

UNIVERSIDAD NACIONAL

“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICAS

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**“CRITERIOS DE RAZONAMIENTO QUE EL TRIBUNAL
SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE
LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
TIENE EN CUENTA PARA LA APLICACIÓN DEL NE BIS IN
ÍDEM”**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Bach. VIVIAN MELISSA VIVES GARCIA

Asesor:

Dr. JOSÉ ANTONIO BECERRA RUÍZ

Huaraz - Ancash - Perú

2018

DEDICATORIA:

A Carlos Vives y Bertila García, mis queridos padres, por su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTO:

Agradecer a mi asesor Dr. José Antonio Becerra Ruíz por su apoyo y a mi querido amigo Edwards Rodríguez Zorrilla por su tiempo, dedicación constante y preocupación continua.

ÍNDICE

Resumen.....	III
Abstract.....	IV
Introducción.....	V

CAPITULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.Descripción Del Problema.....	1
1.2.Formulación Del Problema.....	3
1.2.1. Problema General.....	3
1.2.2. Problemas Específicos.....	3
1.3.Importancia Del Problema.....	4
1.4.Justificación Y Viabilidad.....	4
1.4.1. Justificación Teórica.....	4
1.4.2. Justificación Práctica.....	9
1.4.3. Justificación Legal.....	10
1.4.4. Justificación Metodológica.....	11
1.4.5. Justificación Técnica.....	11
1.4.6. Viabilidad.....	12
1.5.Formulación de Objetivo.....	12
1.5.1. Objetivo General.....	12
1.5.2. Objetivos Específicos.....	12
1.6.Formulación de la Hipótesis.....	13
A) Hipótesis General.....	13
B) Hipótesis Específicas:	13
1.7.Variables.....	14
1.7.1. Variable Independiente:	14

1.7.2. Variable Dependiente:	14
1.8. Metodología.....	14
1.8.1. Método de Investigación.....	14
1.8.2. Tipo y Diseño de Investigación.....	15
1.8.2.1. Tipo De Investigación	15
1.8.2.2. Diseño General.....	15
1.8.2.3. Diseño Específico.....	15
1.8.3. Técnicas de Recolección de la Información	15
1.8.3.1. Población.....	15
1.8.3.2. Revisión y Análisis Documental.....	16
1.8.3.3. Bibliográfica.....	16
1.8.4. Instrumento(S) De Recolección De La Información.....	17
1.8.5. Plan De Procesamiento y Análisis de la Información.....	17
1.8.6. Técnica de Análisis De Datos y/o Información.....	18
1.8.7. Validación de la Hipótesis.....	19

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes.....	23
2.1.1. Antecedente General.....	23
2.1.2. Antecedente Específico.....	25
2.2. Bases Teóricas.....	29
2.2.1. Principio Ne Bis In Ídem para la Doctrina.	29
2.2.2. Principio Ne Bis In Ídem y el Debido Proceso Legal.	30
2.2.3. Principio Ne Bis In Ídem en la Constitución Política del Perú de 1993.....	32

2.2.4.	Principio Ne Bis In Ídem Referente a la Derrotabilidad del Fundamento del PAD.....	33
2.2.5.	Principio Ne Bis In Ídem en los Principales Tratados Internacionales.	35
2.2.6.	Principio Ne Bis In Ídem en la Ley de Procedimiento Administrativo General.....	36
2.2.7.	Principio Ne Bis In Ídem en la Razonabilidad y Racionalidad.....	38
2.3.	Variables.....	39
2.3.1.	Variable Independiente.....	39
2.3.2.	Variable Dependiente.....	39
2.4.	Definición de Términos.....	39

CAPITULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.	Resultado Doctrinario.....	47
3.1.1.	Doctrina del Principio de Ne Bis In Ídem.....	47
3.1.2.	La Legitimidad del Derecho Administrativo Sancionador:	51
3.1.3.	Naturaleza Jurídica: ¿Norma o Principio?	55
3.2.	Resultados Normativos.....	58
3.2.1.	De la Responsabilidad Administrativa Funcional.....	58
3.2.2.	Del Régimen Disciplinario en la Administración Pública.....	62
3.3.	Resultados Jurisprudenciales.....	70
3.3.1.	Tribunal Constitucional.....	70
3.3.1.1	Principio de la Buena Administración.	70
3.3.1.2	Sobre El Principio Non Bis In Ídem	73

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión Doctrinario.....	80
4.1.1. Posturas o Argumentos a Favor.....	80
4.1.2. Posturas o Argumentos en Contra.....	81
4.1.3. Posición o Argumentos Personales.....	81
4.2. Discusión Normativa.....	82
4.2.1. Análisis o Discusión de la Normatividad Interna.....	82
4.3. Discusión Jurisprudencial.....	83
4.3.1. Análisis o Discusión de la Jurisprudencia del T.C.	83
4.4. Validación de La Hipótesis.....	85
4.4.1. Argumento 1.....	85
4.4.2. Argumento 2.....	85
4.4.3. Argumento 3.....	86
4.4.4. Argumento 4.....	87
Conclusiones.....	89
Recomendaciones.....	91
Referencias Bibliográficas.....	93
Anexos	102

RESUMEN

El presente trabajo fue realizado en virtud del Acuerdo Plenario 01-2013-CG-TSRA, en el cual el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República estableció que los empleados públicos pueden ser procesados tanto por la entidad pública para la cual prestan servicios, como por el Sistema Nacional de Control, por los hechos que constituyan infracciones administrativas a razón de que, según su criterio, las identidades de fundamento del procedimiento administrativo disciplinario y funcional son distintas.

Se realizó una investigación con un enfoque dogmático-jurídico; se utilizó un estudio cualitativo, transversal, explicativo, en la jurisdicción nacional; la muestra estuvo constituida por el análisis de la doctrina, jurisprudencia y normativa nacional. Asimismo, se utilizaron los métodos deductivo, analítico y hermenéutico.

Con la finalidad de interpretar los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario 01-2013-CG-TSRA, se demostró que, las identidades de fundamento de ambas vías administrativas son iguales porque buscan la protección del mismo bien jurídico.

Como resultado se obtuvo que, si ambos procedimientos administrativos buscan la protección del mismo bien jurídico, éstas no pueden ser aplicadas en simultáneo, antes o después porque de ser así, se vendría sancionando a los empleados públicos dos veces por los mismos hechos, vulnerando el principio Ne Bis In Ídem.

Palabras Claves: Ne Bis, In Ídem, procedimiento disciplinario, procedimiento funcional, fundamento, bien jurídico.

ABSTRACT

The present work was carried out under the Agreement Plenary 01-2013-CG-TSRA, in which the Superior Court of Administrative Responsibilities of the General Comptroller of the Republic established that public employees can be prosecuted by both the public entity for which they provide services, as per the National Control System, for the facts that constitute administrative infractions, because, according to their criteria, the fundamental identities of the disciplinary and functional administrative procedure are different.

An investigation was carried out with a dogmatic-juridical approach; a qualitative, transversal, explanatory study was used in the national jurisdiction; The sample was constituted by the analysis of the doctrine, jurisprudence and national regulations. Likewise, deductive, analytical and hermeneutical methods were used.

In order to interpret the criteria established in the Plenary Agreement 01-2013-CG-TSRA, it was demonstrated that the fundamental identities of both administrative channels are the same because they seek the protection of the same legal right.

As a result, it was obtained that, if both administrative procedures seek the protection of the same legal right, they can not be applied simultaneously, sooner or later because, if this were the case, public employees would be sanctioned twice for the same acts, violating the law. Ne Bis In Idem principle. **Key words:** Ne Bis, In Idem, disciplinary procedure, functional procedure, foundation, legal right.

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Superior de Responsabilidad Administrativa, emitió el acuerdo plenario N° 01-2013-TSRA, el cual vulnera el principio de bis in ídem, la presente investigación nos hará cavilar, que el precitado acuerdo vulnera y trasgrede el principio de doble persecución administrativa entre en procedimiento administrativo disciplinario y el procedimiento administrativo sancionador, y con ellos demostrar que se está vulnerando el derecho del Ne Bis In Ídem a los funcionarios y servidores públicos.

Este trabajo consta de los siguientes capítulos:

En el Capítulo I se establece el planteamiento de la investigación, el problema, su importancia, justificación, viabilidad, los objetivos, hipótesis, las variables y la metodología que será utilizada.

En el Capítulo II se abordará el marco teórico realizado por el marco constitucional peruano que comprende la constitución del 1993, la legislación de la Contraloría General de la República Ley 29622, la Ley de Servicio civil Ley 30057, con sus respectivos reglamentos, así como el Acuerdo Plenario 01-2013-CG-TSRA, además de legislación comparada.

En el Capítulo III se planteará lo resultados de la investigación a través de doctrinas, normativa y jurisprudencia.

En el Capítulo IV se ofrece la discusión e interpretación de los resultados a favor y en contra del mismo, además como parte de la validación de la hipótesis se señalará los

argumentos que la defienden y las conclusiones y recomendaciones para la resolución del problema planteado.

CAPITULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.9.DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas (TSRA) de la Contraloría General de la República (CGR), en el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA, ha establecido que los empleados públicos pueden ser procesados tanto por la entidad pública para la cual prestan servicios, como por el Sistema Nacional de Control (SNC), por los hechos que constituyan infracciones administrativas en que hayan incurrido.

Es decir, se ha abierto la posibilidad de una doble sanción administrativa, por un único hecho, a los mismos empleados públicos; sin que ello, a criterio del mencionado Tribunal, vulnere el Principio Ne Bis In Ídem.

La decisión del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas (TSRA) no solo vulnera el marco legal, sino que además (y he aquí su importancia Jurídico-Social) abre la posibilidad de que los empleados públicos implicados en un hecho susceptible de determinación de responsabilidad administrativa, reciban sanción tanto por la entidad a la que prestan (o prestaron) servicios como por el Sistema Nacional de Control, sin que puedan invocar en su favor el Principio Ne Bis In Ídem; por lo que tiene efecto:

□ En quienes a la fecha prestan servicios en la Administración Pública, que están expuestos a la posible doble sanción antes mencionada; y

□ En quienes puedan estar interesados en incorporarse a la Administración Pública, desalentándolos de tal intención.

