecta el *ne bis in idem*.

En el Anexo 3 la justicia ordinaria en materia penal en el Perú con carácter de vinculante la (Corte Suprema de Justicia de la República, Salas Penales Permanentes y Transitoria, Acuerdo Plenario 1-2007-ESV-22 -2007) establece que no corresponde el *ne bis in idem* en caso de intersección de hechos penales y disciplinarios, tal Acuerdo refiere que la existencia de dos marcos normativos permiten establecer que los fines y los bienes jurídicos son distintos de modo que es posible su acumulación. Nótese que admite una tácita diferencia de bienes jurídicos ante la diferencia de marcos normativos, no se encuentra mayor fundamento. La existencia de un Acuerdo Plenario es de invocación obligatoria y todo apartamiento debe ser fundamentado, de modo que el criterio rige imperativamente en el sistema penal jurídico Peruano a mi criterio de manera irreflexiva.

En el Anexo 4 y Anexo 5 los entes administrativos como es el Tribunal de la Autoridad Nacional del Servicio Civil -Servir-, el Tribunal de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, en los años 2012 al 2017 de manera uniforme consideran es posible la doble sanción penal y disciplinaria en base a los fallos del Tribunal Constitucional y en especial ante la errónea interpretación del marco legal administrativo que habilitaría una supuesta autonomía de tales entes administrativos. En tal sentido los órganos administrativos estiman que no existe identidad de fundamento, pero no efectúan examen alguno respecto al bien jurídico, ni a la infracción del rol como factor de imputación de los Servidores Públicos, en tal sentido asumen la posición administrativista de Moron (2019), el mismo que se cuestiona dada su errada interpretación, pues los marcos sancionadores no son estancos sin interconexión, más que el derecho punitivo en la actualidad es vista como un poder unitario y sin diferencias de fondo, sino solo formales.

Como corolario a todo lo señalado de un examen del momento histórico de las teorías del bien jurídico, el normativismo moderado de Roxin y el normativismo radical de Jakobs, se puede afirmar que las decisiones de las sentencias del Tribunal Constitucional y la justicia ordinaria penal y las resoluciones administrativas sus decisiones se enlazarían estrictamente a la época de la vigencia del bien jurídico, es

decir a los años 1970, periodo en que el bien jurídico de los delitos especiales en Servidores Públicos no era tan clara con respecto de los tipos disciplinarios, era posible incluso hacer diferencias, pero desde Roxin se clarifica el bien jurídico de los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos, pues estos deben implicar “la infracción del deber”, la misma que parte de normas extrapenales, en éste caso normas funcionariales de organización de las entidades administrativas, de modo que el bien jurídico penal y disciplinario se hace único y hasta indiscutible, en tal contexto el *ne bis in idem* por identidad de fundamento requiere su reconocimiento, este escenario evolutivo de la teoría del bien jurídico no ha sido examinado por el Tribunal Constitucional peruano, ni menos por la Corte Suprema el llamado a ser. Si bien también existen fundamentos tanto en el Tribunal Constitucional como en la justicia administrativa la existencia de dos marcos distintos, no podría ser catalogado que la posición de tales órganos es normativismo Jakobsiana, pues no hace mención propiamente al rol, sino a los criterios del Tribunal Constitucional que como dijimos asumen la posición inicial estricto del bien jurídico, teoría que tiene grandes limitaciones para diferenciar delitos de las faltas disciplinarias.

Existe en la justicia ordinaria y administrativa una nítida manifestación de un automatismo irreflexivo de repetir y repetir las razones de diferencia señaladas respecto a la identidad de fundamento del *ne bis in idem* dadas por el Tribunal Constitucional en caso de delitos e infracciones disciplinarios incurridos por Servidores Públicos, sin examinar a la luz de las teorías del derecho penal y el principio de proporcionalidad.

Se tiene que la jurisprudencia nacional tiene una abierta contraposición con la jurisprudencia española, pues en la península ibérica el inicial rechazo del *ne bis in idem* en la actualidad tiene una variación drástica -véase numeral 1.1.7.- estableciéndose dos criterios, para los delitos comunes es posible la doble sanción siempre que los bienes sean diferentes y se haya afectado el correcto funcionamiento de la Administración Pública, tal análisis no se remite a la sola buena imagen, pues se requiere de mayor objetividad y por otra parte en cuanto a los delitos especiales es aplicable el principio *ne bis in idem*, aunque no lo enfoca desde el normativismo penal cuyo aporte es nuestro. Pero también no obviamos

también en señalar que en países como Colombia, México, Portugal continúa la confusión -veáse 1.1.8. del presente trabajo-.

En conclusión el caso Español, el Tribunal Supremo, no el Tribunal Constitucional, asume como identidad de fundamento la teoría del bien jurídico único en el ámbito penal y disciplinario en caso de los Funcionarios y Servidores Públicos -delito de función-, pues es por ello que se admite el *ne bis in idem*; sin embargo, no se incorpora en su análisis la infracción del deber de Roxin, ni el “rol” como factor de imputación de Jakobs, ni tampoco los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad y del derecho penal mínimo, los que se estima desde nuestra óptica como superlativa como argumentos que refuerzan y garantizan la aplicación o procedencia del *ne bis in idem* por identidad de fundamento, más que los principios están consolidados en la ciencia jurídica, lo que permite asumir con confianza nuestra postura.

4.3. Un examen desde el principio de proporcionalidad a las sentencias del Tribunal Constitucional

En este punto se efectúa el examen de sentencias del Tribunal Constitucional peruano analizados en el acápite anterior para evaluar el elemento fundamento del *ne bis in idem*, pero esta vez desde el principio de proporcionalidad. Por otra parte también es materia de estudio una sentencia en las que expresamente se hace uso del principio de proporcionalidad como punto central de la decisión. A partir de tales exámenes se determinará si el máximo ente constitucional garantiza la vigencia del principio de proporcionalidad.

4.3.1. Sentencias del Tribunal Constitucional peruano en los casos de *ne bis in idem*

Se examina 23 sentencias del Tribunal Constitucional de los años 2002 al 2011, para determinar si en ellas al resolver el *ne bis in idem* el máximo intérprete de la Constitución hace uso del principio de proporcionalidad, véase Anexo 6.

4.3.2. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano en que se invoca el principio de proporcionalidad

El Tribunal Constitucional, al efectuar el examen Constitucional de las facultades sancionadoras de la Contraloría General de la República, hace uso del principio de proporcionalidad, sin embargo no lo desarrolla en sus elementos. Véase Anexo 7.

4.3.3. Posición asumida

En el Anexo 6 de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano que resuelve el ne bis in idem, en los 23 casos examinados, se puede determinar que no se hace uso del principio de proporcionalidad, aunque no es necesario que siempre se haga uso, solo en el caso de conflicto de bienes constitucionales debatibles o en la ponderación de pena en caso sea estrictamente necesario, pues en algunos la preferencia es obvio verbigracia ante la inexistencia de hecho, no corresponde ninguna sanción, en tal caso no es necesario acudir a todo el procedimiento de la ponderación –idoneidad, necesidad, proporcionalidad-, mientras en la ponderación de la pena implica inaplicar un marco punitivo por ser desproporcional.

El principio de proporcionalidad que si bien puede ser entendido en estricto como ponderación de bienes constitucionales para inaplicar una ley, pero por otra parte la proporcionalidad también como método de trabajo se articula con los principios limitadores del derecho penal, así la idoneidad con la subsidiariedad, la necesidad con la última ratio, la necesidad de la pena con la proporcionalidad. En tal línea un hecho bien puede ser estrictamente penal o disciplinario, nunca a la vez los dos, salvo excepciones de delitos graves y esta únicamente por política criminal, nunca por razones científicas del derecho.

En los expedientes examinados existen 04 que corresponden a delitos especiales cuyo sujeto activo siempre es un Funcionario o Servidor Público, en tales casos conforme la posición que se asume que el bien jurídico y el rol como factor de imputación es el mismo tanto en lo penal y disciplinario desde el normativismo, puesto que se parte desde la base la infracción del rol el mismo único en ambas áreas, de modo que correspondía optar por uno de los fueros, para ello se pudo hacer uso de los principios limitadores del derecho penal y fundamentalmente los sub principios de proporcionalidad, como son la idoneidad, necesidad, pues en tal sentido ya la jurisprudencia especializada penal se ha pronunciado al advertir que el hecho no es penal sino estrictamente administrativo-disciplinario, es decir el mismo no puede continuar en la vía penal, por el principio de necesidad de la

proporcionalidad, pues la vía administrativa puede imponer la sanción menos lesiva; sin embargo, cuando la vía administrativa conoce un hecho con claros elementos de delito especial no se abstiene de su conocimiento para remitir los actuados a la vía penal o al menos no lo suspende, es decir la regla solo funciona del Poder Judicial a la Autoridad Administrativa y no en sentido contrario, pero no se tiene una razón suficiente para aceptar una regla así incompleta. Esta forma de actuar constituye una clara afectación al principio de proporcionalidad, prohibición de exceso de un riesgo de doble sanción.

En cuanto a los delitos comunes del Anexo 6, si bien es posible el doble procesamiento en tanto no existe infracción del deber especial, ni tampoco los bienes jurídicos son los mismos; empero, ello no obsta que pueda examinarse su proporcionalidad, en tanto que para que corresponda la doble sanción necesariamente para Jalvo (2006) debe existir daño a la institución estatal como también sostiene la jurisprudencia española referida, por lo que no todo delito genera ello. En los casos analizados se asume una diferencia absoluta de los fueros o responsabilidades, existe una ausencia total de auscultación desde la proporcionalidad.

Estrictamente en la ponderación podría evaluarse los derechos en conflicto por una parte la carrera pública del Servidor Público y por otra la facultad de imponer sanción administrativa por el Estado, si bien podría superar la idoneidad ambas podrán ser constitucionales, pero enfocada desde el filtro de la necesidad ¿no sería suficiente la sanción ya penal?, por lo que se tornaría en innecesaria la sanción administrativa o viceversa. De superarse el mismo ya en un ámbito estrictamente de proporcionalidad la afectación de un derecho fundamental como es la carrera del Servidor Público es grave, mientras la facultad de imponer sanción administrativa podría ser leve en tanto el Estado habría logrado su finalidad de imponer la sanción al emitirse la pena. Tal análisis no puede hacerse de manera uniforme para todo los casos, así en un delito de violencia familiar es distinto a uno de narcotráfico. La aplicación del principio de proporcionalidad es muy fundamental en caso de delitos comunes que pueden por imperio de ley generar destitución automática en el Perú, empero tal examen en la práctica judicial no existe.