Al abrirse proceso por el Sistema Nacional de Control (SNC), por los hechos que constituyan infracciones administrativas en que hayan incurrido, vulnera la doble incriminación, el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA, solamente se limita en precisar que es distinto fundamento el Proceso Administrativo de la entidad pública para la cual prestan servicios del Proceso Administrativo que realizara el SNC, pero se debe tener en cuenta que es por los hechos que constituyan infracciones administrativas en que hayan incurrido, para que sea distinto el fundamento del SNC, la norma aplicable tiene que ser otra, sin embargo surge la controversia, si se sanciona con una norma que no se tipifico en el proceso administrativo en la entidad que presta servicio se vulnera el derecho a la defensa, el Acuerdo Plenario, no construye buenas razones al establecer que no se vulnera el Principio Ne Bis In Ídem.

1.10. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.10.1. Problema General

- ¿Cuáles son los criterios de razonamiento que el Tribunal Superior De Responsabilidades Administrativas (TSRA) de la Contraloría General de la República del Perú (CGR) tiene en cuenta para la aplicación del principio Ne Bis In Ídem?

1.10.2. Problemas Específicos

- ¿Cuál es el concepto y alcance del Principio Ne Bis In Ídem manejado por el TSRA, en la resolución de los casos en los que se pronunció sobre su aplicación?
- ¿Podría invocarse el Principio de la Buena Administración, como razón suficiente para diferenciar la responsabilidad administrativa disciplinaria de la responsabilidad administrativa funcional, y así establecer que no es aplicable el Principio Ne Bis In Ídem?
- ¿Qué criterios interpretativos realizó el TSRA para la aplicación del principio Ne Bis In Ídem respecto a los fundamentos en el Acuerdo Plenario 01-2013-CG-TSRA?

1.11. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

La decisión del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas (TSRA) no solo vulnera el marco legal, sino que además (y he aquí su importancia Jurídico-Dogmático) abre la posibilidad de que los empleados públicos implicados en un hecho susceptible de determinación de responsabilidad administrativa, reciban sanción tanto por la entidad a la que prestan (o prestaron) servicios como por el Sistema Nacional de Control, sin que puedan invocar en su favor el Principio Ne Bis In Ídem; por lo que tiene efecto:

- En quienes a la fecha prestan servicios en la Administración Pública, que están expuestos a la posible doble sanción antes mencionada; y
- En quienes puedan estar interesados en incorporarse a la Administración Pública, desalentándolos de tal intención.

1.12. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD

1.12.1. Justificación Teórica

La necesidad de efectuar la investigación propuesta se sustenta en que, en virtud del Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA, respecto de un mismo hecho y con relación a los mismos sujetos, corresponde seguir tanto el Procedimiento Administrativo Disciplinario (PAD) como el Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS), pudiendo determinarse Responsabilidad Administrativa Disciplinaria (RAD) y Responsabilidad

Administrativa Funcional (RAF), respectivamente, imponiéndose en ambos procedimientos las sanciones correspondientes; dado que, si bien existiría identidad de sujetos y de hecho, no habría identidad de fundamento, dado que:

- i.** En cada entidad se sigue un Procedimiento Administrativo Disciplinario (PAD), en el cual:
 - * se castiga todo incumplimiento de funciones, que constituye falta en la prestación del servicio de dichos empleados públicos a favor de su entidad empleadora, y
 - * su finalidad es asegurar que las actividades de la entidad se ejerzan en cumplimiento de la normativa aplicable.

- ii.** En cambio, el Sistema Nacional de Control (SNC) ejecuta el Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS), en el que:
 - * se castigan hechos tipificados como infracciones por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, y el Reglamento de esta última; y
 - * su finalidad es tutelar el interés público respecto a la correcta gestión y uso de los recursos públicos, en observancia de los parámetros del Principio de la Buena Administración.

En consecuencia, en opinión del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas (TSRA), en los referidos casos no resulta aplicable el Principio Ne Bis In Ídem, porque no existe identidad de fundamento entre el PAD y el PAS, por lo que no se vulneraría el referido Principio.

De este modo para la vulneración del principio Ne bis In Ídem es necesario que el PAD y el PAS contengan la misma triple identidad: sujetos, hechos y fundamentos; entonces si los fundamentos se basan en argumentos, sanciones y normatividad; observamos que el acuerdo plenario no establece a qué tipo de fundamentos se refiere, a pesar que establece la inexistencia de identidad de fundamentos, ello no está aplicada de buenas razones, a simple vista se evidencia que si es el mismo fundamento, los cuales cito a continuación:

	Procedimiento Sancionador Por Responsabilidad Administrativa Funcional	Procedimiento Sancionador Por Responsabilidad Administrativa Disciplinaria
AUTORIDAD COMPETENTE	Contraloría General de la República Primera instancia: Órgano Instructor; Órgano Sancionador; Segunda Instancia; TSRA.	Titular de cada Entidad Segunda Instancia; Tribunal de SERVIR.

<p>SUJETO DEL PROCEDIMIENTO</p>	<p>Servidor o funcionario público que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza.</p>	<p>Servidor o funcionario público que mantiene una relación de subordinación con la Entidad en la cual ejerce sus funciones.</p>
<p>TIPIFICACIÓN</p>	<p>Conducta infractora desarrollada de forma descriptiva, exhaustiva.</p>	<p>Faltas disciplinarias desarrolladas generalmente de manera abierta.</p>
<p>FINALIDAD DE LA SANCIÓN</p>	<p>Castigar hechos que configuren responsabilidad administrativa funcional, por la comisión de las conductas tipificadas como infracciones en la Ley N° 27785, modificado por la Ley N° 29622, y su Reglamento.</p>	<p>Castigar el incumplimiento de funciones que respecto de una determinada actividad constituye falta en la prestación del servicio a favor del empleador.</p>

FINALIDAD DE LA POTESTAD	Tutelar el interés público respecto a la correcta gestión y uso de los recursos públicos - en estricta observancia a los parámetros que impone el Principio de la Buena Administración- frente a las conductas que privilegian intereses distintos de aquél.	Asegurar que las actividades que desarrolla en el marco de sus funciones se ejerzan en cumplimiento de la normativa aplicable, sin perjuicio del poder público de tutela del interés general.
---------------------------------	--	---

(*) Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA, Pág. 7-8.

En el presente cuadro se evidencia que, si existe el mismo fundamento, entendiéndose que el PAS es funcional. Sin embargo, la autoridad competente, sujeto de procedimiento, tipificación, finalidad de la sanción y finalidad de la potestad, los cuatros se basan en los mismos fundamentos, podemos subrayar que la finalidad de la sanción y finalidad de la potestad es el mismo fundamento en el Acuerdo Plenario 01-2013-CJ/TSRA, no establece que uno de los puntos tiene que ser distintos entre el PAD Y PAS, demás en la tipificación es el mismo fundamento.

1.12.2. Justificación Práctica

Que, en la presente investigación sostengo que lo optado por el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas (TSRA), en los referidos casos resulta aplicable el Principio Ne Bis In Ídem, porque existe identidad de fundamento entre el PAD y el PAS, por lo que se vulneraría el referido Principio, sin embargo si se vulneraria el principio de Ne Bis In Ídem, el TSRA, si aplicaría el PAD y el PAS, si los fundamentos seria los mismos, al identificarse los mismos hechos ello generaría los mismos fundamentos tanto para el PAD y el PAS, si cavilamos con detenimiento y aplicamos los principios de discrecionalidad, razonabilidad y racionalidad, los fundamentos serían los mismos, no basta invocar el Principio de Buena Administración para trasgredir el principio de Ne Bis in ídem.

Para explicar que, si es idéntico los fundamentos del PAD y PAS, ello se explicaría con la argumentación e interpretación, también con la derrotabilidad de la norma, como lo ahonda Herbert Lionel Adolphus Hart, lo razonable de Neil McCormick, dichas técnicas demostrarán que, si hay triple identidad, en el presente trabajo daría una nueva óptica de aplicar el Acuerdo Plenario 01-2013-CG/TSRA, ya que son los mismos fundamentos, si los hechos son los mimos, la razonabilidad y derrotabilidad se argumentara, en líneas posteriores

1.12.3. Justificación Legal

La Justificación legal se sustenta en el Art. 139 inciso 13. *La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. (...)*". Adicionalmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 establece que *"las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú"*

La justificación jurídica de nuestro trabajo de investigación "Criterios de razonamiento que el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas (TSRA) de la Contraloría General de la República del Perú (CGR) tiene en cuenta para la aplicación del Principio Ne bis In Ídem", es en virtud del Acuerdo Plenario 01-2013-CG/TSRA, la cual señala que no se vulnera el principio de Ne bis in ídem, debido a la responsabilidad funcional, ya que no son idénticos los fundamentos del procedimiento administrativo disciplinario, sin embargo lo señalado por el acuerdo plenario contraviene con el principio de Ne bis in ídem, el cual significa nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, ello estipulado en el Art. 139 inciso 13. *La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. (...)*". Adicionalmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 establece que *"las*

normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, en estos al sancionar los mismos hechos están reviviendo sanciones que ya fueron resueltos, al ser funcional ante la Contraloría General de la República del Perú, se tipifica con los mismos hechos no con los mismos fundamentos, si la finalidad de la potestad del PAS es similar al PAD, entonces si hay cosa juzgada.

1.12.4. Justificación Metodológica

Se aplicará la Metodología de la Investigación Jurídica en cuanto a las etapas de la Investigación jurídica, al tipo de investigación, diseño, métodos de investigación, técnicas e instrumentos de recolección de datos, para lo cual se tomará en cuenta las orientaciones de dicha metodología científica y jurídica. Basados en los métodos dogmático, deductivo, analítico y hermenéutico.

1.12.5. Justificación Técnica

Se utilizó la técnica documental, como análisis de jurisprudencia, de dicho análisis se contrastará con argumentos en contrario del Acuerdo Plenario 01-2013-TSRA, se utilizó las fichas de análisis y de resumen para poder diferenciar la información obtenida por diversos medios y autores y hacer una respectiva comparación de la fundamentación fáctica y jurídica que emplea cada uno de ellos.

1.12.6. Viabilidad.

Es viable la presente investigación, en la cual se desarrollará los criterios de aplicación del Tribunal Superior de Responsabilidad Administrativa sobre el principio de Ne Bis In Ídem, la cual argumentara sobre las razones plasmadas entre el principio de Buena Administración frente al principio De Ne Bis In Ídem, para ello, se cuenta con bibliografía de filosofía del derecho, argumentación e interpretación jurídica, también analizaremos la jurisprudencia por el Tribunal Superior De Responsabilidad Administrativa, además se cuenta con la economía necesaria para desarrollar la presente tesis.

1.13. FORMULACIÓN DE OBJETIVO

1.13.1. Objetivo General

- Determinar los criterios de razonamiento que el Tribunal Superior De Responsabilidades Administrativas (TSRA) de la Contraloría General de la República del Perú (CGR) ha tenido en cuenta para la aplicación del principio Ne Bis In Ídem.

1.13.2. Objetivos Específicos

- Delimitar el concepto y alcance del Principio Ne Bis In Ídem manejado por el TSRA, en la resolución de los casos en los que se pronunció sobre su aplicación.

- Explicar si puede ser invocado el Principio de la Buena Administración como razón suficiente para diferenciar la responsabilidad administrativa disciplinaria de la responsabilidad administrativa sancionadora, para establecer que no es aplicable el Principio Ne Bis In Ídem.
- Comprender los criterios interpretativos para la aplicación del principio Ne Bis In Ídem respecto a los fundamentos realizados en el TSRA en el Acuerdo Plenario 01-2013-CG-TSRA

1.14. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

a) Hipótesis General:

- Para la aplicación del Principio Ne Bis In Ídem, el TSRA priorizó reforzar el modelo de gestión para la lucha contra la corrupción y mejora de la eficiencia, por encima del respeto de los derechos de los empleados públicos implicados.

b) Hipótesis Específicas:

- El concepto y alcance del Principio Ne Bis In Ídem manejado por el TSRA en los casos en los que se pronunció sobre su aplicación, fue limitado; y no garantista, como fluye de su naturaleza y de su regulación nacional.
- El Principio de la Buena Administración no puede constituir razón suficiente para diferenciar la responsabilidad administrativa disciplinaria de la

responsabilidad administrativa funcional, por lo que no puede ser invocado para establecer que no es aplicable el Principio Ne Bis In Ídem.

- El TSRA no ha realizado criterios interpretativos, no ha construido buenas razones al respecto para señalar de qué manera son distintos los fundamentos en el proceso administrativo disciplinario con el procedimiento administrativo sancionador.

1.15. VARIABLES

En las demás hipótesis específicas, las variables son las siguientes:

1.15.1. Variable Independiente:

Criterios de razonamiento que aplica el Tribunal Superior de Responsabilidad Administrativa de la Contraloría General de la República

1.15.2. Variable Dependiente:

Criterios de aplicación del Ne Bis In Ídem

1.16. METODOLOGÍA

1.16.1. Método de Investigación

Dogmático, Deductivo, Analítico y Hermenéutico.

1.16.2. Tipo y Diseño de Investigación

1.16.2.1. Tipo de Investigación

Dogmática

1.16.2.2. Diseño General

Se empleó el diseño **Transecional o Transversal**¹, cuya finalidad será recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el periodo 2017.

1.16.2.3. Diseño Específico

Se empleó el diseño **descriptivo-explicativo**², toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio.

1.16.3. Técnicas de Recolección de la Información

1.16.3.1. Población

A. Universo físico

Compuesta por el ámbito nacional.

B. Universo Social

El universo social de estudio se ciñe a la dogmática y normatividad administrativa peruana e internacional y la jurisprudencia administrativa del Tribunal Superior de

¹ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. Editorial Mc Graw-Hill, México, 2010, pág. 151.

² HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. Ob. cit., pág. 155.

Responsabilidad Administrativa de la Contraloría General de la
República del Perú.

1.16.3.2. Revisión y Análisis Documental

- Libros
- Búsqueda a través de bibliotecas físicas y virtuales
- Artículos
- Trabajos de investigación

1.16.3.3. Bibliográfica

- Fichas de referencia
- Fichas de contenido
- Fichas de resumen
- Fichas libres

1.16.4. Instrumento(s) de Recolección de la Información

El recojo de información del trabajo se llevó a cabo a través de la técnica documental, empleando las fichas bibliográficas, especialmente las de referencia y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio. También se aplicará la ficha de resumen para poder realizar la doctrina y jurisprudencia sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento a la presente investigación, del mismo modo será utilizadas las fichas libres, las cuales permitirán anotar reflexiones o juicios más personales, que se quiera realizar sobre el trabajo o ideas que se pueda tener, para prevenir el olvido.

1.16.5. Plan de Procesamiento y Análisis de la Información

El plan de recojo de la información comprendió la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:

Para la fuente bibliográfica de libros, doctrinas y jurisprudencia, así como de revistas y blogs virtuales se realizó a través de la ficha de referencia, de contenido, de resumen y fichas libres. Que permitieron recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para la obtención de datos de la presente investigación se realizó a través del método cualitativo lo que permitió recoger información para su valoración y análisis sobre el problema planteado. Es por esta razón que la

presente investigación no persiguió la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados del problema.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos dogmático, deductivo, analítico y hermenéutico, para tener una visión sistemática de nuestro problema de estudio.

1.16.6. Técnica de Análisis de Datos y/o Información

Se empleó la técnica del **análisis cualitativo**³, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno.

Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Donde un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística⁴.

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

³ BRIONES, Guillermo. *Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales*, Editorial Trillas, México, 1986, pág. 43.

⁴ ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Editorial Ffecaat, Lima – Perú, 2014, pág. 74.

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Análisis y evaluación de la información.

1.16.7. Validación de la Hipótesis

Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio (...) no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (...)”⁵.

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos será mediante la **argumentación jurídica**⁶.

El presente trabajo de investigación busca brindar una aplicación adecuada a las sanciones correspondientes a las faltas administrativas cometidas por los funcionarios y servidores públicos, sin que ello vulnere los principios constitucionales y procesales tales como el Ne Bis In Ídem.

⁵ RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento* Editorial Grijley, Lima - Perú, 2011, pág. 129.

⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Editorial Palestra. Lima – Perú, 2005.

Se buscó interpretar los criterios establecidos por el Tribunal Superior de Responsabilidad Administrativas en cuanto al Acuerdo Plenario N° 01-2013, ya que este precedente permite que los empleados públicos puedan ser sancionados dos veces por la vía administrativa, bajo la premisa de que no se configura la identidad de fundamento. La presente tesis demuestra que, en efecto dichas identidades de fundamento de ambas vías administrativas, son iguales, debido a que el bien jurídico protegido resulta ser igual en ambos procedimientos.

Entonces, para que exista identidad de fundamento debe existir identidad en la protección del bien jurídico, esto nos lleva en defensa de lo planteado citar propuestas que sostienen que “lo que se pretende proteger con el sistema de infracciones administrativas es el interés en general en la realización del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos”.⁷

Siguiendo esa misma idea la Corte Suprema de Justicia afirma que: “el derecho 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

⁷ BALDEÓN GUERE, Norma Alejandra, Sanción Administrativa Tributaria y Aplicación del Principio Non Bis In Idem, Revista Jurídica del Perú, Tomo 88, Lima, 2008, Pág. 194.59. Quien cita: Queralt Martín Juan, Curso de Derecho Financiero y Tributario, Tecnos, Madrid, 2007. Pág. 563.

generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación (...)"⁸

Es decir, protegen lo mismo, tienen un mismo fundamento y vulneran el principio del Ne Bis In Ídem.

Además, que, el Informe Técnico N° 1551-2016-SERVIR/GPGSC de fecha 16 de agosto de 2016 señala que, los pronunciamientos emitidos por los tribunales regidos por leyes especiales, que establezcan criterios interpretativos de alcance general respecto de la legislación, constituyen fuente del procedimiento administrativo, constituirán precedentes administrativos **de observancia obligatoria por la entidad**". Más no de aplicación general para todo procedimiento administrativo de las demás entidades.

Y que se puede afirmar que "en tanto la Ley N° 29622, y su Reglamento no sean derogados, ni sean declarados inconstitucionales conforme a ley, la potestad sancionadora regulada por los dispositivos legales resultará de aplicación plena para los supuestos previstos en ellos".

Es por ello se propone mediante esta investigación dejar sin efecto el Acuerdo Plenario N° 001-2013-CG/TSRA que sólo trasgrede el derecho del funcionario y servidor público de ser sancionado dos veces por los

⁸ Recurso de Nulidad N° 2090-2005-Lambayeque, cuarto fundamento jurídico de precedente vinculante establecido por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESY-22.65

mismos hechos por encima del respeto de sus derechos como empleados públicos, asimismo se busca reforzar el modelo de gestión para la lucha contra la corrupción y la mejora de la eficiencia.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.3.ANTECEDENTES

2.3.1. Antecedente General

Análisis de las sanciones de responsabilidad administrativa disciplinaria impuesta a los servidores o funcionarios públicos de la zona registral N° II – Sede Chiclayo en los años 2013-2015 y su connotación con el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA⁹

Tras la publicación del Acuerdo Plenario N° 01-2013-CGR/TSRA los servidores y funcionarios públicos que han sido sancionados por responsabilidad administrativa disciplinaria han estado inmerso en la posibilidad de ser sancionado por responsabilidad administrativa funcional en conformidad con dicho acuerdo, es por ello, es necesario demostrar que se está vulnerando el principio Non Bis In Ídem, cabe indicar que el acuerdo plenario es de carácter general, es decir, que se va aplicar a todas las entidades públicas, sin embargo, en la presente tesis se va a analizar aquellas resoluciones de sanción administrativa disciplinaria que han sido emitida dentro del periodo 2013-2015 por la Zona Registral N° II – Sede

⁹ SILVA CÓRDOVA, Analí Adriana, *Análisis de las Sanciones de Responsabilidad Administrativa Disciplinaria Impuesta a los Servidores o Funcionarios Públicos de la Zona Registral N° II – Sede Chiclayo en los años 2013-2015 y su connotación con el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA*, dirigida por César Chambergo Chanamé, Tesis para optar el título Profesional de Licenciado en Administración Pública, Universidad Señor de Sipán, Facultad de Ciencias Empresariales, Pimentel, 23 de setiembre de 2016.

Chiclayo, de la cual se va a demostrar si un servidor o funcionario público que haya sido sancionado por responsabilidad administrativa disciplinaria no puede ser doblemente sancionado en mérito al Acuerdo Plenario, por responsabilidad administrativa funcional, teniendo en cuenta que el método para la elaboración de la presente tesis, se establecerá una relación metodológica ubicada en el método cualitativo, ya que por medio de éste estableceré las relaciones teórico-doctrinaria-normativo del objeto de investigación, por consiguiente, puedo determinar que en conformidad con el principio Non in Bis Ídem, una persona no puede ser sancionada ni procesada por el mismo hecho y fundamento, en base a ello, no podría aplicarse dicho Acuerdo.