En el mismo Anexo 6 es muy importante lo resuelto en el caso del expediente 03277-2010-PA/TC, en la cual ante un delito de función pese a que por imperio de

la Ley corresponde la destitución automática ante una sentencia penal condenatoria, el Tribunal Constitucional razonó que el mismo no correspondía pues el Servidor Público ya fue inhabilitado, destituirlo implicaría afectación del *ne bis in idem*. El Tribunal razona que la inhabilitación penal implicaría ya la sanción administrativa, por lo que no correspondería la destitución. Al respecto, se estima que la destitución automática que esta regulado por norma expresa, puede ser sujeto al examen de proporcionalidad pues no todo delito debe implicar la destitución automática, es decir puede ameritar sanciones menores como una suspensión temporal en el servicio, la misma que ya se habría cumplido con la inhabilitación impuesta, en éste nivel desde el prisma de proporcionalidad en el eventual conflicto por una parte del derecho a la carrera del trabajador público y por otra la destitución automática, la afectación del trabajador público en caso ser destituido sería muy grave, pero la facultad de Estado de imponer sanción de destitución sería leve, pues en la vía penal ya fue impuesto la inhabilitación penal y habría cumplido su finalidad, de modo que debería optimizarse el derecho de la carrera del Servidor Público, en todo caso por el principio de proporcionalidad mediante la fórmula del peso de Alexy (2008) ya habría sido derrotado la destitución automática. Esta sentencia habré una importante veta de examen de proporcionalidad en los casos de destitución automática, pero el mismo debe ser enfocado no desde el *ne bis in idem*, sino desde los principios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y la gravedad de cada delito, por supuesto un delito grave obviamente genera una destitución automática.

En conclusión, repetir fundamentos como bienes jurídicos distintos, distinta normatividad, no contribuye a un examen de plena vigencia del principio de proporcionalidad -como instrumento de medida de la prohibición de exceso-, pues esta constituye el marco dogmático que garantiza la constitucionalidad de la sanción impuesta por el Estado. La situación incluso es grave cuando de una interpretación de la dogmática actual se puede afirmar como se sostiene en el presente trabajo que el bien jurídico penal y disciplinario es el mismo desde la teoría de la infracción del deber y el rol como factor de imputación, de modo que existiría una consumada afectación del principio de proporcionalidad, hasta llamado como derecho de cuarta velocidad como afirma (Gomez y Sanz, 2010).

En el Anexo 7 el Tribunal Constitucional peruano ha tenido la oportunidad de examinar si se afecta el principio de proporcionalidad cuando estamos ante la inhabilitación penal y disciplinaria o funcionarial paralela. Con mucha preocupación se advierte que el máximo intérprete de la Constitución concluye que si es posible la inhabilitación penal y disciplinaria-funcionarial y se ampara para ello en que la inhabilitación penal es diferente a la administrativa, además se advierte que rehúye hacer uso del método más sofisticado que la ciencia jurídica nos propone cual es el principio de proporcionalidad con cada uno de sus sub elementos idoneidad, necesidad, proporcionalidad y en caso corresponda la fórmula del peso.

En la actualidad el (D. Leg. 1367, 2016, arts.38, 426) ha establecido que en los delitos especiales la inhabilitación es obligatoria y tal intervalo es de 6 meses a 10 años y en 17 delitos especiales puede ser la inhabilitación de 5 a 20 años. En tal sentido un Servidor Público en la actualidad se le puede imponer sumados más los 05 años de inhabilitación administrativa de hasta 15 años o 25 de inhabilitación, situación que incluso superaría el tiempo de la pena.

El examen de la proporcionalidad en el caso de la tabla 7 era muy vital, no se puede estimar que en un delito de Abuso de Autoridad por ejemplo se pueda sumar las inhabilitaciones, pues la inhabilitación administrativa sería suficiente o en caso se de primero el penal esta también sería suficiente por el principio de necesidad de la proporcionalidad, como ya en tal sentido ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el expediente 03277-2010-PA/TC. En el caso concreto en el citado Anexo 7 se coloca en la misma condición delitos especiales leves con delitos graves en una y en otra no puede asumirse la constitucional de la inhabilitación penal y disciplinaria, esta situación no solo genera una afectación al Servidor Público, sino al mismo Estado pues el sistema de la Gestión Pública en el Perú esta paralizada ante tanta desproporcionalidad de las sanciones; esta situación legal espanta a un profesional, pues la Administración Pública es insegura y no te garantiza desde su marco legal una predictibilidad legal en el procedimiento sancionador, dado su marco con vicios de inconstitucionalidad ya también confirmada en parte –al declarar inconstitucional los tipos de infracción funcionarial-, pero tal inconstitucionalidad continúa en la dúplica de la inhabilitación, lo que por su puesto amerita mayores trabajos al respecto.

Finalmente estimo que existe un largo trecho de la lucha por la vigencia del principio de proporcionalidad como instrumento sofisticado para la defensa de los derechos fundamentales y los años en que vienen serán oportunos para tal pugna, pues tal principio como ya se dijo es el instrumento intelectual más moderno del derecho constitucional para evitar la prohibición de exceso y que se obvie su uso ante una expresa petición no es correcto.

CONCLUSIONES

- De la comparación de los tipos disciplinarios (Ley 30057,2013) con los delitos especiales cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos título XVIII delitos contra la Administración Pública del (Código Penal, 1991) de los (arts. 361° al 401°), existen significativas dificultades para diferenciarlos, lo que genera una alta probabilidad de afectación de la vigencia del principio de proporcionalidad al momento de imponerse sanción penal o disciplinario en forma paralela, no es de nuestro recibo encontrar diferencias cualitativas para justificar la dualidad sancionadora.
- La identidad de fundamento del ne bis in idem en la teoría del bien jurídico únicamente se ampara para diferenciar la identidad de fundamento solo en su difusa diferencia, sin ninguna otra exigencia; para Roxín el bien jurídico es insuficiente, es por eso que se incorpora la categoría de infracción del deber e incremento de riesgo; por su parte en Jakobs el fundamento de la sanción es la misma infracción del deber, pero no como elemento de autoría, sino su fundamento, no siendo ya relevante el bien jurídico, en tal sentido corresponde elegir la más constitucional para resolver la identidad de fundamento del ne bis in idem.
- El Tribunal Constitucional peruano no diferencia si los delitos especiales deben tener otro tratamiento frente a los delitos comunes, niega el ne bis in idem bajo los argumentos que el bien jurídico es diferente, es de distinta naturaleza, ambos tienen fines distintos.
- Las Salas Penales Permanentes y Transitorias en materia penal de la Corte Suprema de la República, reafirman los argumentos del Tribunal Constitucional. Los tribunales de responsabilidad funcional de la Contraloría General de la República,

de la Autoridad Nacional del Servicio Civil –Servir-, simplemente argumentan para no aplicar el ne bis in idem por identidad de fundamento la dualidad normativa.

- Las (Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema como especialistas en el área mantienen el (Acuerdo Plenario 001-2007/ESV-22-2007) que sostiene que existiría distinto bien jurídico lo penal y lo disciplinario, cuando es la misma Corte Suprema ya de manera reiterativa se ha pronunciado sobre la vigencia del derecho penal mínimo, última ratio, fragmentariedad, subsidiariedad al señalar que el hecho es de naturaleza administrativa, al respecto el Tribunal Supremo español admite como aplicable el ne bis in idem en los delitos especiales por identidad de fundamento.
- El Tribunal Constitucional peruano en los casos que resolvió la identidad de fundamento entre el derecho penal y el derecho disciplinario-funcionario en los delitos especiales cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos en agravio de la Administración Pública en ninguno de los casos aplicó el principio de proporcionalidad desde los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto -ponderación-, por lo que la proporcionalidad de las decisiones no estarían garantizadas. Las razones obedecen a que no se asume un entendimiento progresivo de las teorías de Roxín y Jakobs respecto a las finalidades del derecho penal y sus efectos en la identidad de fundamento en los casos de delitos especiales, ni existe articulación de los principios del derecho penal mínimo y los sub principios de proporcionalidad.
- El Tribunal Constitucional peruano al resolver la inconstitucionalidad de la (Ley 29622-2010) que otorga facultades sancionadoras a la Contraloría General de la República, pese a mencionar el principio de proporcionalidad no utilizó –el voto en mayoría- el método de la proporcionalidad, declara la constitucionalidad de la Ley argumentando que la inhabilitación penal y administrativa son distintos, cuando en el fondo en los delitos de función son lo mismo y no es posible aplicar todas las inhabilitaciones que señala el marco penal, pues deben estar en relación con el delito, pero los tribunales llegan sin mayor profundidad de estudio como su ratio decidendi invocando tal diferencia, lo que no contribuye a la vigencia del principio de proporcionalidad, la razonabilidad en la sanción.
- La doble persecución penal y disciplinaria sería posible excepcionalmente en los casos de Corrupción de Funcionarios, delitos muy graves -Violación Sexual-, Crimen

Organizado, desde el principio de proporcionalidad, pues tales delitos colocan en grave riesgo la existencia del Estado-sociedad, por lo que la afectación de los derechos de los Servidores Públicos es justificado para maximizar el derecho a la existencia del Estado, pero no de manera general amparado en una simple dualidad normativa.

RECOMENDACIONES

- La dualidad normativa de infracciones disciplinarios del Servidor Público en el marco administrativo frente a tipos expresamente previstos en el Código Penal en los delitos especiales cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos en agravio de la Administración Pública, no puede incurrir en excesos, por lo que su tipificación debe implicar un adecuado estudio de su idoneidad y necesidad, para no incurrir en populismo disciplinario.
- Existe una necesidad de reevaluar la dogmática jurisprudencial del país (Acuerdo Plenario 001-2007/ESV-22-2007), para ello es necesario se convoque a un Acuerdo Plenario con participación de Jueces Supremos Penales, Jueces de la Sala Constitucional y Social a fin que aborden interdisciplinariamente la problemática constitucional y penal de los casos en que se discute la identidad de fundamento penal y disciplinario en los delitos cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos en agravio de la Administración Pública, pues desde el normativismo no existiría diferencia en la identidad de fundamento y debería proceder el *ne bis in idem*.
- Excepcionalmente se debe autorizar con reserva de ley el doble procesamiento en los casos de delitos de Corrupción de Funcionarios, Crimen Organizado, delitos muy graves pues de su ponderación estos delitos colocan en grave riesgo al Estado. No es posible tal dualidad para todo delito funcional, pues no tiene fundamento defendible desde la perspectiva constitucional
- El Ministerio Público, el Poder Judicial, los Tribunales Administrativos, el Tribunal Constitucional, todos del Perú, la Universidades, los Abogados están en la imperiosa necesidad de evaluar el (Acuerdo Plenario 001-2007/ESV-22-2007) que permite la dualidad de sanción y que nuevos horizontes se presentan desde las nuevas teorías del derecho penal, ello redundará en la vigencia de los derechos laborales, pues de

nada sirve una absolución penal, en tanto que con la consabida e irreflexiva repetición de argumentos “*bienes jurídicos distintos*”, “*distintas normas*” “*distinta finalidad*”, se niega la afectación del ne bis in idem.

- Es necesario modificarse el artículo. 264.2 del (D.S N°. 004-2019-JUS) Texto Único Ordenado de la ley 27444, bajo el siguiente texto: “264.2. Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afecta la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario. **El doble procesamiento penal y disciplinario es excepcional**”, pues la duplicidad sancionadora solo debe ser excepcional.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Grijley.
- Alcacer, R. (2004). *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?. Apuntes sobre el concepto material del delito*. Lima, Peru: Grijley
- Alcocer, E. (2015). La prohibición de incurrir en bis in idem aproximación conceptual. Lima, Perú. Recuperado de <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/nebisinidemalcocer.pdf>.
- Alexy, R. (2002) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell (ED). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (13-42). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Traducción de Bernal Pulido.
- Arias, D. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de derecho*. 38. 142-171.
- Atienza, R. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Atienza, R. (2012). Constitución y derecho penal. En M. Corcoy (Dir). *Constitución y sistema penal* (19-39). Madrid, España: Marcial Pons.
- Baptista, P. Fernandez y C. Hernandez, R. (2010). *Metodología de la investigación*. (5ta Ed). México: McGraw-Hill/interamericana editores.
- Barak, A (2017). *Proporcionalidad los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima Perú: Palestra editores
- Bacacorso, G. (2001). *Nueva ley del procedimiento administrativo general*. (14ava Ed.). Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogota, Colombia: Universidad externado Colombia.