Si la falta fue cometida con anterioridad al 14 de setiembre del 2014, se puede aplicar el Decreto Supremo 728, régimen disciplinario CAS, Decreto Legislativo 276; dependiendo del régimen en el que se encuentre el servidor o funcionario público, adicional a ello, también se aplica la Ley del Código de Ética de la función pública y su reglamento, y se puede aplicar las normas de la Contraloría General. Si la falta fue cometida después del 14 de setiembre de 2014 serán de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo General. La Ley del Servicio Civil y su Reglamento y el régimen de la Contraloría General.¹⁰

¹⁰ Informe Técnico N° 1271-2016-SERVIR/GPGSC de fecha 15 de julio de 2016. En punto 2.4., pág. 2.

El ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Contraloría General de la República tiene su límite en el respeto a la dignidad del trabajador y a sus derechos constitucionales, así como el respeto a los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador.

2.3.2. Antecedente Específico

Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, Título Preliminar, Artículo VI:

“1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse en situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

- Antecedentes históricos de las Entidades Fiscalizadoras y de la Contraloría General en el Perú

La necesidad de ejercer el control sobre la función presupuestaria del gobernante o autoridad política se remonta al tránsito del Estado medieval al Estado moderno, cuando el Parlamento británico en formación del siglo XIII, fue asumiendo como propia, la facultad para consentir el presupuesto y aprobar los tributos¹¹. Incluso, las potestades legislativas del Parlamento se fueron ganando y arrancando del ámbito de poder del Monarca, usando el arma financiera y la compulsión frente a las solicitudes del Rey para conseguir fondos extraordinarios¹¹

Más nítidamente, en el siglo XVII el Parlamento británico se impone frente al Rey, como corolario de un periodo largo de tensiones entre ambas instituciones, generadas por el desconocimiento del Monarca de sus obligaciones frente al Parlamento, entre las que se encontraba la aprobación de impuestos con el consentimiento de esta institución¹²

Es interesante anotar que el control parlamentario del presupuesto no se limitaba a la autorización de los tributos. La cámara de los Comunes complementó el control supremo que tenía sobre la capacidad impositiva,

¹¹ PLANAS, Pedro. Regímenes políticos contemporáneos. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1997, pág. 65.

¹² PLANAS, Pedro. Op. Cit., pàgs. 65-70.

con su facultad de determinar o prescribir los objetivos para los cuales se debería gastar el dinero público.¹³

Los antecedentes de la implantación de una entidad fiscalizadora superior en el Perú y del control sobre la actividad presupuestaria pueden encontrarse en la colonia, específicamente en las acciones adoptadas por la Corona con la finalidad de establecer un sistema de garantías y control sobre los dineros del Rey, especialmente, determinada por las amenazas de una corrupción generalizada entre los funcionarios españoles ubicados en tierras americanas. Uno de los primeros mecanismos implementados durante el siglo XVI para controlar los recursos de la Corona en la Colonia fue la rendición de cuentas, prestada por los oficiales reales ante distintas instancias o autoridades, según el momento y decisión real que se hubiere adoptado. Así, podía haberse cumplido con la rendición de cuentas ante los oidores de la Real Audiencia de Lima o ante los visitadores enviados por la Corona o frente a los contadores del Consejo de Indias.¹⁴

¹³ VALLES VIVES, Francesc. El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. pág. 33

¹⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *La Contraloría cuenta su historia*. Lima: Contraloría General de la República y Empresa Editora El Comercio, 2013, págs. 46-49

La Contraloría General de la República en el ordenamiento constitucional peruano

En el ordenamiento constitucional peruano, la Contraloría General de la República es un organismo constitucional autónomo y órgano superior del Sistema Nacional de Control, encargado de la supervisión de la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control (artículo 82° de la Constitución Política del Perú)

Sin embargo, dicho precepto no resulta suficiente para encuadrar la misión constitucional de la institución. Es necesario analizar el bloque de constitucionalidad que corresponde a la delimitación de funciones y competencias de la Contraloría en el Estado peruano, revisando necesariamente la Ley N° 27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República

En tal sentido, debe entenderse que Contraloría General, siendo el órgano rector del Sistema Nacional de Control, tiene la rectoría sobre el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del **control gubernamental**. Esta modalidad de control en el Estado es aquella supervisión, preventiva o correctiva, que se realiza sobre los actos y resultados de la gestión pública, evaluando los sistemas de

administración, gerencia y control, en atención a criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia, legalidad y fidelidad a los lineamientos de política y planes de acción, en forma descentralizada, (artículos 6° y 12°).

2.4.BASES TEÓRICAS

2.4.1. Principio Ne Bis In Ídem Para La Doctrina.

De acuerdo a lo expuesto por Daniel O'Donell, el Principio Ne Bis In Ídem “no solo garantiza que un individuo no sea condenado, sino [que] tampoco [sea] condenado dos veces por el mismo delito o por los mismos hechos”¹⁵.

Como se observa, se trata de un derecho que puede ser invocado por quienes pueden sentir que son condenados, o simplemente procesados, más de una vez por un mismo hecho; punto en el cual conviene recordar que la existencia de los derechos implica¹⁶:

- * Del lado de las personas, el deber de respetarlos no solo para uno mismo, sino también para los demás.
- * Del lado de los Organismos del Estado y los empleados públicos, que sus funciones están limitadas por los derechos reconocidos por el

¹⁵ O DONELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas. 2010. pág. 187.

¹⁶ RUBIO CORREA, Marcial *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. 10ma. edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). 2009. pág. 43.

Ordenamiento Jurídico; los cuales no solo deben ser respetados, sino que además deben ser protegidos y promovidos.

En el mismo sentido, conviene recordar lo expresado por Norberto Bobbio, en el sentido que en estos tiempos en los cuales lo importante de los Derechos Humanos ya no es fundamentarlos, sino protegerlos¹⁷.

2.4.2. Principio Ne Bis In Ídem y el Debido Proceso Legal.

El Principio Ne Bis In Ídem es un derecho de carácter procesal, pero no por ello menos importante que otros derechos. Está vinculado al Debido Proceso Legal.

De acuerdo a Aníbal Quiroga, el Debido Proceso Legal se deriva del *Due Process of Law* anglosajón, y contiene los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso judicial, con la finalidad de asegurar al justiciable la certeza en derecho del pronunciamiento del Tribunal que resuelve su caso; además de la justicia y legitimidad del mencionado pronunciamiento¹⁸.

Conforme al mismo autor, es a través de un debido proceso legal que los ciudadanos pueden llegar a una Tutela Judicial Efectiva -es decir, ésta es la finalidad de aquél-; siendo que el derecho al debido proceso es un derecho

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Presente y porvenir de los Derechos Humanos*. En: Ferrero Costa, Raúl (compilador). *Derecho Constitucional General. Materiales de Enseñanza*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Lima. 2004, pág. 354.

¹⁸ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*. En: Eguiguren Praeli, Francisco (compilador). *La Constitución diez años después*. Lima: Instituto Constitución y Sociedad, Fundación Friedrich Naumann. 2012. págs. 110-112.

fundamental, “consustancial al atributo de personalidad de todo ciudadano”¹⁹.

La Tutela Judicial Efectiva es *“Podríamos decir que la noción de "tutela" puede ser entendida como la protección que viene ofrecida a un determinado interés ante una situación en la cual el mismo sea lesionado o insatisfecho”*²⁰. Por ello, cada vez que se reflexione sobre la tutela debemos necesariamente: *“reflexionar sobre los diversos medios que el ordenamiento jurídico prevé en el caso de la lesión o amenaza de lesión de una situación jurídica”*²¹

Por su parte, Enrique Bernaldes²² indica que la importancia del debido proceso radica en que²³ *“se asienta en el principio esencial de la tradición anglosajona, conforme a la cual donde no hay solución, no hay derecho, en el sentido de que el derecho existe en cuanto se lo pone en que se somete a un proceso judicial, a través del ejercicio de una demanda formal”*. Añade que el debido proceso permite garantizar que *“las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de*

¹⁹ Ibid., pág. 112.

²⁰ DI MAJO, Adolfo. Voz: (diritto primto). En: Enciclopedia del diritto. Milán: Giuffré. pág. 361.

²¹ Ídem. pág. 360.

²² BERNALES BALLESTEROS, Enrique (en colaboración con Alberto Otárola Peñaranda). 1998. La Constitución de 1993, Análisis Comparado. Lima: Instituto Constitución y Sociedad. Rao.

²³En este punto, Bernaldes (1998, páginas 641-642) cita a Carocca Pérez, Alex. Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectiva en España.

las decisiones de la justicia, se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes”²⁴.

2.4.3. Principio Ne Bis In Ídem en la Constitución Política del Perú de 1993.

El artículo 139° de la Constitución Política del Perú de 1993, actualmente en vigor, establece lo siguiente:

*“Artículo 139°. -Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)*

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

*Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación
(...)*

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. (...)”

Adicionalmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 establece que *“las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con*

²⁴ BERNALES, Op. Cit., pág. 642.

los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, en estos al sancionar los mismos hechos están reviviendo sanciones que ya fueron resueltos, al ser funcional ante la Contraloría General de la República del Perú, se tipifica con los mismos hechos no con los mismos fundamentos, si la finalidad de la potestad del PAS es similar al PAD, entonces si hay cosa juzgada

2.4.4. Principio Ne Bis In Ídem Referente a la Derrotabilidad del Fundamento del PAD

Para efectos de la presente investigación, la derrotabilidad debe entenderse como una propiedad de las reglas jurídicas, pero no de los principios jurídicos. Toda decisión que derrota una regla, si al hablar de distinto fundamento estamos hablando de regla, si esa regla está fundada en un enunciado legislativo, es una decisión *contra legem*.

La existencia de normas derrotables sólo podría ser negada en caso de que se admitiese un sistema jurídico cuyas normas fueran, sin excepciones, capaces de regular todas las situaciones de su aplicación, siendo esto así la excepción de la regla es el principio *Ne bis in ídem*, ello se aplicaría con la argumentación. Todas las excepciones a las normas jurídicas estarían contenidas en las propias reglas. El sistema jurídico sería así un sistema axiomático completo y cerrado, en el que *“hay normas que proveen fundamentos para resolver todo caso posible”*²⁵; de lo establecido por

²⁵ C ALCHOURRÓN, «Sobre Derecho y lógica», en *Isonomía*, núm. 13, 2000, 14.

Alchuron en señalar que hay nomas que proveen fundamentos para resolver todo caso posible, de dicho contexto hay normas que proveen fundamentos con el fin de respetar los principios de competencia y non bis in ídem, ello está plasmado en el inciso 4 del Art. 96 del Reglamento General de la Ley N° 300057-Ley de Servicio Civil: *“En los casos en que la presunta comisión de una falta se deriva de un informe de control, la autoridades del procedimiento administrativo disciplinario son competentes en tanto la Contraloría General de la Republica no notifique la Resolución que determina el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional con el fin de respetar los principios de competencia y non bis in ídem”*; La norma es clara cuando refiere que la comisión de falta deriva de un informe de control, la autoridades son competentes en tanto que CGR, no notifique el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional, entonces dicha norma realiza una excepción debido que no se realiza dos procedimientos, no establece que después del proceso disciplinario, se llevará a cabo el procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional, además menciona con el fin de respetar los principios de competencia y non bis in ídem, al estar establecido ello en dicha norma se debe dejar sin efecto el Acuerdo Plenario. al ser funcional ante la Contraloría General de la República del Perú, se tipifica con los mismos hechos no con los mismos fundamentos, si la finalidad de la potestad del PAS es similar al PAD, entonces si hay cosa juzgada

2.4.5. Principio Ne Bis In Ídem En Los Principales Tratados Internacionales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966; habiendo entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su artículo 49²⁶.

En el artículo 14° de este Pacto se establece lo siguiente²⁷:

“Artículo 14°.-

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.

(...)

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

Por su parte, el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, establece lo siguiente²⁸:

“Artículo 8°.- Garantías Judiciales.

²⁶ O DONELL, Daniel. Op. Cit., pág. 625.

²⁷Ibid., pág. 630.

²⁸Ibid., págs 649-650.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(...)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

Como se aprecia, el numeral 4 del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una referencia expresa al Principio Ne Bis In Ídem.

2.4.6. Principio Ne Bis In Ídem En La Ley De Procedimiento Administrativo General.

Con la modificación dispuesta mediante Decreto Legislativo N° 1029, la Ley de Procedimiento Administrativo General regula el Principio Ne Bis In Ídem relacionándolo con la Continuación de Infracciones, en los siguientes términos:

“Artículo 230°. - Principios de la potestad sancionadora administrativa. -

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

7. Continuación de infracciones. - Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.

b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.

c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción

administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5. (...)

10. Non bis in ídem. - No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.”

2.4.7. Principio Ne Bis In Ídem En La Razonabilidad Y Racionalidad

El discurso racional ha logrado relevancia derivado de que se analiza ya no desde la perspectiva tradicional de la doctrina, sino de la epistemología aplicada a la labor jurisdiccional, vinculado a ello se presentan una serie de reflexiones a propósito de la racionalidad y de la razonabilidad, conforme a la propuesta de Manuel Atienza, con el fin de evidenciar que es errónea la apreciación jerarquizada de esos conceptos (en la que en segundo lugar se deja a la razonabilidad, privilegiando la racionalidad), en tanto que es una visión estereotipada y corta de un concepto rico en matices, como lo es la razonabilidad, el cual, dentro de sus cualidades tiene la de obligar a los juzgadores a atender y ser más prolíficos en los argumentos vinculados con las ideas de justicia y equidad, que en la actualidad, lamentablemente, dejan de considerarse como medios de corrección de la

decisión administrativa, ahora bien la razonabilidad ayuda en el principio de Ne Bis In Ídem, la razonabilidad es modo de justificación en cuanto que el TSRA (Tribunal Superior de Responsabilidad Administrativa) en demostrar cual es la justificación que no hay cosas juzgada por el fundamento

2.5.VARIABLES

2.5.1. Variable Independiente:

Criterios de razonamiento que aplica el Tribunal Superior de Responsabilidad Administrativa de la Contraloría General de la República.

2.5.2. Variable Dependiente:

Criterios de aplicación del principio Ne Bis In Ídem.

2.6.DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

Para efectos operacionales de la investigación, es necesario definir los siguientes términos:

a) Empleados Públicos.

De acuerdo al artículo 1° de la Ley Marco del Empleo Público – Ley N° 28175, el Empleado Público es el que tiene una relación que lo vincula con el Estado, siendo éste el empleador de aquél; prestándole servicios remunerados, bajo subordinación. Conforme al mismo artículo, también se considera empleado público a quien está vinculado con el Estado por “relaciones de confianza

política originaria”; es decir, quien ejerce cargo al que se accede por elección popular.

El artículo 4° establece que “*el personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:*

- 1. Funcionario público. - El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas.*

El Funcionario Público puede ser:

- a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria.*
- b) De nombramiento y remoción regulados.*
- c) De libre nombramiento y remoción.*

- 2. Empleado de confianza. - El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.*

- 3. Servidor público. - Se clasifica en:*

a) Directivo superior. - El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.

A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional.

Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley.

b) Ejecutivo. - El que desarrolla funciones administrativas, entiéndese por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.

c) Especialista. - El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.

d) De apoyo. - El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional.”

En nuestra investigación, el concepto Empleados Públicos engloba a todos aquéllos que prestan servicios al Estado, en cualquiera de las clases precisadas en el artículo 4° de la Ley Marco del Empleo Público.

b) Responsabilidad Administrativa Funcional (RAF).

Conforme a la Novena Disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República – Ley N° 27785, la Responsabilidad Administrativa Funcional (RAF) es *“aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control”*.

La misma norma añade que *“incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia”*.

c) Principio Ne Bis In Ídem.

Teniendo en cuenta el objetivo de nuestra investigación, en este punto resulta conveniente utilizar la definición de Principio Ne Bis In Ídem prevista en la Directiva N° 008-2011-CG/GDES – Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional, aprobada por Resolución de Contraloría N° 333-2011-CG; en cuyo numeral 5.3 –dentro de los Principios que rigen el procedimiento sancionador a cargo de la Contraloría General de la República (CGR)- se establece lo siguiente:

“5.3.11. Principio de non bis in ídem.-

No se puede imponer sucesiva o simultáneamente dos o más sanciones administrativas, cuando se aprecie identidad de hechos, persona y fundamento. Asimismo, tampoco es posible procesar dos veces por un mismo hecho, a la misma persona y por el mismo fundamento.

El procesamiento y sanción de la responsabilidad administrativa funcional es independiente de la responsabilidad penal o civil que pudiera establecerse por los mismos hechos y respecto a la misma persona, en tanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes.”

d) Principio de la Buena Administración.

De acuerdo a la Sentencia emitida en el caso signado como Expediente N° 2234-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que, en virtud del Principio de la Buena Administración:

- Los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, dado que están al servicio de la Nación, conforme al artículo 39° de la Constitución Política.
- Dicho servicio a la Nación debe realizarse de modo transparente.
- El Estado debe prever todos los medios organizacionales, procedimentales y legales destinados a evitar que determinados funcionarios y trabajadores públicos, con poder de decisión o influencia en la toma de decisiones importantes para la buena marcha de la Administración, puedan encontrarse restringidos en mayor medida que otros servidores públicos, en el ejercicio de determinados derechos fundamentales.

Por su parte, en el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA se consigna, respecto del Principio de la Buena Administración, lo siguiente:

Tiene una doble dimensión:

- Por un lado, implica el cumplimiento de una serie de principios y reglas por parte de la Administración Pública respecto del ciudadano, tales como:
 - Servicio objetivo.

- Juridicidad.
- Racionalidad.
- Igualdad de trato.
- Eficacia.
- Por el otro, se concretiza en derechos subjetivos de los administrados, como los siguientes:
- Derecho a servicios públicos y de interés general, de calidad.
- Derecho a conocer las obligaciones y compromisos de los servicios de responsabilidad administrativa.
- Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración Pública.

Está reconocido implícitamente en el artículo 39° de la Constitución Política del Perú, que establece que “los órganos, funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”.

Bajo este principio, el modelo de Administración:

- Tiene una actuación proporcional a los fines que persigue.
- Es cumplidora de la legalidad.
- Es discrecional, pero no arbitraria.
- Es eficiente y eficaz.

- Fomenta la Democracia, creando procesos y mecanismos para facilitar la comunicación con la Ciudadanía y su participación activa, que otorgue mayor legitimidad y transparencia al Sistema.

El principio de la Buena Administración supone:

- La facultad de la ciudadanía de exigir a la Administración determinado comportamiento, en tutela de sus intereses.
- El deber de la ciudadanía de actuar en resguardo de dichos intereses.

En nuestra opinión, las definiciones ofrecidas por el Tribunal Constitucional y por el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA se complementan entre sí; mas, para efectos prácticos, tomaremos la definición del Principio de la Buena Administración expuesta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia relativa al Expediente N° 2234-2004-AA/TC. Sin embargo, en nuestro trabajo también haremos referencia al concepto que sobre el mismo Principio ofrece el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA, desarrollándolo y analizando sus alcances, argumentativos, interpretativos, razonables.

CAPITULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.4.RESULTADO DOCTRINARIO

3.4.1. DOCTRINA DEL PRINCIPIO DE NE BIS IN ÍDEM

El debate en torno a las controversias señalado líneas arriba en la presente investigación no es gratuito, la doctrina se ha abocado a su estudio, ha optado por elegir la tesis que ha creído más conveniente. Esto porque las respuestas conllevarán consigo consecuencias relevantes en la aplicación de la potestad sancionadora del Estado, es menester señalar que se ha utilizado la metodología hermenéutica, aplicando la argumentación. En ese sentido, el quid del asunto ha girado con mayor incidencia en torno al fundamento como una de las dimensiones del principio, y a los bienes jurídicos tutelados por ambos sectores del ordenamiento jurídico, ya sea penal y administrativo. Y es que el fundamento rescata al bien jurídico que pretende proteger cada norma ya sea penal o administrativa; en ese sentido, cuando se habla del mismo fundamento se hace referencia al mismo bien jurídico protegido por cada sector del ordenamiento. Así, el acuerdo plenario N° 01-2013-TSRA, considera que no hay triple identidad, no se podría aplicar el principio de Ne bis in ídem ya que no se vería vulnerado. Esta es la problemática que es materia de análisis en el presente trabajo de investigación. En ese sentido NIETO²⁹ afirma que: *"la potestad*

²⁹ NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, 4ta Edición, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 26.

sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales de un ius puniendi superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquellas no son sino simples manifestaciones concretas de éste". Asimismo, nuestra Corte Suprema considera que "es válido concebir que el poder punitivo del Estado se manifiesta a través de dos potestades sancionadoras, la penal y la administrativa, pues en ellas subyace un elemento común consistente en el mandato imperativo de la Ley que recae sobre cierta conducta del sujeto que la infringe..., para ello tenemos que hablar sobre la potestad sancionadora administrativa, que consiste en la potestad sancionadora es manifestación del ius puniendi del estado y es ejercida por los órganos de la Administración Pública. Por lo tanto, podría decirse que esta potestad sancionadora "se encuentra constreñida a los principios jurídicos generales que limitan su ejercicio, (...) los que no sólo se aplican en el ámbito de Derecho Penal, sino también en el del Derecho Administrativo sancionador"³⁰. De lo anterior se desprende que los principios aplicables al procedimiento administrativo sancionador (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, Ne Bis In Ídem, tipicidad, etc.)³¹

³⁰ BRAVO CUCCI, Jorge, La Potestad Sancionadora del Estado en Materia Tributaria, Revista Jurídica del Perú, Tomo 74, Lima, 2007, pág. 123. El autor añade que la potestad normativa del Estado se exhibe a través de dos facetas distintas, ya sea como potestad normativa en el sentido de labor creadora de normas jurídicas generales y abstractas o, como una mera actividad aplicativa de las mismas, lo que se logra a través de los actos administrativos.