- Baratta, A. (2004). *Principios de derecho penal mínimo. Compilación in memoriam*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- Castillo, J. (2004). *Principios de derecho penal parte general*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Castiblanco, W. (2014). *El objeto de protección del derecho penal y el bien jurídico tutelado por el derecho penal en el Estado social de derecho*. (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5358/Rojas_Rodriguez_Héctor_principios_constitucionales.pdf?sequence=8&isAllowed=y.
- Caro, D. (2006). El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Lima, Perú: Recuperado de https://www.ccfirma.com/wp-content/uploads/2017/11/El-principio_de_ne_bis_in_idem.pdf.
- Caro, J. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. Lima: Ara editores.
- Caro, J. y Polaino, M. y Jakobs, G. (2015). *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal. Expectativas normativas, intervección elictiva, derecho penal del enemigo*. Lima, Perú: Ediciones del centro.
- Caycho, D. (2019) *Infracciones administrativas elevadas a la categoría de delito ¿la no rendición de cuentas de viáticos justifica una sanción penal por peculado ¿. Problemas derivados de la entrega de viáticos*. (Tesis de Maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima Perú. Acceso restringido, Biblioteca PUCP.
- Corcoy, M. (2012). Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales. En J.C. Hortal (Ed.) *La Constitución y sistema penal*. (153-171). Madrid, España: Marcial Pons.
- Conde da Silva, C. (2007). *El poder disciplinario en la administración pública (una visión constitucionalista -Portugal-España)*. (Tesis de Doctorado). Universidad de Sevilla España). Recuperado de <http://www.doctorado.us.es/tesis-doctoral/repositorio-tesis?resetfilters=0&limitstart2=4600>.
- Chinchay, A. (2003). La interdicción de la persecución múltiple en el Código Procesal. En E. Revilla (Cor). *La aplicación del principio del ne bis in ídem en el proceso penal* (7-61). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Chinguel, A. (2015). *El principio de ne bis in ídem analizado en torno a la diferencia entre el injusto penal e infracción administrativa: Buscando soluciones al*

- problema de la identidad de fundamento.* (Tesis de Pre Grado). Universidad de Piura). Recuperado de <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2256?show=full>.
- De Fuentes, J. (2005). *Manual de derecho administrativo sancionador*. España Navarra: Thomson Arazandi.
- De Vicente, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia, España: Tirant blanch.
- De León, F. (1998). *Acumulación de sanciones penales y administrativas*. Barcelona, España: Bosch.
- Diez Ripollez, J. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires, Argentina: IBdeF.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel Derecho
- Feijó B. (2007). *La Normativización del Derecho Penal ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?* Lima, Peru: Ara Editores.
- Fernandez, G. (2004). *Bien jurídico y sistema del delito*. Argentina, Buenos Aires: Perdiriel IBdeF.
- Fernandez, J. (2008). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Madrid, España: Dickinson.
- Fernandez, J. Parodi, M. Vargas, D. y Zetián, J. (2013). El injusto en el derecho disciplinario. *Revista Derecho Penal y Criminología*. 34 (97) (4). 159-174. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3872>.
- Frisancho, M. y Peña, R. (2002). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Editora FECAT.
- Garberi, J. y Butrón, G. (1998). *El procedimiento Administrativo Sancionador*. (3ra Ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- García, R. (1995). *Nom bis idem material y concurso de leyes penales*. Universidad de Lérida España: Cedecs Editorial.
- García, F (2007). *Sanciones administrativas, garantías, derechos y recursos del presunto responsable, estudios del derecho administrativo*. (3ra Ed). Granada, España.
- García, E. y Ramon, T. (2000). *Curso de derecho administrativo II*. (7ma Ed.). Madrid, España: Civitas Ediciones.
- García, P. (2012). *Derecho penal parte general*. (2da Ed.). Lima, Perú: Jurista editores.
- García, E. (2014). *Análisis de constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sancionar por responsabilidad administrativa funcional y su relación con el principio del “ne bis in ídem”* (Tesis de Maestría). Pontifica

- Universidad Católica del Perú, Lima. Perú. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5509>
- García, J. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. México. Estados Unidos Mexicanos. Tirant lo Blanch.
- Gascon, M. y García, A. (2005). *La argumentación en el derecho*. Lima, Perú: Editorial Palestra.
- Gomez, M. (2003). Derecho administrativo sancionador y derecho penal. Análisis del derecho positivo peruano. Especial consideración de los principios de legalidad, culpabilidad y oportunidad. *Revista de derecho*. Volumen (4). 29-69.doi 16081714.2003.
- Gomez, C. (2007). *Dogmática del derecho disciplinario*, (3ra Ed.). Bogotá, Colombia: Universidad externado de Colombia.
- Gomez, M. y Sanz, I. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. (2da Ed.). Madrid, España: Thomson Reuters.
- Gomez, C. (2012). El derecho disciplinario como disciplina autónoma. *Revista argentina de la Administración Pública*. XXXIV (430).51.68. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3420/310>.
- Grandez, P. (2019). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima, Perú: Palestra.
- Gonzales, M. (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Navarra, España: Thomson Arazandi.
- Gonzales, E. (2018). *La pena ha muerto*. Lima, Perú: AC ediciones.
- Hefendehl, R. (2007). De largo aliento: El concepto de bien jurídico o que ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. En R. Hefendehl (ED). *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?* (459-475). Madrid, España: Marcial Pons.
- Hernandez, L. (2013). *El non bis idem en el ámbito sancionador: Estudio comparado de los sistemas español y mexicano*. (Tesis de Doctor). Universidad Complutense de Madrid. España). Recuperado de <https://eprints.ucm.es/18106/1/T34239.pdf>.
- Ignacio, W. (2009). *Proporcionalidad entre sanciones y faltas en los procesos administrativos disciplinarios en la Universidad Nacional del Altiplano – Puno*,

- periodo 2006.* (Tesis de Magister). Universidad Nacional de Altiplano, Puno, Perú). Recuperado:<http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/782>.
- Izaza, C. (2009). *Teoría general del derecho disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales.* (2da Ed.). Bogota, Colombia: Temis.
- Jalvo, M. (2006). *El Régimen Disciplinario de los funcionarios públicos.* (3ra Ed.). Valladolid, Alcalá de Henares, España: Editorial Lex Nova.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación,* (2da Ed.). Madrid, España: Marcial Pons (traducción Joaquin Cuello Contreras, Jhose Luis Serrano Gonzales de Murillo).
- Jakobs, G. y Cancio, M. (2000). *El sistema funcionalista del derecho penal,* Lima, Perú: Grijley.
- Jakobs, G. (2001). *¿Qué protege el derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?.* Garibaldi, Mendoza, Argentina: Ediciones jurídica cuyo.
- Jakobs, G. y Cancio, M. (2003). *Derecho penal del enemigo.* Madrid, España: Thomson civitas.
- Jakobs, G. (2009). *¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma.* En J, Maier & G. Córdova (ED). *¿Tiene futuro el derecho penal?* (53-71). Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.
- Lasagabaster, I. (1994). *Las relaciones de sujeción especial.* Madrid, España: Editorial Civitas.
- Leal, M. (2015). *La inaplicación del principio non bis in idem en la relación de sujeción especial de los funcionarios y servidores públicos.* (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Trujillo. Perú. Recuperado: <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/3023>.
- Lizarraga, V. (2013). *El derecho disciplinario en la administración pública.* Lima, Perú: Grijley.
- Lopez, H. (2011). La autoría como dominio y la autoría comon infracción del deber: Perspectivas. En Villela (ED). *Autoría infracción de deber y delitos de lesa humanidad* (pp.101-138). Buenos Aires. Argentina: Ad hoc.
- Lopez de Barja, J. (2004). *El principio non bis in idem.* Madrid, España: Dykinson.
- Lopera, G. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales.* Madrid, España: Centro de estudios políticos y constitucionales.

- Manalich, J. (2014). El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Revista de Política criminal*. 9. 18 543-563.
Recuperado de http://www.politica criminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A8.pdf.
- Martinez, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Mir, S. (2005). Límites del normativismo en el derecho penal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 17(18), 18-1 -18-24.
Recuperado: <http://criminet.ugr.es/recpe07-18pdf>.
- Mir, S. (2010). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal. En Mir, S. & Queralt, J. (ED). *Constitución y principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales* (67-104). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Mir, S. (2013). *Estado, pena y delito*. Buenos Aires, Argentina: IBdeF.
- Mir, S. (2016). *Derecho Penal parte general*. (10ava Ed.). Montevideo-Buenos Aires: Argentina: IBdeF.
- Mir, S. (2016). *Comentarios a los delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Instituto pacífico.
- Mylonopoulos, C. (2017). *Dogmática penal en un contexto internacional*. Buenos Aires, Argentina: IBde F
- Moron, J. (2019). *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Nuevo texto ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS)*. (14ava Ed.). Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- Nieto, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador*, (4ta Ed.) Madrid, España: Editorial tecnos.
- Núñez, V. (2012). *El contenido esencial del nom bis in idem y la cosa juzgada en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Peru: Grijley.
- Ossa, J. (2009). *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*, (2da Ed.). Colombia: Legis.
- Ottaviano, S. (2008). *El principio ne bis in idem. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el derecho internacional*. (Tesis de Doctorado). Universidad Austral, Buenos Aires. Argentina. Recuperado <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/124>.

- Patrón, P. y Patrón, P. (2004). *Derecho administrativo y administración pública en el Perú*. (8va Ed.). Lima, Perú: Grijley.
- Pereira, R. (2001). La potestad sancionadora de la administración y el procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 27444. *En Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General* (279-303): Lima, Perú. Ara editores.
- Polaino M. (2004). *Derecho penal modernas bases dogmáticas*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.
- Polaino M. (2015). *Derecho penal parte general*. Lima, Perú: Ara editores.
- Prado, E. (2019, 17 de mayo). Aumentan los casos de corrupción en el país. *Diario la República*, p. 8.
- Prieto, L. (1982). La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de derecho. *Revista española de derecho constitucional*. 2(4), 99-121. Recuperado de <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=La+jurisprudencia+constitucional+y+el+problema+de+las+sanciones++administrativas>.
- Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.
- Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Reátegui, J (2006). *La garantía del “ne bis in idem” en el ordenamiento jurídico- penal*. Lima, Perú: Jurista editores.
- Reátegui, J. (2016). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Lima, Perú: Ediciones legales.
- Reynaldy R. (2019). Insignificancia e intervención mínima en delitos contra la administración pública ¿Son los principios de insignificancia y mínima intervención, criterios de exclusión del injusto?. Recuperado: <https://legis.pe/insignificancia-intervencion-minima-delitos-contra-administracion-publica/>.
- Rojas, F. (2006). *Delitos contra la administración pública*. (4ta Ed.). Lima, Perú: Grijley.
- Rojas, F. (2012). *Derecho penal práctico procesal disciplinario. Dogmática y argumentación*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Rojas, H. (2014). *Los principios constitucionales limitadores del ius puniendi ¿qué límites rigen el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú?* (Tesis de

- Maestría.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Perú. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5509>
- Reaño, J. (2001). Los delitos de corrupción de funcionarios: Una visión crítica a partir del “caso Montesisnos”. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe? *Revista de derecho ius et veritas*. 23. 283-298.
- Recuperado.<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16029>
- Roxin, C. (1998). *Dogmática penal y política criminal*. Lima, Perú: Grijley.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. (7ma Ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. En R. Hefendehl (ED). *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (443-458). Madrid, España: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2009). El *injusto* penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídico y libertad individual. En J. Maier y G. Córdoba (Ed). *Tiene un futuro el derecho penal* (73-90). Buenos Aires, Argentina: Ad.Hoc.
- Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima, Perú: Grijley. Traducido por Abando Vasquez.
- Rubio, M. (2018). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano*. Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez, E. (2012). *Dogmática practicable del derecho disciplinario. Preguntas y respuestas*. (3ra Ed.). Bogota, Colombia: Ediciones nueva jurídica.
- Salinas, R. (2016). La teoría de infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios. En Hurtado, J (Ed.) *Problemas actuales de política criminal*. Anuario de derecho penal 2015-2016 (93-126), Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.E.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Peru: Iustitia.
- Seher, G. (2007). La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto del bien jurídico. En R. Hefendehl (ED). *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (69-92). Madrid, España: Marcial Pons.