³¹ *Ibíd*em pág. 125.

El Ne Bis In Ídem es un principio del Derecho Sancionador del Estado, el cual expresa que nadie puede ser castigado o procesado o perseguido dos veces a razón del mismo hecho, sujeto y fundamento. En palabras de SAN MARTÍN³²: *"Desde su perspectiva sustancial, la garantía del Ne Bis In Ídem(...), se expresa en dos exigencias: La primera exigencia consiste en que no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, cuando existe una misma ilicitud (...). La segunda exigencia se aplica en el concurso aparente de leyes, en cuya virtud se impide que por un mismo contenido de injusto puedan imponerse dos penas criminales. (...) Desde la perspectiva procesal, el Ne Bis In Ídem es un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito(...)"*

Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA³³ señala que este principio: *"(...) se entiende generalmente como la interdicción de la doble sanción sobre la troika de identidades de sujeto, hecho y fundamento, (...) tiene plena aplicación para impedir los supuestos de concurrencia de dos sanciones de carácter penal, una de carácter penal y otra de carácter administrativo o ambas de carácter administrativo(...)"*

De lo anterior se desprende que el principio del Ne Bis In Ldem garantiza el derecho que posee cualquier persona a no ser perseguida ni sancionada

³² San Martín Castro, Derecho Procesal Penal Vol. 1, Grijley, Lima, 1999.

³³ García de Enterría, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo Tomo 11, Madrid, Civitas, 2000, pág. 180.

dos (o más veces) ante una misma infracción cuando se presente la triple identidad de sujeto hecho y fundamento.

Con respecto a estas, las tres deben presentarse necesariamente para que el principio pueda aplicarse, por ello es necesario hacer una breve mención de las mismas

- **Identidad de Sujeto:** Cuando hacemos referencia al elemento de identidad de sujeto, se expresa la imposibilidad de que recaigan dos (o más) sanciones sobre el mismo sujeto en quien ya ha recaído una sanción anterior por un mismo hecho y fundamento. Asimismo, tomando en cuenta el contenido procesal del principio, tampoco es posible que se sigan dos (o más) procesos -en consecuencia, dos persecuciones- paralelos por un mismo hecho y fundamento.
- **Identidad de Hecho:** Asimismo, los hechos³⁴ por los cuales se pretende volver a perseguir o sancionar al sujeto deben ser los mismos por los que se le sancionó en la ocasión anterior o por los que se le está persiguiendo o procesando en ese momento.
- **Identidad de Fundamento:** La identidad de fundamento constituye el elemento principal de este principio. Cuando el legislador menciona este elemento, hace referencia principalmente al bien jurídico o al

³⁴ No necesariamente entendido como delito. El legislador usó el vocablo "hecho": "...a fin de garantizar la permeabilidad jurídica del ne bis in ídem, es decir, optar por el mismo término, supondría restringir la aplicación de este principio. Véase: Peña Cabrera Freyre Alonso Raúl, Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal. Análisis dogmático, derecho comparado y jurisprudencia, Rodhas, 2006, Lima, pág. 83

interés que busca proteger la norma, sea esta penal o administrativa. En ese sentido, sabemos que, en principio, toda norma tiene como finalidad salvaguardar determinado bien jurídico, debido a ello, el Estado solo tiene una oportunidad de perseguir o sancionar la vulneración del mismo. Ello, en razón de que existen hechos que, a su realización, consiguen lesionar más de un bien jurídico; los cuales pueden ser tutelados por más de un sector del ordenamiento. Así, lo que pretende el legislador es que, si un mismo hecho se persigue o sanciona más de una vez, puede hacerse en ocasión a la protección de diferentes bienes o intereses jurídicos; nunca por el mismo objeto de protección.

3.4.2. La Legitimidad del Derecho Administrativo Sancionador:

La legitimidad de la Administración Pública para sancionar fue muy discutida en su tiempo pues, se afirmaba, que ello iba en contra del principio de separación de poderes que reserva únicamente al Poder Judicial, como jurisdicción, la potestad de imponer sanciones³⁵

³⁵ Sobre el origen y situación de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Principios de Derecho Administrativo General II, 2ª.Ed., Iustel, Madrid 2009, págs. 378-380; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ,T., Curso de Derecho Administrativo II, 12ª. Ed., Thomson Reuters, Navarra 2011, págs. 169-173; NIETO GARCÍA, A., Derecho..., cit. pág. 173-178; SOTO KLOSS, E., “Derecho Administrativo Penal, Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en Boletín de Investigaciones, volumen 44-45, 1979-1980, págs. 95-103.

No obstante, esta discusión no se enfocó en toda la potestad sancionadora administrativa³⁶; sino, sólo, en la potestad sancionadora de orden general³⁷. Así, ya desde la década de los setenta, GARCÍA DE ENTERRÍA³⁸ y PARADA VÁSQUEZ³⁹, cuestionaban esta capacidad de la Administración Pública para sancionar a los administrados en general, básicamente porque afirmaban que ésta se trataba de una potestad sancionadora “prebeccariana”⁴⁰; es decir, basada en viejas técnicas del Derecho de policía del Antiguo Régimen que desconocían las debidas garantías en el procedimiento administrativo sancionador⁴¹. Sin embargo, esta discusión fue superada básicamente por tres ideas concretas:

- 1) Primero, porque se entendió que el Derecho administrativo sancionador era también parte de una única potestad sancionadora del Estado y, por tanto, debían aplicarse los mismos principios y garantías

³⁶ BACA ONETO, V. S., “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2, 2010, págs. 3 a 24.

³⁷ La potestad disciplinaria no cuenta con mayor cuestionamiento pues, como veremos más adelante, además de aplicarse a sujetos especialmente vinculados con la administración, se entiende que el fundamento en base al cual se aplica es sustancialmente distinto de la potestad penal.

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, en *REDA*, n° 10, 2002, págs. 399-430.

³⁹ PARADA VÁSQUEZ, R., “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, en *RAP*, N° 67, 2002, pág. 41-94.

⁴⁰ Ello en referencia a todas las técnicas de garantía que se adoptaron en el Derecho Penal con el acogimiento de los principios de BECCARIA. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso...*, cit. pág. 17

⁴¹ BACA ONETO, V. S., “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2, 2010, pág. 6.

del genérico ius puniendi estatal ampliamente desarrollado por el Derecho penal⁴².

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

- 2) Segundo, debido al fortalecimiento que la Administración Pública experimentó en el siglo XIX y que llevó a muchos Estados a dotarla de poderes represivos⁴³, se entendió que la potestad sancionadora era el correlativo de la potestad administrativa de regulación, supervisión y vigilancia. Es decir, una manifestación de la actividad de policía y, por tanto, compartía con ésta el objetivo de protección del interés público y general. Pues, se entendió que de otra manera dichas facultades devendrían en inoperantes⁴⁴

⁴² Ibidem, p. 3.

⁴³ Para mayor detalle Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., PrincipiosEl Non Bis In Idem como Principio General del Derecho Administrativo”, en AA.VV., (Dir.) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo, La Ley, Madrid 2010, cit. pp. 379-380. No obstante, hemos de mencionar que el origen y la evolución del Derecho Administrativo Sancionador no ha sido igual en todos los países. Así, hasta la mitad del siglo pasado, en Alemania e Italia, el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador formaban parte de un único Derecho de Contravenciones, en el que las contravenciones formaban parte del Código Penal y se encontraban tipificadas como delitos o faltas. Esto, a diferencia de España, en la cual desde una primera etapa existió el famoso Derecho Administrativo Sancionador prebeccariano al que hacía mención GARCÍA DE ENTERRÍA, el mismo que se encontraba separado e incomunicado del Derecho Penal. Sobre esto último Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”, en RAP, n° 195, 2014, págs. 144-145

⁴⁴ NIETO GARCÍA, A., Derecho..., cit. págs. 94-97 y 173-174; BACA ONETO, V. S., “¿Responsabilidad...”, cit. p. 7; BACA ONETO, V. S., “La potestad disciplinaria y el control por el tribunal constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura”, en RUDEP, n° 8, 2007, p. 253; BACA ONETO, V. S. y ABRUÑA PUYOL, A., Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimo novena, la actividad administrativa (I), la policía administrativa, (Pro manuscrito), Piura 2010, p. 18; DANÓS ORDÓÑEZ, J., “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública”, en Ius Et Veritas, año V, n° 10, 1995, pp. 150-151; MORÓN URBINA,

3) Tercero, debido a que las funciones de la Administración Pública crecieron desmesuradamente y desbordaron por completo la capacidad de actuación del poder judicial, se entendió que aquella podía sancionar. A ello debe agregarse que los recursos del poder judicial eran insuficientes para asumir una represión efectiva de los incumplimientos de las innumerables normas jurídicas administrativas, siendo necesaria la intervención de la Administración Pública para ello⁴⁵

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

J. C., “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana”, en *Advocatus*, n° 13, 2005, pág. 228.

⁴⁵ SANTAMARÍA PASTOR, El Non Bis In Idem como Principio General del Derecho Administrativo”, en AA.VV., (Dir.) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid 2010 pág. 380

3.4.3. Naturaleza Jurídica: ¿Norma O Principio?

En la presente investigación se debe tener en cuenta la metodología hermenéutica, aplicando los principios, para referirnos a la naturaleza jurídica es necesario tener claro la diferencia entre lo que es un principio general del Derecho y lo que es una norma jurídica. Por ello, acudiremos a la teoría del Derecho y a los pronunciamientos que, en nuestra opinión, son los más relevantes para resolver la cuestión planteada.

Los principios, en palabras de ALEXY, son entendidos como *“mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también jurídicas”*⁴⁶. De esta manera, la diferencia con las normas-reglas se basa en que *“los principios son preceptos de optimizadores, mientras las reglas son preceptos definidos. Como preceptos de optimización, los principios plantean una realización relativa en la máxima medida que lo permitan las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son ponderables y necesitados de ponderación, mientras las reglas se cumplen o no, o todo o nada, y ni admiten ni precisan ponderación, siendo su forma característica*

⁴⁶ ROBERT ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, CEC. Traducción de E. Garzón, Madrid 1993, pág. 86. En CASTILLO CÓRDOVA, L., “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en AA.VV., El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, Coord. CARBONELL, M. y GRÁNDEZ CASTRO, P. P., Palestra, Lima 2010, pág. 299

de aplicación la subsunción”⁴⁷. Además, continúa, “*los principios poseen una característica que no se encuentra en las reglas: su importancia y relevancia. A partir de ella cuando dos principios entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, aunque se conceda preferencia a uno de ellos. Por el contrario, en caso de conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida*”⁴⁸. Por ello, sostiene PRIETO SANCHÍS, “*las reglas, sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que otras, los principios, admiten un cumplimiento gradual*”⁴⁹

Pero ¿qué quiere decir que un principio sea un precepto optimizador? Se refiere a que se tratan de referencias generales para la realización de toda conducta (ideales de conducta) que, en la medida que son genéricas, siempre se deben cumplir. En ese sentido, su aplicación se lleva a cabo a través de la interpretación y la ponderación, pues teniendo en cuenta que todos los principios tienen igual importancia (todos se optimizan de manera ilimitada hasta entrar en conflicto con otro principio), se aplicará dicha técnica para solucionar los conflictos de principios y ver cuál primará sobre el otro (cuál vive y cuál se sacrifica a fin de cuentas). Por el contrario, las

⁴⁷ ROBERT ALEXY, “Rechtssystem und praktische vernunft”, en *Rechtstheorie*, n° 18, 1987, pp. 407-408. En OLLERO TASSARA, A., *El derecho en teoría: perplejidades jurídicas para crédulos*, Thomson-Aranzadi, Navarra 2007, pág. 95.

⁴⁸ ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC. Traducción de E. Garzón, Madrid 1993, pág. 89.

⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “Principios constitucionales de Derecho Eclesiástico Español”, en *Curso de Derecho Eclesiástico*, Universidad Complutense, Madrid 1991, pág. 46.

normas son menos abstractas (más precisas y específicas) en cuanto se tratan de una forma puntual de cumplimiento de un determinado principio; en ese sentido, se utilizará la técnica de la subsunción en cuanto se cumpla o no el supuesto de hecho que recoge una determina norma jurídica. Por tanto, una de ellas se aplicará y la otra no, en tanto la primera tendrá mayor importancia que la segunda⁵⁰.

Según estos planteamientos, podría entenderse que el *ne bis in ídem* se trata de “una norma-regla y no un principio, pues contendría una orden específica (la prohibición de castigar más de una vez lo mismo) susceptible de cumplirse o incumplirse totalmente en cada caso concreto pero no de lograrse en mayor o menor medida”⁵¹. Lo que implica es garantizar la mayor optimización de los procedimientos sancionadores, y la aplicación de los precedentes vulnera los principios y ponderación señalados por los Alexys, Dworkin y entre otros, la responsabilidad vulnera la dignidad de la persona, al ser sancionado dos veces, aplicando la ponderación prima dicho principio

⁵⁰ La base de esta interpretación proviene del magisterio oral de TEJADA PINTO, P. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú), Piura 2012

⁵¹ Así lo entiende ALARCÓN SOTOMAYOR; aunque, por otro lado, sostiene que “De todas formas, esa categoría de normas-principios que se inventan las teorías de Alexy y sus seguidores no coincide con la categoría de principios generales del Derecho como fundamento de nuestro ordenamiento jurídico que es la que consagra el art 1. 1 y 4CC y la única que aquí interesa”. Ver ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El *Non Bis In Idem* como Principio“ Principio *non bis in idem*”, en AA.VV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid 2010, págs. 764 y 421.

3.5. RESULTADOS NORMATIVOS

3.5.1. De la Responsabilidad Administrativa Funcional

Mediante ley N° 29622, publicada el 7 de diciembre de 2010, se incorporó el Subcapítulo II en el Capítulo VII del Título 111 de la ley N° 27785, ley Orgánica del Sistema Nacional de administrativa funcional derivada de los informes de control emitidos por los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control. Control y de la Contraloría General de la República, determinándose así la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República respecto de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes de control emitidos por los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control. Bajo esa premisa, se incorporó el artículo 462 a la ley N° 27785 a través del cual se reguló conductas infractoras respecto de las cuales los servidores y funcionarios públicos pudieran estar inmersos en responsabilidad administrativa funcional, las mismas que han sido desarrolladas en el Reglamento de la ley N° 29622, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, conforme a lo dispuesto por el último párrafo del citado artículo.

Asimismo, conforme a dicho marco normativo se estableció que la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República está circunscrita para los casos de responsabilidad administrativa funcional por infracciones catalogadas como graves y muy graves; dejándose los supuestos de infracciones leves bajo competencia de los titulares de las entidades públicas, en cuanto al procesamiento de las infracciones graves y muy graves se estableció que la primera instancia está constituida por un órgano instructor y un órgano sancionador a cargo de la

Contraloría General de la República; mientras que la segunda instancia correspondería al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, cuya competencia se circunscribe a la resolución de las apelaciones que se interpongan contra las decisiones que emita el órgano sancionador

De igual forma, mediante el artículo 512 incorporado a la ley N° 27785 se estableció lo siguiente: "*(...)El procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional se sujeta a los principios de legalidad y debido proceso, así como a los demás principios de la potestad sancionadora de la administración establecidos en el artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*". En tal sentido, resulta obvio que el principio non bis in ídem, previsto en el numeral 10 del artículo 2302 de la Ley N° 27444⁵², rige también la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional; por otro lado, se debe señalar que además de la atribución otorgada por ley al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, en el artículo 482 del Reglamento de la Ley N° 29622 se dispuso que los pronunciamientos que así lo determinen expresamente la Sala Plena de tal colegiado constituirán "*(...) precedentes administrativos de observancia obligatoria para la determinación de responsabilidad administrativa funcional (...)*".

⁵² Ley N° 27444, ley del Procedimiento Administrativo General "Artículo 230, Principios de la potestad sancionadora La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales (...) 10. Non bis in ídem. - No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecia la identidad de sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7".

Es así que mediante Acuerdo Plenario N2 01-2013-CG/TSRA⁵³, del 25 de noviembre de 2013, la Sala Plena del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas aprobó como precedente administrativo de observancia obligatoria lo siguiente:

"(...) en los casos de concurrencia de responsabilidad administrativa disciplinaria y de responsabilidad administrativa funcional con identidad en los sujetos y en los hechos, no opera el principio Non Bis in Idem porque no se presenta la identidad de fundamento, requisito esencial para su constitución, por lo cual/a existencia de un proceso administrativo disciplinario en trámite, o sobre el cual ya se hubiese emitido una resolución de sanción o archivamiento, no se encuentra encuadrada dentro del desarrollo del principio Non Bis in Idem (...) lo que no constituye impedimento para el ejercicio de las atribuciones que corresponden al Órgano Instructor y al Órgano Sancionador de la Controlaría General de la República, dentro del procedimiento administrativo sancionador que le ha sido asignado por Ley, ni afecta la validez de las sanciones administrativas que como consecuencia de dicho procedimiento administrativo sancionador, se impongan a los funcionarios y servidores públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional"

Sobre esto último, se debe puntualizar que de conformidad con lo establecido en los artículos V y VII del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del

⁵³ Publicado el 1 de diciembre de 2013 en la Separata de las Normas Legales del Diario Oficial El Peruano".

Procedimiento Administrativo General, los pronunciamientos emitidos por tribunales regidos por leyes especiales, que establezcan criterios interpretativos de alcance general respecto de la legislación, constituyen fuente del procedimiento administrativo, y constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, esto significa, en palabras del maestro Morón Urbina, que el efecto vinculante de los precedentes administrativos *"únicamente obliga en el ámbito institucional a futuro, a todo el ámbito de su alcance funcional {Par ejemplo sí es la interpretación de un Sector, comprenderá a éste, si fuera a un órgano rector del sistema, a todo su ámbito, y así sucesivamente"*⁵⁴.

Bajo ese contexto, se puede afirmar que en tanto la Ley N° 29622 y su Reglamento no sean derogados, ni sean declarados inconstitucionales conforme a ley, la potestad sancionadora regulada por tales dispositivos legales resultará de aplicación plena para los supuestos previstos en ello; de igual forma, debemos sostener que, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 del Reglamento de la Ley N° 29622, y lo señalado en los artículos V y VII del Título Preliminar de la Ley N° 27444, el precedente recogido en el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA es de observancia obligatoria para el ámbito administrativo en que se dirima la existencia o no de responsabilidad administrativa funcional derivada de informes de control emitidos por los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control, por infracciones graves o muy graves previstas en la Ley N° 29622 y su

⁵⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, 7ma. Ed., 2008, pág. 97.

Reglamento, de lo esgrimido se debe tener en cuenta que en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 establece que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, en estos al sancionar los mismos hechos están reviviendo sanciones que ya fueron resueltos, al ser funcional ante la Contraloría General de la República del Perú, se tipifica con los mismos hechos no con los mismos fundamentos, si la finalidad de la potestad del PAS es similar al PAD, entonces si hay cosa juzgada

3.5.2. Del Régimen Disciplinario En La Administración Pública

En primer lugar se debe puntualizar que, a la fecha en que se formuló la consulta, la potestad sancionadora en la administración pública, para procesar y sancionar las faltas administrativas disciplinarias, se encontraba circunscrita a la normativa que sobre dicha materia regulaban los diversos regímenes a los pertenecían los servidores y/o funcionarios, encontrándose entre ellos los Decretos Legislativos N° 276, 728 y 1057, los cuales también se encuentran regidos adicionalmente por los principios previstos en el artículo 230 de la Ley N° 27444⁵⁵

⁵⁵ Ley N2 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

I. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetándolas garantías del debido proceso.