- Silva, J. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*. (2da Ed.). Madrid, España: Civitas.
- Silva, J. (2010). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*. (3ra Ed.). Ampliada. Buenos Aires, Argentina: IBdef.
- Silva, J. (2012). Introducción 1991-2012. En B. Schunemann (ED). *El sistema moderno del derecho penal cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario*. (XLVIII-LXXIV. Buenos Aires, Argentina: IBdef.
- Sotomayor, J y Toro, M. (2017). Fundamentos y alcances de la prohibición de doble incriminación del Art. 8. C.P. *Revista Nuevo Foro Penal*. 13. (89).121-155. Recuperado:<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4973>
- Shunemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Revista de derecho de la facultad de derecho PUCP* N° 81, 2018. 91-112.
- Soana, T. (2010). *La aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional Chileno en el control constitucional de leyes penales* (Tesis de Pre Grado). Universidad Austral de Chile). Recuperado de <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2010/fjs339a/doc/fjs339a.pdf>.
- Suay, C. (2001). Refutación del ius puniendi. En A. Nieto (Cor.) *Homejane al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam Volumen I* (711-748). Cuenca, España: Gráficas cuenca.
- Tiedemann, K. (2003). *Constitución y derecho penal*. Lima, Perú: palestra editores.
- Tirado, J. (2011). Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional. *Revista de la facultad de derecho*. N° 67, 2011. 457-467. Recuperado:<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2996/3548>.
- Witker, J. (1995). *La investigación jurídica*. México:MC Graw-Hill
- Yaya, E. y Yaya, U. (2001). *El derecho disciplinario judicial*. Lima, Peru: Gráfica horizonte
- Zagrebelsky, G. ((2008). *El derecho dúctil. Ley derechos y justicia*. (8va Ed.). Madrid, España: Editorial Trotta (traducción Marina Gascon 1995).

- Zafaroni, R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zafaroni, R. (1998). *Manual de derecho penal. Parte general Tomo I* (5ta Ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas.
- Zúñiga, L. (2018). Dogmática funcionalista y política criminal: Una propuesta fundada en derechos humanos. *Revista de derecho de la facultad de derecho PUCP* N° 81, 2018. 45-92. Recuperado.<http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201802.002>.



ANEXOS

1. **Anexo 1.** Sentencias del Tribunal Constitucional que niegan la identidad de fundamento

Expediente	Fundamento
<p>(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, 1673-2002-AA/TC - 2002)</p>	<p>“3.En cuanto al fondo de la controversia, merituadas las instrumentales obrantes en el expediente, este colegiado considera que la demanda no resulta amparable en términos constitucionales, pues si bien de la copia de los actuados judiciales concernientes al proceso jurisdiccional al que fue sometido el demandante (...) se demostraría que éste fue eximido de responsabilidad penal por los hechos ilícitos que se le imputaron, debe tenerse en cuenta que lo que se resuelve en el ámbito administrativo-disciplinario es independiente del resultado del proceso penal al que pudiera ser sometido un efectivo policial por habersele imputado la comisión de un hecho penalmente punible esto, debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen.</p> <p>4. En dicho contexto, el Tribunal asume, apartándose de la jurisprudencia precedente que si lo resuelto en un proceso penal favorece a una persona sometida, a su vez, a un proceso administrativo-disciplinario, el resultado de éste último no se encuentra necesariamente vinculado al primero, ya que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal.</p> <p>Teoría asumida: No especifica el delito, pero el hecho que haya sido absuelto en la vía penal no implica la absolución disciplinaria, es de distinta naturaleza. Asume teoría de bien jurídico, naturaleza diferente.</p>
<p>(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo 0094-2003-AA- 2003)</p>	<p>“3. Dada que el análisis Constitucional de los derechos es principalmente efectuada En dicho contexto, el Tribunal asume que si lo resuelto en un proceso penal favorece a una persona sometida, a su vez, a un proceso administrativo disciplinario, el resultado de éste no se encuentra necesariamente vinculado al primero, ya que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal.”</p> <p><u>Interpretación</u></p> <p>Teoría asumida: Delito Común, personal policial interviene a persona en estado de ebriedad luego fallece en el hospital, es destituido. Asume la teoría de bienes jurídicos distintos.</p>
<p>(Tribunal Constitucional Acción de Amparo, 670-2003-AA/TC – 2004)</p>	<p>“(…) se dispuso abrir proceso administrativo al demandante, por haber incurrido en las faltas graves de carácter disciplinario tipificadas en el artículo 28° incisos a), d), e) y f), del Decreto Legislativo N.º 276; de lo que se concluye que el proceso administrativo seguido al accionante es totalmente diferente a la instrucción que se le sigue por el delito de peculado y abuso de autoridad en agravio del Estado”</p> <p><u>Interpretación</u></p> <p>Teoría asumida: Delito de función peculado y abuso de autoridad. Ha trabajador municipal se le inicio proceso penal y paralelamente proceso disciplinario. Asume teoría de bienes jurídicos distintos.</p>

<p>(Tribunal Constitucional Acción de Amparo, 1556-2003-AA/TC – 2003)</p>	<p>2. En primer lugar, el Tribunal Constitucional no considera que, en el caso de autos, se haya violado el principio de presunción de inocencia, puesto que el órgano emplazado no suspendió el procedimiento administrativo disciplinario en espera de que se pronunciara el fuero ordinario. En efecto, si hubiese existido tal obligación de suspensión del procedimiento disciplinario, en realidad, el derecho afectado hubiese sido el <i>non bis in ídem</i> en su vertiente procesal, estos, es la prohibición de que una persona sea juzgada dos veces por el mismo hecho. Sucede, sin embargo, que, conforme se puede corroborar con lo expuesto en el fundamento anterior, ambos-el proceso judicial y el procedimiento disciplinario- persiguen determinar si hubo responsabilidad por la infracción de dos bienes jurídicos de distinta envergadura: en el proceso penal, la responsabilidad por la eventual comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, mientras que en el procedimiento administrativo disciplinario, la responsabilidad administrativa por la infracción de bienes jurídicos de ese orden.”</p>
<p>(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, 2696-2004-AA/TC-2004)</p>	<p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: Delito común, Tráfico ilícito de drogas, no se suspendió proceso disciplinario paralelo. Asume teoría de bienes jurídicos diferentes.</p> <p>“5.- De otro lado, si bien el accionante ha sido absuelto de los cargos en el proceso penal que se siguió en su contra, derivado de las imputaciones que se le hicieron, conforme se aprecia de fojas 198 y siguientes, ello es respecto de los hechos que configuran el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, mientras que la sanción de destitución fue impuesta por las faltas indicadas en los incisos a (el incumplimiento de las normas establecidas en la ley y su reglamento), d (la negligencia en el desempeño de las funciones), f (la utilización o disposición de los bienes de la entidad en beneficios propio o de terceros) y h (el abuso de autoridad, la prevaricación o el uso de la función con fines de lucro) del artículo 28° del Decreto Legislativo N.° 276.</p> <p>En tal sentido, se aprecia que las conductas previstas en los incisos a) y d) de la norma precitada no necesariamente son conductas que puedan encuadrarse en el tipo penal de peculado, por lo que la sanción administrativa impuesta no ha sido enervada.</p> <p>En consecuencia, no se ha acreditado en el caso de autos que se hayan afectado el derecho al debido proceso, ni mucho menos el derecho de defensa, por lo que las resoluciones en cuestión han sido emitidas conforme a los marcos legales establecidos.”</p>
<p>(Tribunal Constitucional Acción de Amparo, 3944-2004-AA-2005)</p>	<p><u>Interpretación</u> Tería asumida: Servidor administrativo, delito de función peculado, no se suspende el proceso disciplinario. Asume teoría de bienes jurídicos diferentes -no es clara-.</p> <p>“4.- Tampoco se ha vulnerado el principio <i>non bis in ídem</i>, puesto que la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa, en que incurrió el demandante, por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones.”</p> <p>Teoría asumida: No se específica delito. Trabajador administrativo es destituido pese a existir proceso penal. Asume teoría de la diferencia de bienes jurídicos diferentes, responsabilidades independientes.</p>
<p>(Tribunal Constitucional Proceso de Habeas Corpus 10192-2006-HC- 2007)</p>	<p>“14.- (...). Por ello, no se puede alegar la violación del <i>non bis in ídem</i> sustancial o material, porque en el presente caso existe identidad de sujeto y hecho; además el tercer elemento que se aduce como argumento para consagrar la triple identidad y habilitar la prohibición del <i>non bis in ídem</i> no se configura dada la naturaleza de las sanciones impuestas.”</p> <p>Teoría asumida: Delito común, servidor del ministerio del interior fue sancionado administrativamente y luego penalmente. Asume la teoría bienes jurídicos diferentes.</p>

<p>(Tribunal Constitucional proceso de habeas corpus 02292-2006-PHC/TC- 2007)</p>	<p>“3. (...) sin embargo es posible determinar con mayor certeza que no se configura la identidad de fundamento, toda vez que como ya lo ha señalado este Tribunal las sanciones penales y disciplinarias corresponden a finalidades distintas. Así, estas últimas persiguen el mantenimiento del orden al interior de la institución policial, mientras las primeras persiguen la protección de bienes jurídicos. Por tanto, al no presentarse la identidad de fundamento, imprescindible para configurar una vulneración al ne bis in idem, este extremo de la demanda debe ser desestimado.”</p>
<p>(Tribunal Constitucional Procesos de Amparo 4177-2007-PA/TC - 2007)</p>	<p>“6. En efecto, dicho proceso disciplinario se sustentó en hechos que motivaron la apertura de un proceso de instrucción ante la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, por el delito de tráfico ilícito de drogas y otros, siendo absuelto mediante sentencia de fecha 1 de febrero de 2006 (...) Al respecto, cabe señalar que, si bien es cierto se absolvió al recurrente es este proceso, también lo es que lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso en el fuero judicial, debido a que se trata de dos procesos de distinta naturaleza y origen.</p> <p>7. En dicho contexto, si lo resuelto en la vía judicial favorece a una persona sometida, a su vez, a un procedimiento administrativo disciplinario, el resultado de este no se encuentra necesariamente vinculado al primero, ya que el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso en la vía judicial conlleva una sanción punitiva. Por esta razón, la imposición de una medida disciplinaria para el demandante en este caso no afecta su derecho a la presunción de inocencia, por cuanto tiene como fundamento aquellos mismos hechos que motivaron la apertura de la instrucción por delito penal.</p>
<p>(Tribunal Constitucional Acción de Amparo 00719-2007-AA-2007)</p>	<p>“7. (...) -En lo que concierne a la apertura del proceso penal, cabe señalar que lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso en vía judicial, debido a que se trata de dos procesos de distinta naturaleza y origen.”</p>
<p>(Tribunal Constitucional 01921-2008-PA/TC- 2010)</p>	<p>“6(...) que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal” (STC 094-2003-AA/TC, fundamento 2). En ese sentido, la demanda de amparo en el extremo referido a la supuesta violación del ne bis in ídem también carece de sustento.”</p>
<p>(Tribunal Constitucional Proceso de Amparo 01864-2009-PA/TC- 2010)</p>	<p>“5. (...) por consiguiente, no se ha vulnerado el principio non bis in ídem, toda vez que las sanciones que se impusieron al demandante tienen diferente naturaleza diferente (...)”</p>
<p>(Tribunal Constitucional Acción de Amparo 01873-2009-AA- 2010)</p>	<p>“11. De otro lado, sin ánimo de proponer una definición, conviene precisar que el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar supuestas infracciones cometidas como</p>

	<p>consecuencia de una conducta ilegal por parte de los administrados. Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del ius puniendi del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que, en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda.</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: No existe delito: Caso de magistrado ante CNM, señala no puede equipararse, los fines son distintos. No indica teoría, pero se asume que es teoría del bien jurídico. Es un razonamiento obiter dicta.</p>
<p>(Tribunal Constitucional proceso de Amparo 05172-2009-PA/TC)</p>	<p>“5 En efecto, los hechos que originaron tanto la sanción disciplinaria cuanto la condena penal son básicamente los mismos; no obstante, la empleadora sancionó al recurrente no por apropiación indebida de bienes de la empresa, sino por incumplimiento de sus obligaciones como Auxiliar de Almacén, que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral; por su parte, el órgano jurisdiccional penal le impuso una condena penal por haber cometido un ilícito penal; por consiguiente, no se ha vulnerado el principio non bis in idem, toda vez que las sanciones que se impusieron al demandante tienen diferente naturaleza (...).</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: Delito común apropiación indebida sancionado y también la sanción disciplinaria. Asume teoría del bien jurídico -diferente naturaleza.</p>
<p>(Tribunal Constitucional proceso de Amparo 00361-2010-PA/TC-2010).</p>	<p>“3. Dentro de esta última identidad (de fundamento o de contenido de lo injusto), no pueden equipararse las sanciones administrativas (pertenecientes al Derecho Administrativo sancionador) y las sanciones penales (pertenecientes al Derecho Penal), pues ambas obedecen a fundamentos jurídicos distintos. No podría equipararse el juzgamiento realizado a nivel jurisdiccional con el procedimiento sancionador realizado a nivel administrativo, y menos impedirse que la sede jurisdiccional penal se vea imposibilitada de pronunciarse debido a lo resuelto en sede administrativa.”</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: Delito de función, abuso de autoridad. Fue sancionado efectivo policial por el mismo hecho y se le inicia proceso penal y se le sentencia. Asume teoría de bien jurídico diferente.</p>
<p>(Tribunal Constitucional, proceso Habeas Corpus 02692-2010-PHC/TC -2010)</p>	<p>“5. Sin embargo, en el caso de autos no se evidencia la vulneración del principio de ne bis in ídem toda vez que el proceso administrativo disciplinario iniciado al actor estuvo orientado a sancionar "la presunta conducta funcional indebida" al haber actuado con negligencia en el ejercicio de su función en su condición de profesional medicogineco-obstetra tratante de la occisa desde el 20 de mayo del 2006, que laboraba en el Hospital Regional de Arequipa Julio Pinto Manrique de la Policía Nacional del Perú, siendo el caso que el proceso penal se orientó a determinar su responsabilidad penal en la muerte de la agraviada por haber vulnerado el bien jurídico protegido vida, encontrándose responsable del delito de homicidio culposo, al no haber tomado en consideración los síntomas que presentaba la agraviada antes del 21 de junio del 2006, fecha de su deceso (...).”</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: Delito común: Médico procesado por delito de homicidio culposo, pese a ser absuelto disciplinariamente es sancionado. Asume teoría de bien jurídico diferente.</p>
<p>(Tribunal Constitucional proceso de Amparo 03706-2010-PA/TC -2010).</p>	<p>“6 (...). En dicho contexto, si lo resuelto en la vía judicial favorece a una persona sometida, a su vez, a un procedimiento administrativo disciplinario, el resultado de este no se encuentra necesariamente vinculado al primero, ya que el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una inconducta funcional, mientras que el proceso penal en la vía judicial conlleva una sanción punitiva. Por esta razón, la imposición de una sanción disciplinaria para el demandante en este caso no</p>

afecta su derecho a la presunción de inocencia, por cuanto tiene como fundamento aquellos mismos hechos que motivaron la apertura de la instrucción por delito penal.”

Interpretación

Teoría asumida: Delito común. Caso de agresión a superior, fue sancionado disciplinariamente y se le inicia proceso penal. Asume teoría bienes jurídicos diferentes, fundamento diferente.

(Tribunal Constitucional, proceso habeas corpus 03517-2011-PHC/TC-2011)

“(…) en el presente caso este Tribunal considera que no se ha producido la vulneración del derecho al debido proceso ni del principio ne bis in ídem puesto que la Resolución Ministerial N.º 1538-DE/FAP.CP (fojas 90) se expidió con el fin de sancionar al recurrente por faltas cometidas contra la disciplina, los deberes militares y la buena administración de la FAP; y, la Resolución Ministerial N.º 335-DE/FAP-CP (fojas 92) pasó al retiro al recurrente, en vía de regularización, por límite de permanencia en la situación de disponibilidad.

6. De otro lado, si bien a fojas 190 de autos obra la resolución de fecha 15 de abril del 2004 por el que se abre instrucción en el fuero privativo contra el recurrente por los delitos de desobediencia, negligencia y contra el patrimonio en la modalidad de fraude (Causa N.º 31001-2004-0067). Sin embargo, por Resolución de fecha 14 de abril del 2009 (fojas 207) se dispone remitir la referida causa respecto del delito contra el patrimonio, al fiscal provincial penal de turno por no tratarse de un bien jurídico institucional propio de las fuerzas armadas o policía nacional.

7. Por consiguiente, no se evidencia la vulneración del derecho al debido proceso ni del principio de ne bis in ídem toda vez que el proceso administrativo y el proceso penal están orientados a determinar distintos tipos de responsabilidades y la responsabilidad frente a la vulneración del bien jurídico patrimonio corresponde al fuero ordinario, por lo que es de aplicación del artículo 2º, contrario sensu, del Código Procesal Constitucional.”

Interpretación

Teoría asumida: Delito común, servidor de fuerza armada es sancionada disciplinariamente, pero se le remite para investigación penal. Asume teoría de bienes jurídicos distintos, matiza con distintas responsabilidades.

2. **Anexo 2.** Sentencias del Tribunal Constitucional que afirman la identidad de fundamento

Sentencia del Tribunal Constitucional	Fundamento
<p>(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, 970-2001-AA/TC – 2002)</p>	<p>“5.-Este Tribunal ha establecido en uniforme jurisprudencia que si el hecho fundante de la medida disciplinaria es desestimado en sede judicial, como ha ocurrido en el presente caso, debe entenderse que también queda desvirtuado el fundamento de la medida disciplinaria.</p> <p>6.- La actuación en sede judicial constituye un acto que prima sobre el efecto sancionador del ente administrativo, ya que se ha determinado la inexistencia de responsabilidad penal en la conducta del demandante. En consecuencia, al denegarse la reincorporación del demandante a su puesto de trabajo, se han violado los derechos a la libertad de trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la presunción de inocencia y al honor y la buena reputación, consagrados en los artículos 2º inciso 7), 22º y 27º de la Constitución Política del Perú.”</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: No estamos ante una identidad de fundamento, sino de hecho, el mismo no existe, por lo que no puede persistir la sanción disciplinaria, no es relevante referirse a la identidad de fundamento.</p>
<p>(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, 2050-2002-AA/TC, – 2003)</p>	<p>“17...</p> <p>Si, por el contrario, se produjese un supuesto de concurso aparente de la infracción disciplinaria y la infracción penal, estos es, que con los mismos fundamentos se pretendiera sancionar penal y administrativamente a un miembro de la PNP, en ese caso, el procedimiento administrativo disciplinario deberá suspenderse y el órgano administrativo se sujetará a lo que se resuelva en sede judicial. Ello ocurre, especialmente en el ámbito de la jurisdicción militar, pues no solo tiene competencia para juzgar los denominados delitos de función, sino también para sancionar por faltas disciplinarias previstas en el Código de Justicia Militar y en las leyes de la materia.</p> <p>(...)</p> <p>19.- (...) El principio del ne bis in idem material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de lex praevia y lex certa que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.º. 6)— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista vendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.”</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: El caso corresponde a la justicia militar que puede asumir el conocimiento de delitos y faltas disciplinarias, en caso el fundamento sea el mismo, no procede la doble sanción. Asume teoría de bien jurídico con matices de infracción del deber, pero sin explicarlo.</p>
<p>(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, 2322-2004-AA/TC, – 2003)</p>	<p>8. Al respecto, el recurrente fue sancionado dos veces con arresto de rigor, basándose exclusivamente en la imputación de haber incurrido en la comisión de “faltas contra la obediencia y negligencia, al demostrar falta de celo en el cumplimiento de su servicio de seguridad posterior del Establecimiento Penal de Sentenciados de Huancavelica, Torreón N.º 03, 2do. Turno de 00:00 a 03:00 hrs, y como consecuencia se produzca la fuga de los internos (...); ocurrido el 26JUL2000, entre las 01.00 y 04.00 hrs. Aprox. por la parte posterior de dicho establecimiento.” (fojas 2 de autos). Por los mismos hechos, fue sometido a un proceso penal por el delito contra la administración de justicia, en su modalidad de delito contra la función jurisdiccional (apoyo para la evasión de preso) en agravio del Estado; sin embargo, en dicho proceso se comprobó que a la hora en que ocurrió la fuga de los internos el actor ya no se encontraba prestando</p>

	<p>servicio de vigilancia en dicho establecimiento penal, por lo cual se ordenó archivar el proceso y anular los antecedentes judiciales y policiales del recurrente. A pesar de ello, la entidad emplazada sigue computando los días de arresto de rigor impuestos al demandante, hecho que lo incapacita para participar en los procesos de ascensos.</p> <p>9. En consecuencia, se advierte que la emplazada, en el caso de autos, ha violado el principio de presunción de inocencia, razón por la cual la presente demanda debe ser estimada.”</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: No estamos ante la identidad de fundamento, sino ante la ausencia del hecho, por lo que al no existir el mismo no es relevante discutir la identidad de fundamento.</p>
<p>(Tribunal Constitucional, Habeas Corpus, expediente 3194-2004-2004-HC/TC, – 2003)</p>	<p>7. Consecuencias de una posible irresponsabilidad penal. Sobre el tema se debe decir que la base fáctica del proceso penal y el proceso administrativo es una sola.</p> <p>Pero, cabe una situación particular: que la persona sea absuelta en vía procesal penal por la falta de pruebas sobre los hechos denunciados. Es decir, que la base fáctica de los procesos sean declarados insubsistentes en sede judicial. Ante tal situación, ¿Qué sucedería con la sanción disciplinaria impuesta?, la respuesta no es del todo sencilla. Sin embargo, para el caso concreto, si se demostrase que el inculpado no participó del hecho delictivo imputado, la sanción disciplinaria debería seguir lo decidido en el proceso penal”.</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: No estamos ante identidad de fundamento, sino el hecho no ha sido probado, por lo que no corresponde la doble sanción por falta de identidad de hecho.</p>
<p>(Tribunal Constitucional, Procesos de Amparo, 03277-2010-PA/TC, – 2011)</p>	<p>“11.- Que consecuentemente este Colegiado estima que el mandato solicitado no reúne el requisito mínimo de ser de ineludible y obligatorio cumplimiento, toda vez que la judicatura ordinaria en el uso de sus facultades punitivas ha sancionado a don Dante Elmer Sánchez Rodríguez con la pena limitativa de inhabilitación por el término de un año, la que se ha cumplido por el plazo indicado en la sentencia. De modo tal que pretender la aplicación del Decreto Supremo N.º 005-90-PCM en el sentido de solicitar la destitución del rehabilitado, sin tomar en cuenta que éste ya ha sido sancionado penalmente, importaría la imposición de una doble sanción, lo que contravendría la Constitución y afectaría el principio ne bis in idem.”</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: Servidor público sentenciado con pena e inhabilitación por delito de función, no corresponde la destitución, es afectación del ne bis in idem. Asume teoría del bien jurídico como infracción del deber, pero al no imponer pena corresponde más al principio de proporcionalidad.</p>

3. Anexo 3. Acuerdo Plenario que niega la identidad de fundamento

Acuerdo Plenario	Precedente vinculante
<p>(Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 2090-2005-Lambayeque, – 2006) (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penales Permanente y Transitoria Acuerdo Plenario 01-2007/ESV-22 - 2007)</p>	<p>“Cuarto: Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y 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; que, en cambio, 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. Quinto: Que el principio ne bis in idem material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada “prohibición de exceso”, esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente. Sexto: Que el principio de ne bis in idem contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, 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 por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no envía 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 intereses o bienes jurídicos diferentes -posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro-; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional (...). Séptimo: Que, en el contexto expuesto cabe indicar que la sanción disciplinaria impuesta al encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles, Administrador de la Municipalidad Distrital de Pítipo, se debió al incumplimiento de sus funciones y a la comisión de graves faltas administrativas que incluso no son materia de acusación fiscal - conforme se aprecia de la Resolución de Alcaldía de fojas setecientos catorce-; que, en cambio, en el presente caso se juzga hechos con contenido penal –véase acusación fiscal de fojas setecientos veinticinco-, distintos a los que originaron la medida disciplinaria que se le impuso, razón por la cual de autos no aparece acreditada vulneración alguna al principio de ne bis in idem.”</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: La ejecutoria no hace mención a delito, alguno pero de los hechos se indica que varió monto de soles en dólares, y se apropió dinero, por lo que estaríamos ante un delito especial, el acuerdo es taxativo lo penal y disciplinario son distintos. Asume teoría de bienes jurídico diferente.</p>

4. **Anexo 4.** Resoluciones del Servir que niegan la identidad de fundamento.

Resolución Administrativa/ Informes técnicos	Fundamento
<p>La Fuente (1996) Palacios (2001) (Tribunal del Servicio Civil, Sala Plena, Resolución 001- 2012- SERVIR/TSC -2012)</p>	<p>“15 Al, respecto debe precisarse que la potestad sancionadora especial o disciplinaria es una de las manifestaciones de la potestad sancionadora administrativa, cuyo objetivo fundamental es prevenir y sancionar aquellas conductas que atentan contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servicios públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública. Es decir, la potestad disciplinaria se diferencia de la potestad sancionadora general, pues la primera se ejerce respecto de sujetos especialmente vinculados a la Administración, que se integra dentro de su organización; mientras que la segunda se ejerce respecto de todo los administrados cuando éstos lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por el marco constitucional y legal vigente, a efectos de incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico y desincentivar La realización de infracciones. Citado en Tribunal del Servicio Civil, Sala Plena, Resolución N° 001-2012- SERVIR/TSC -2012.”</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: No se especifica delito común o de función, solo se afirma objetivo distinto, mientras el penal bienes jurídicos. Asume una teoría del bien jurídico diferente, aunque sus razones son generales, en cuestiones de forma.</p>
<p>(Autoridad Nacional del Servicio Civil, Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil, Informe Técnico 290-2016- SERVIR/GPGSC -2016)</p>	<p>“2.8. El fundamento de éste principio radica en la diferente naturaleza que tiene cada una de dichas responsabilidades. Mientras la responsabilidad penal se origina ante la realización de actos tipificados por el ordenamiento como delitos que, como tales, merecen el máximo reproche jurídico, la responsabilidad administrativa tiene por fuente el incumplimiento de los deberes que corresponden a un funcionario o servidor público. (...) 2.11. Igual criterio ha seguido el Tribunal del Servicio Civil. En la resolución recaída en el expediente N° 057-2010-SERVIR-TSC, este colegiado ha sostenido que el principio constitucional del nom bis in idem “no implica necesariamente que, en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, la responsabilidad penal subsuma en forma automática otras responsabilidades que pudieran implicar una conducta imputada” y que el “fundamento de la autonomía de la responsabilidad administrativa con respecto a la responsabilidad penal radica en que, pese a que ambas son expresiones de un mismo poder punitivo del Estado, se orientan a finalidades distintas” (fundamento 20 y 22 respectivamente) 2.12. Siendo, así, colegimos que la persecución penal de una determinada conducta de un funcionario o servidor público, no implica que la misma no pueda, a la vez, ser objeto de un pronunciamiento administrativo, con el propósito de determinar la responsabilidad que en éste ámbito dicha conducta puede haberse generado, correspondiendo a la entidad efectuar el procedimiento administrativo disciplinario –PAD respectivo, sin necesidad de esperar un pronunciamiento del órgano jurisdiccional que se emitirá su juicio de responsabilidad penal y/o civil.”</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: No diferencia delito común ni especial, solo distinta naturaleza, asume teoría de bien jurídico diferente.</p>

5. Anexo 5. Resoluciones de la Contraloría General de la República que niegan la identidad de fundamento

Resolución del Tribunal de Responsabilidades Administrativas	Fundamento
<p>(Contraloría General de la República, Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, Resolución 186-2017.CG/TSRA-Primera Sala).</p>	<p>“5.8 El administrado señor Quico Palomino alega que se ha vulnerado la Cosa Juzgada, ya que el hecho de haber recepcionado, depositado, custodiado y distribuido la ropa donada, mismo fundamento (incumplimiento de funciones por parte del Gerente de la Subregión Ilo) fue materia de acusación por el delito de Abuso de Autoridad en la modalidad de incumplimiento de funciones, hecha por el Ministerio Público, ante el Juez de investigación preparatoria de Mariscal Nieto, concluyéndose que el administrado en su función de Gerente no tenía entre sus funciones la de recibir, depositar, custodiar y distribuir la ropa donada.</p> <p>5.9 Al respecto, sobre lo alegado por el administrado Quico Palomino debe advertirse que el mismo se refiere sobre el principio Non bis in idem, el cual ha sido desarrollado por este Colegiado en el Fundamento 4.3 de la Resolución N° 007-2013-CGffSM, definiéndola como el "principio general del Derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración".</p> <p>(...)</p> <p>5.16 En el caso específico del procedimiento administrativo sancionador a cargo de la CGR, resulta importante señalar que el Art. 1 1° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, hace referencia a la autonomía de responsabilidades, al señalar que en adición de la responsabilidad administrativa funcional del administrado, éste también puede verse inmerso en procesos judiciales por responsabilidad penal y civil derivadas de las responsabilidades identificadas en acciones de control.</p> <p>5.17 En idéntico sentido, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 49° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622: La responsabilidad administrativa funcionales independiente de las responsabilidades penales o civiles que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto /os bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes. Asimismo, dispone que "Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad para procesar administrativamente y sancionar al funcionario o servidor público que hubiera incurrido en responsabilidad administrativa funcional. salvo disposición judicial expresa en contrario". (subrayado nuestro)</p> <p>5.18. Por su parte, el Art. 12° del Reglamento de la Ley N° 29622, establece que el procesamiento y sanciones por responsabilidad administrativa funcional son independientes de los procesos y sanciones por responsabilidad civil o penal que pudieran establecerse o determinarse en cada caso. Asimismo, dicho artículo dispone que sólo por disposición judicial expresa se pueden suspender, modificar o eliminar los efectos de las sanciones por responsabilidad administrativa funcional.</p> <p>5.19. Lo expuesto en los considerandos precedentes permite a este Colegiado concluir que no se configura el elemento de la identidad de fundamento, siendo necesario reiterar que, para que se configure la causal del principio non bis in idem como elemento que determine la conclusión anticipada del PAS, deben concurrir entre este procedimiento y aquel con el cual se le compara los tres elementos copulativos, siendo que en el presente caso hay notoria discordancia en uno de dichos elementos (fundamento), debiendo desestimarse su recurso de apelación respecto a este extremo.</p> <p>5.20 A la luz de los fundamentos expuestos, corresponde declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el administrado señor Quico Palomino.”</p> <p><u>Interpretación</u> Teoría asumida: Delito de función en la que fue absuelto del delito de abuso de autoridad, por no ser sus funciones. Asume teoría del bien jurídico diferente, adiciona autonomía de responsabilidades.</p>
<p>(Contraloría General de la República, Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, Resolución</p>	<p>4.1 La controversia planteada por el administrado radica en establecer si la Resolución apelada Infringió el Principio de Non Bis In idem al haberle atribuido responsabilidad administrativa funcional e impuesto una sanción administrativa pese a existir un proceso penal pendiente de resolución por los mismos hechos</p>

**Administrativa 0007-2013-
CG/TSRA -2013)**

incoados en virtud del Principio de Lesividad y en determinar si las resoluciones del TC y de la Corte Suprema de Justicia de la República utilizadas como sustento del acto impugnado resultan vinculantes para el Órgano Sancionador de la CGR.

De la presunta vulneración del principio de Non Bis In ídem

4.2 Al respecto, el administrado refiere que la decisión del Órgano Sancionador de imponerle la sanción mediante la resolución impugnada, "(...) violó el principio jurídico del Ne Bis In ídem, cuyo reconocimiento constitucional se encuentra en el Art. 139° Inc. 13) de la Ley Fundamental, cuyo desarrollo más elocuente se halla en el Art. III del Título Preliminar del Código Penal. En el presente caso, aparte del presente proceso administrativo sancionador, también me encuentro sometido a un proceso penal bajo el Expediente. N° 2013-13-0, que se viene tramitando ante la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Loreto (...).

4.8 Llegados a este punto, corresponde a este Tribunal establecer si el Principio de Non Bis In ídem es vulnerado por la instauración y desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador y la ulterior imposición de sanción administrativa a cargo de los órganos competentes de la CGR pese a la existencia de un proceso penal en curso a la misma persona y por los mismos hechos, calificados, en un caso, como infracción administrativa y, en el otro, como delito pasible de sanción penal.

4.9 Se debe recordar, sobre este punto, que el Art. 243.2° de la Ley N° 27444, establece la autonomía de la responsabilidad administrativa frente a la responsabilidad penal, cuando señala que los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario.

4.10 En el caso específico del procedimiento administrativo sancionador a cargo de la CGR resulta importante señalar que el Art. 11' de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, hace referencia a la autonomía de responsabilidades, al señalar que en adición de la responsabilidad administrativa funcional del administrado, éste también puede verse inmerso en procesos judiciales por responsabilidad penal y civil derivadas de las responsabilidades identificadas en acciones de control.

4.11 En idéntico sentido, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 49° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, "la responsabilidad administrativa funcionales independiente de las responsabilidades penales o civiles que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes". Asimismo, dispone que "los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad para procesar administrativamente y sancionar al funcionario o servidor público que hubiera incurrido en responsabilidad administrativa funcional, salvo disposición judicial expresa en contrario".

4.12 Por su parte, el Art. 12° del Reglamento de la Ley N° 29622, establece que el procesamiento y sanciones por responsabilidad administrativa funcional son independientes de los procesos y sanciones por responsabilidad civil o penal que pudieran establecerse o determinarse en cada caso. Asimismo, dicho artículo dispone que sólo por disposición judicial expresa se pueden suspender, modificar preliminar los efectos de las sanciones por responsabilidad administrativa funcional.

(...)

4.19. Atendiendo a estas consideraciones, este Tribunal considera que la Resolución N° 001-015-2013-CG/SAN, emitida por el Órgano Sancionador no infringió el principio jurídico del Non Bis In ídem al haber sancionado al administrado por responsabilidad administrativa funcional por la comisión de las infracciones previstas en el Inc. b) del Art.46° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, y en los Incs. b) y r) del Art. 7° de su Reglamento, existiendo simultáneamente un proceso judicial pendiente, conforme a los actuados, dirigido a establecer una responsabilidad penal sobre la cual en tanto no sea expedida una resolución definitiva- el administrado goza de la protección conferida por el Principio de Presunción de inocencia, consagrado por el Literal e) del Inc. 24) del Art. 2° de la Constitución.

De la aplicación del Principio de Lesividad

(...)

4.22 Ahora bien, este bien jurídico debe ser lesionado o puesto en peligro para que, conforme al Principio de Lesividad, el Derecho Penal intervenga, No es suficiente, entonces, la mera oposición entre la conducta y la norma penal, sino

también la lesión o puesta en peligro del bien jurídico concreto cuya protección le ha sido encargada al catálogo de la parte especial del Código Penal.

Interpretación

Teoría asumida: Delito de función peculado doloso, servidor público es sancionado estando pendiente un proceso penal. Asume teoría que los bienes jurídicos diferentes, agrega su marco normativo que autoriza la independencia de responsabilidades.

6. Anexo 6. Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el ne bis in idem y aplicación del principio de proporcionalidad.

Expediente	Examen y determinación
<p>(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo 1673-2002-AA/TC - 2002)</p>	<p>Teoría asumida: No especifica el delito, pero el hecho que haya sido absuelto en la vía penal no implica la absolución disciplinaria, el bien es de distinta naturaleza. Asume teoría de bien jurídico, naturaleza diferente</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: No examina desde la proporcionalidad la decisión, para descartar el ne bis in idem sustantivo.</p>
<p>(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo 0094-2003-AA- 2003)</p>	<p>Teoría asumida: Delito Común, personal policial interviene a persona en estado de ebriedad luego –intervenido- fallece en el hospital y es destituido. Asume la teoría de bienes jurídicos distintos.</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: No se examina desde la proporcionalidad la decisión.</p>
<p>(Tribunal Constitucional Acción de Amparo, 1670-2003-AA/TC – 2004)</p>	<p>Teoría asumida: Delito de función peculado y abuso de autoridad. Trabaajdor municipal se le inicio proceso penal y paralelamente proceso disciplinario. Asume teoría de bienes jurídicos distintos.</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: Si el bien jurídico es el mismo en el delito y la falta disciplinaria, entonces por el sub principio de necesidad de la proporcionalidad el hecho solo puede ser administrativo o en caso superado el mismo el hecho sería netamente penal. Tal examen no se hace.</p>
<p>(Tribunal Constitucional Acción de Amparo, 556-2003-AA/TC – 2003)</p>	<p>Teoría asumida: Delito común, Tráfico ilícito de drogas, no se suspendió proceso disciplinario paralelo. Asume teoría de bienes jurídicos diferentes.</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: No se examina desde el principio de proporcionalidad si existe afectación de la institución con el delito denunciado.</p>
<p>(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, expediente 2696-2004-AA/TC-2004)</p>	<p>Tería asumida: Servidor administrativo, delito de función peculado, no se suspende el proceso disciplinario. Asume teoría de bienes jurídicos diferentes -no es clara-</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: Si el bien jurídico es el mismo en el delito y la falta disciplinaria, entonces por el sub principio de necesidad de la proporcionalidad el hecho solo puede ser administrativo o en caso superado el mismo el hecho sería netamente penal. Tal examen no se hace.</p>
<p>(Tribunal Constitucional Acción de Amparo, 3944-2004-AA-2005)</p>	<p>Teoría asumida: No se especifica delito. Trabajador administrativo es destituido pese a existir proceso penal. Asume teoría de la diferencia de bienes jurídicos, responsabilidades independientes.</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: No se examina si el delito es común o especial, en cada uno de ellos corresponde el examen de proporcionalidad lo cuál no se hace.</p>
<p>(Tribunal Constitucional Proceso de Habeas Corpus 10192-2006-HC- 2007)</p>	<p>Teoría asumida: Delito común, servidor del ministerio del interior fue sancionado administrativamente y luego penalmente. Asume la teoría bienes jurídicos diferentes.</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: No se efectúa examen de proporcionalidad, desde la necesidad de la pena</p>
<p>(Tribunal Constitucional proceso de habeas corpus 02292-2006-PHC/TC- 2007)</p>	<p>Teoría asumida: Delito de función, abuso de autoridad y cobros y disciplinariamente se le apertura sobre los mismos hechos. Asume teoría de bienes jurídicos diferentes, matiza con finalidades distintas.</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: Si el bien jurídico es el mismo en el delito y la falta disciplinaria, entonces por el sub principio de necesidad de la proporcionalidad el hecho solo puede ser administrativo o en caso superado el mismo el hecho sería netamente penal. Tal examen no se hace.</p>

(Tribunal Constitucional Procesos de Amparo 4177-2007-PA/TC - 2007)	Teoría asumida: Delito común tráfico ilícito de drogas. Efectivo policial absuelto por el delito, pero es sancionado administrativamente. Asume teoría del bien jurídico diferentes, matiza diferencia de penas.
	<p><u>Interpretación</u> Determinación: No se examina si el hecho existe o no, vital en estos casos.</p>
(Tribunal Constitucional Acción de Amparo 00719-2007-AA-2007)	Teoría asumida: Delito común, conducción en estado de ebriedad y accidente, administrativamente paso a disponibilidad. Asume teoría de bienes jurídicos distintos.
	<p><u>Interpretación</u> Determinación: No se hace el examen desde la proporcionalidad si se afecto a la organización.</p>
(Tribunal Constitucional 01921-2008-PA/TC- 2010)	Teoría asumida: Delito común no iniciado, pero magistrado disciplinariamente destituido. Asume teoría de bien jurídicado diferentes, matiza con distintos objetivos.
	<p><u>Interpretación</u> Determinación: No se efectúa el examen de proporcionalidad de la medida.</p>
(Tribunal Constitucional Proceso de Amparo 01864-2009-PA/TC- 2010)	Teoría asumida: Delito común hurto y falsificación, fue sancionado administrativa y penalmente. Asume teoría del bien jurídico.
	<p><u>Interpretación</u> Determinación: Evaluar desde la proporcionalidad si se afectó la organización.</p>
(Tribunal Constitucional Acción de Amparo 01873-2009-AA- 2010)	Teoría asumida: No existe delito: Caso de magistrado ante CNM, señala no puede equipararse, los fines son distintos. No indica teoría, pero se asume que es teoría del bien jurídico. Es un razonamiento obiter dicta.
	<p><u>Interpretación</u> Determinación: Asume una teoría de independencia al margen del principio de proporcionalidad.</p>
(Tribunal Constitucional proceso de Amparo 05172-2009-PA/TC-2009)	Teoría asumida: Delito común apropiación indebida sentenciado y también la sanción disciplinaria. Asume teoría del bien jurídico -diferente naturaleza.
	<p><u>Interpretación</u> Determinación: No se examina la proporcionalidad de la medida.</p>
(Tribunal Constitucional proceso de Amparo 00361-2010-PA/TC-2010).	Teoría asumida: Delito de función, abuso de autoridad. Fue sancionado efectivo policial, por el mismo hecho se inicia proceso penal y luego se sentencia. Asume teoría de bien jurídico diferente.
	<p><u>Interpretación</u> Determinación: Si el bien jurídico es el mismo en el delito y la falta disciplinaria, entonces por el sub principio de necesidad de la proporcionalidad el hecho solo puede ser administrativo o en caso superado el mismo el hecho sería netamente penal. Tal examen no se hace.</p>
(Tribunal Constitucional, proceso Habeas Corpus 02692-2010-PHC/TC -2010)	Teoría asumida: Delito común: Médico procesado y sentenciado por delito de homicidio culposo, pese a ser absuelto disciplinariamente. Asume teoría de bien jurídico diferentes.
	<p><u>Interpretación</u> Determinación, si bien la medida sería proporcional, pero amerita desarrollarlo.</p>
(Tribunal Constitucional proceso de Amparo 03706-2010-PA/TC -2010).	Teoría asumida: Delito común. Caso de agresión a superior, fue sancionado disciplinariamente y se le inicia proceso penal. Asume teoría bienes jurídicos diferentes, fundamento diferente.
	<p><u>Interpretación</u> Determinación: No se efectúa examen de proporcionalidad.</p>
(Tribunal Constitucional, proceso habeas corpus 03517-2011-PHC/TC-2011)	Teoría asumida: Delito común, servidor de fuerza armada es sancionado disciplinariamente, pero se le remite para investigación penal. Bienes jurídicos distintos, matiza con distintas responsabilidades.
	<p><u>Interpretación</u> Determinación: No se hace examen del principio de proporcionalidad.</p>

Sentencia del Tribunal Constitucional -casos en que se declaro fundada-	
(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, expediente 970-2001-AA/TC-2002)	<p>Teoría asumida: No estamos ante una identidad de fundamento, sino de hecho, el mismo no existe, por lo que no puede persistir la sanción disciplinaria, no es relevante referirse a la identidad de fundamento.</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: La decisión hace mención a proporcionalidad no lo desarrolla, no es necesario.</p>
(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, expediente 2050-2002-AA/TC-2003)	<p>Teoría asumida: El caso corresponde a la justicia militar que puede asumir el conocimiento de delitos y faltas disciplinarias, en caso el fundamento sea el mismo, no procede la doble sanción. Asume teoría de bien jurídico con matices de infracción del deber, pero sin explicarlo.</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: El caso no ha sido complementado con el principio de proporcionalidad.</p>
(Tribunal Constitucional, Acción de Amparo, expediente 2322-2004-AA/TC-2003)	<p>Teoría asumida: No estamos ante la identidad de fundamento, sino ante la ausencia del hecho, por lo que al no existir el mismo no es relevante discutir la identidad de fundamento.</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: Se asume de hecho la proporcionalidad.</p>
(Tribunal Constitucional, Habeas Corpus, expediente 3194-2004-2004-HC/TC-2003)	<p>Teoría asumida: No estamos ante identidad de fundamento, sino el hecho no ha sido probado, por lo que no corresponde la doble sanción por falta de identidad de hecho.</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: Se asume de hecho el principio de proporcionalidad</p>
(Tribunal Constitucional, Procesos de Amparo, expediente 03277-2010-PA/TC, – 2011)	<p>Teoría asumida: Servidor público sentenciado con pena e inhabilitación por delito de función, no corresponde la destitución, es afectación del ne bis in idem. Asume teoría del bien jurídico como infracción del deber, pero al no imponer pena corresponde más al principio de proporcionalidad.</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: En este caso era fundamental la aplicación del principio de proporcionalidad, pues por imperio de la ley corresponde la destitución, sin embargo no se hizo, para ello es fundamental acudir al principio de proporcionalidad para inaplicar la ley.</p>

7. Anexo 7. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre aplicación del principio de proporcionalidad en caso de ley que autoriza facultades sancionadoras funcionariales

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano	Fundamento de la proporcionalidad
<p>(Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, Proceso de Inconstitucionalidad, expediente 0020-2015-PI/TC – 2018)</p>	<p>“E. Contravención al principio de proporcionalidad</p> <p>73. El colegio profesional demandante también cuestiona la constitucionalidad del artículo 47.1, literal a, de la LOCGR por considerarlo contrario al principio constitucional de proporcionalidad. Señala que es incompatible con dicho principio que la CGR pueda imponer sanciones de inhabilitación por el plazo mínimo de un año mientras que, en el caso de condenas por delitos contra la administración pública, la inhabilitación tiene una vigencia mínima de seis meses pese a tratarse de hechos más graves.</p> <p>74. A criterio de este Tribunal Constitucional resulta incorrecto comparar, sin mayor análisis, las sanciones de inhabilitación que impone la contraloría con la inhabilitación como pena — principal o accesoria — impuesta por el Poder Judicial por la comisión de delitos contra la administración pública o de otro tipo.</p> <p>75. Ello debido a que ambos tipos de inhabilitación poseen distinta naturaleza y producen efectos distintos. En el primer caso, la inhabilitación es una medida de carácter administrativo que, conforme al artículo 14.2 del Reglamento de la Ley 29622 (...)”</p> <p><u>Interpretación</u> Determinación: El Tribunal pese a evaluar la proporcionalidad no hace uso de la metodología en el sentido propuesto por Alexy.</p>

8. **Anexo 8.** Ficha de sistematización de faltas disciplinarias y delitos

INSTRUMENTO N° 1		
FICHA DE SISTEMATIZACIÓN		
PREGUNTAS GUÍAS /CATEGORÍA	TEXTO	ANÁLISIS
¿Cuáles son los tipos disciplinarios que tienen intersección con tipos penales y que criterio de diferenciación existen?		

9. **Anexo 9.** Ficha de sistematización de la identidad de fundamento en la teoría del bien jurídico, normativismo de Roxin y Jakobs

INSTRUMENTO N° 2		
FICHA DE SISTEMATIZACIÓN		
PREGUNTAS GUÍAS /CATEGORÍA	TEXTO	ANÁLISIS
¿Cuáles son los fundamentos respecto al elemento identidad de fundamento del ne bis in idem de las teorías del bien jurídico y normativismo en los casos de concurso de delitos y faltas disciplinarias cometidos por servidores públicos al imponerse sanción penal y disciplinaria y la teoría asumida en la Jurisprudencia nacional?		

10. **Anexo 10.** Ficha de sistematización del examen de identidad de fundamento en las Resoluciones del Tribunal Constitucional

INSTRUMENTO N° 3		
FICHA DE SISTEMATIZACIÓN		
PREGUNTAS GUÍAS /CATEGORÍA	TEXTO	ANÁLISIS
¿El Tribunal Constitucional Peruano en los casos de concurso de delitos y faltas disciplinarias respecto al examen del elemento fundamento del “ne bis in idem” garantiza la vigencia del principio de proporcionalidad al imponerse sanción penal y disciplinaria?		

11. **Anexo 11.** Proyecto de Ley**PROYECTO DE LEY**

Ley que modifica el artículo 264.2 del D.S 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 1.- Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 264.2 del Texto único Ordenado de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 2.- Modificación del artículo 264.2 del Texto único Ordenado de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.

Modifíquese el artículo 264.2 del Texto único Ordenado de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 264.2. Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afecta la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario.

El doble procesamiento penal y disciplinario o funcional es excepcional.

Artículo 3.- La presente norma surte efectos desde su entrada en vigencia y se aplica incluso a los procedimientos disciplinarios y funcional que se encuentran en curso.

Comuníquese al Señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En..... díasmes 20...

12. **Anexo 12.** Resoluciones del Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Tribunales Administrativos, marco normativo

Sentencias del Tribunal Constitucional peruano

Tribunal Constitucional del Perú, (8/07/2005). Expediente N° 1417-2005-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú, (3/04/2010). Expediente N° 002600-2009-PHC/TC

Tribunal Constitucional del Perú, (03/09/2010). Expediente N° 01873-2009-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, (22/06/2011). Expediente N° 02098-2010-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, (03/05/2012). Expediente N° 1271-2008-HC; 019-2005-AI.

Tribunal Constitucional del Perú (16/01/2013). Expediente N° 01147-2012-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú, (06/08/2014). Expediente N° 00987-2014-PA/TC.

Sentencias del Tribunal Constitucional respecto al non bis in idem, identidad de fundamento

Tribunal Constitucional del Perú (03/12/2002). Expediente N° 1673-2002-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (19/03/2003). Expediente N° 0094-2003-AA

Tribunal Constitucional del Perú (26/04/2004). Expediente N°1670-2003-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (16/06/2003). Expediente N°1556-2003-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (25/11/2004). Expediente N° 2322-2004-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (28/12/2004). Expediente N° 3194-2004-HC/TC

Tribunal Constitucional del Perú (26/01/2005). Expediente N°3944-2004-AA

Tribunal Constitucional del Perú (07/02/2007). Expediente N°10192-2006-HC

Tribunal Constitucional del Perú (19/03/2007). Expediente N° 02292-2006-PHC/TC

Tribunal Constitucional del Perú (15/11/2007). Expediente N° 4177-2007-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (07/11/2007). Expediente N°00719-2007-AA

Tribunal Constitucional del Perú (10/06/2010). Expediente N° 01921-2008-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (30/06/2010). Expediente N° 01864-2009-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (03/09/2010). Expediente N° 01873-2009-AA

Tribunal Constitucional del Perú (23/11/2010). Expediente N° 05172-2009-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (13/09/2010). Expediente N° 00361-2010-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (11/10/2010). Expediente N° 02692-2010-PHC/TC

Tribunal Constitucional del Perú (22/03/2011). Expediente N°03706-2010-PA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (04/10/2011). Expediente N° 03517-2011-PHC/TC

Tribunal Constitucional del Perú (21/08/2002). Expediente N° 970-2001-AA/TC

Tribunal Constitucional del Perú (16/04/2003). Expediente N° 2050-2002-AA/TC
Tribunal Constitucional del Perú (28/10/2004). Expediente N° 2696-2004-AA/TC
Tribunal Constitucional del Perú (24/06/2011). Expediente N°03277-2010-PA/TC
Sentencias del Tribunal Constitucional respecto al principio de proporcionalidad
Tribunal Constitucional del Perú, (17/06/2010). Expediente N° 00016-2018-PI/TC
Tribunal Constitucional del Perú, (25/04/2018). Expediente N° 0020-2015-PI/TC

Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre non bis in idem

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penales Permanente y Transitoria (16/11/2007). Acuerdo Plenario N° 01-2007/ESV-22.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre principios limitadores del derecho penal y aplicación del normativismo

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Permanente, (07/03/2000). Recurso de Nulidad N° 4166-99-Lima

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Permanente (06/08/2003). Recurso de Nulidad N° 2240-2002-Arequipa.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penales Permanente y Transitoria (16/11/2007). Acuerdo Plenario N° 01-2007/ESV-22.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente (29/01/2013) Recurso de Nulidad N° 3763-2011-Huancavelica.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria (10/01/2013) Recurso de Nulidad N° 1336-2012-Apurimac.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria (05/03/2013) Recurso de Nulidad N° 1883-2012-Junín.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente (13/02/2014) Recurso de Nulidad N° 3004-2012-Cajamarca.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente (07/10/2015) Casación N° 160-2014-Ancash.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, (16/08/2016) Recurso de Nulidad N° 615-2015 Lima.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente (11/07/2017), Casación N° 102-2016, Ancash.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente (26/07/2018), Casación N° 1004-2017/Moquegua.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria (03/05/2019) Casación N° 542-2017-Lambayeque.

Resoluciones administrativas sobre non bis in idem

Tribunal del Servicio Civil, Sala Plena, (18/05/2012) Resolución N° 001-2012-SERVIR/TSC -2012

Autoridad Nacional del Servicio Civil, Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil, (26/02/2016) Informe Técnico N° 290-2016-SERVIR/GPGSC -2016

Contraloría General de la República, Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, (01/12/2013) Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA -2013

Contraloría General de la República, Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, (24/09/2013) Resolución Administrativa N° 007-2013-CG/TSRA -2013

Contraloría General de la República, Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, (26/12/2017) Resolución N° 186-2017.CG/TSRA-Primera Sala.

Leyes

Presidente de la república (29/07/2004). Código Procesal Penal. [Decreto Legislativo N° 957,2004]. DO. Diario oficial el peruano.

Presidente de la república (09/09/2006) Ley orgánica del sistema nacional de control y de la contraloría general de la república [Ley N° 27785]. DO. Diario oficial el peruano.

Presidente de la república (07/12/2010). Ley que modifica la ley N° 27785, Ley orgánica del sistema nacional de control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. [Ley N° 29622, 2010].DO. Diario oficial el peruano.

Presidente de la República (19/04/2012). Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activo y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado. [Decreto Legislativo N° 1106]. DO. Diario Oficial el peruano

Presidente de la república (04/07/2013). Ley del servicio civil. [Ley N° 30057, 2013]. DO. Diario oficial el peruano.

Presidente de la república (20/08/2013). Ley contra el crimen organizado. [Ley N° 30077, 2013]. DO. Diario oficial el peruano.

Presidente de la república (25/10/2016). Decreto Legislativo que fortalece lucha contra crimen organizado y tenencia ilegal de armas. [Decreto Ley N° 1244,2016]. DO. Diario oficial el peruano.

Presidente de la república (25/11/2016). Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención y sanción del lavado de activos y el terrorismo. [Decreto Ley N° 1249,2016]. DO. Diario oficial el peruano.

Código Penal [Código] (2019), mayo, jurista editores.