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- e) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las Circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente Obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. (Numeral modificada por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 junio 2008)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

7. Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

- a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.
- b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.
- e) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5. (Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 junio 2008).

Asimismo, debemos precisar que a través de la Novena Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil⁵⁶, se estableció que las disposiciones sobre el régimen disciplinario y procedimiento sancionador previstas en ella se aplicarían una vez que las normas reglamentarias de dicha materia se encuentren vigentes.

Es así que, el 13 de junio de 2014, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el Reglamento General de la ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, estableciéndose en su Undécima Disposición Complementaria Transitoria que el Título correspondiente al régimen disciplinario y procedimiento sancionador entraría en vigencia a los tres (3) meses de publicada dicha norma reglamentaria, es decir, el 14 de septiembre de 2014.

De ahí que se pueda colegir que, a la fecha de planteada la consulta y hasta el 13 de septiembre de 2014, la potestad disciplinaria al interior de las entidades públicas se desarrollaba conforme a lo estipulado en los Decretos legislativos N° 276, 728

8. Causalidad.- la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

10. Non bis in ídem. - No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto –de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7. (Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 junio 2008)".

⁵⁶ Publicada en la separata de Normas Legales del Diario Oficial "El Peruano" del 4 de julio de 2013.

y 1057, y con observancia de los principios establecidos en el artículo 2302 de la Ley N° 27444.

Mientras que, a partir del 14 de septiembre de 2014, las disposiciones del régimen disciplinario y procedimiento sancionador previstos en la Ley del Servicio Civil y su Reglamento General resultan de aplicación común a los regímenes laborales antes señalados⁵⁷ (Decretos legislativos N° 276, 728 y 1057); debiéndose observarse incluso lo dispuesto en el artículo 2302 de la ley N2 27444 (principio non bis in ídem), conforme a lo estipulado en el artículo 922 del referido Reglamento⁵⁸.

Posteriormente, mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 101-2015-SERVIR-PE⁵⁹, se aprobó la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC *"Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la ley N° 30057, ley del Servicio*

⁵⁷ Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES (...)

SEGUNDA. - De las reglas de la implementación de la Ley del Servicio Civil las entidades públicas y los servidores públicos que transiten o se incorporen o no al régimen de la ley N° 30057, ley del Servicio Civil, tendrán en cuenta lo siguiente:

Entidades (...)

c) En el caso de aquellas Entidades que no cuenten con resolución de inicio del proceso de implementación aplicarán:

i) El Libro I del presente Reglamento denominada "Normas Comunes a todos los regímenes y entidades. (...)".

⁵⁸ Reglamento General de la Ley N° 30057, ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM

"Artículo 92.- Principios de la potestad disciplinaria.- la potestad disciplinaria se rige por los principios enunciados en el artículo 230 de la Ley 27444, ley del Procedimiento Administrativo General, sin perjuicio de los demás principios que rigen el poder punitivo del Estado".

⁵⁹ Publicada en la separata de Normas Legales del Diario Oficial "El Peruano" del 24 de marzo de 2015.

Civil" (la Directiva, en adelante), en cuyo numeral 6 se establecieron los lineamientos sobre la vigencia del régimen disciplinario y procedimiento sancionador de la ley del Servicio Civil, encontrándose entre ellos los siguientes:

a) Los procedimientos administrativos disciplinarios instaurados antes del 14 de septiembre de 2014, se rigen por las normas sustantivas y procedimentales vigentes al momento de la instauración de apelación que, de ser el caso, se interpongan contra los actos que ponen final procedimiento.

b) Los procedimientos administrativos disciplinarios instaurados desde el 14 de septiembre de 2014, por hechos cometidos con anterioridad a dicha fecha, se rigen por las reglas procedimentales previstas en la Ley del Servicio Civil y su Reglamento General, y por las reglas sustantivas aplicables al momento en que se cometieron los hechos.

e) Los procedimientos administrativos disciplinarios instaurados desde el 14 de septiembre de 2014, por hechos cometidos a partir de dicha fecha, se regirán por las normas procedimentales y sustantivas sobre régimen disciplinario previstas en la Ley del Servicio Civil y su Reglamento General.

d) Si en segunda instancia administrativa o en la vía judicial se declarase la nulidad en parte o de todo lo actuado, el procedimiento se regiría por las reglas procedimentales previstas en la Ley del Servicio Civil y su Reglamento General, y por las reglas sustantivas aplicables al momento en que se cometieron los hechos.

La Ley N° 29622 que introduce diversos artículos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República; el Reglamento,

aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM; y, el precedente administrativo recogido en el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA, son de aplicación para el ámbito administrativo en que se dirima la existencia o no de responsabilidad administrativa funcional derivada de informes de control emitidos por los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control, por infracciones graves o muy graves previstas en la acotada Ley y su Reglamento.

Según la Ley del Servicio Civil, su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, así como lo estipulado en la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC, los procedimientos administrativos disciplinarios instaurados antes del 14 de septiembre de 2014, se rigen por las normas sustantivas y procedimentales vigentes al momento de la instauración del procedimiento hasta la resolución de los recursos de apelación que, de ser el caso, se interpongan contra los actos que ponen fin al procedimiento

A partir del 14 de septiembre de 2014, el régimen disciplinario previsto por la Ley del Servicio Civil y su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, es de aplicación a los todos los servidores y funcionarios públicos de los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276, 728 y 1057.

Sobre el principio non bis in ídem. - Bajo los argumentos antes desarrollados, resulta claro que tanto la potestad sancionadora por responsabilidad administrativa "funcional", como la referida a la responsabilidad administrativa "disciplinaria", se encuentran regidas y vinculadas a la plena observancia del principio non bis in ídem.

El principio non bis in ídem (o ne bis in ídem según el Tribunal Constitucional) se encuentra recogido implícitamente en el inciso 3) del artículo 1392 de la Constitución Política, constituyéndose de ese modo como un principio y un derecho que rige tanto en el procedimiento por responsabilidad administrativa funcional, como en el régimen disciplinario.

La determinación de la presencia del principio non bis in ídem exige, caso por caso, la verificación de la concurrencia de tres supuestos:

- i) identidad de sujeto,
- ii) identidad de hecho,
- iii) identidad de fundamento, tarea que es de exclusiva competencia de las autoridades que tengan a su cargo la tramitación de los procedimientos administrativos por responsabilidad administrativa funcional o disciplinaria

Que habiendo señalado durante la investigación que el Acuerdo Plenario N° 01-2013-TSRA, vulnera el principio de ne bis in ídem, de dicho contexto hay normas que proveen fundamentos con el fin de respetar los principios de competencia y non bis in ídem, ello está plasmado en el inciso 4 del Art. 96 del Reglamento General de la Ley N° 300057-Ley de Servicio Civil: *“En los casos en que la presunta comisión de una falta se deriva de un informe de control, la autoridades del procedimiento administrativo disciplinario son competentes en tanto la Contraloría General de la Republica no notifique la Resolución que determina el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa*

funcional con el fin de respetar los principios de competencia y non bis in ídem”; la norma es clara cuando refiere que la comisión de falta deriva de un informe de control, la autoridades son competentes en tanto que CGR, no notifique el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional, entonces dicha norma realiza una excepción debido que no se realiza dos procedimientos, no establece que después del proceso disciplinario, se llevará a cabo el procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional, además menciona con el fin de respetar los principios de competencia y non bis in ídem, al estar establecido ello en dicha norma se debe dejar sin efecto el Acuerdo Plenario.

El Principio Ne Bis In Ídem En La Normativa Del Sistema Nacional De Control (SNC).

La Contraloría General de la República (CGR) ha expedido la Directiva N° 008-2011-CG/GDES – Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional, aprobada por Resolución de Contraloría N° 333-2011-CG, con la finalidad (de acuerdo con el séptimo párrafo de la parte considerativa de la mencionada Resolución) de permitir *“el ejercicio de la potestad sancionadora conferida a la Contraloría General de la República, en materia de responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves y muy graves”*.

En el numeral 5.3 de dicha Directiva se establecen los Principios por los cuales se rige el mencionado procedimiento sancionador, incluyendo entre ellos al siguiente:

“5.3.11. Principio de non bis in ídem.-

No se puede imponer sucesiva o simultáneamente dos o más sanciones administrativas, cuando se aprecie identidad de hechos, persona y fundamento. Asimismo, tampoco es posible procesar dos veces por un mismo hecho, a la misma persona y por el mismo fundamento.

El procesamiento y sanción de la responsabilidad administrativa funcional es independiente de la responsabilidad penal o civil que pudiera establecerse por los mismos hechos y respecto a la misma persona, en tanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes.”

3.6.RESULTADOS JURISPRUDENCIALES

3.6.1. Tribunal Constitucional

3.3.1.1 Principio De La Buena Administración.

De acuerdo a la Sentencia emitida en el caso signado como Expediente N° 2234-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que, en virtud del Principio de la Buena Administración:

- Los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, dado que están al servicio de la Nación, conforme al artículo 39° de la Constitución Política.

- Dicho servicio a la Nación debe realizarse de modo transparente.
- El Estado debe prever todos los medios organizacionales, procedimentales y legales destinados a evitar que determinados funcionarios y trabajadores públicos, con poder de decisión o influencia en la toma de decisiones importantes para la buena marcha de la Administración, puedan encontrarse restringidos en mayor medida que otros servidores públicos, en el ejercicio de determinados derechos fundamentales.

Por su parte, en el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA se consigna, respecto del Principio de la Buena Administración, lo siguiente:

Tiene una doble dimensión:

- Por un lado, implica el cumplimiento de una serie de principios y reglas por parte de la Administración Pública respecto del ciudadano, tales como:
 - Servicio objetivo.
 - Juridicidad.
 - Racionalidad.
 - Igualdad de trato.
 - Eficacia.
- Por el otro, se concretiza en derechos subjetivos de los administrados, como los siguientes:

- Derecho a servicios públicos y de interés general, de calidad.
- Derecho a conocer las obligaciones y compromisos de los servicios de responsabilidad administrativa.
- Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración Pública.

Está reconocido implícitamente en el artículo 39° de la Constitución Política del Perú, que establece que “los órganos, funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”.

Bajo este principio, el modelo de Administración:

- Tiene una actuación proporcional a los fines que persigue.
- Es cumplidora de la legalidad.
- Es discrecional, pero no arbitraria.
- Es eficiente y eficaz.
- Fomenta la Democracia, creando procesos y mecanismos para facilitar la comunicación con la Ciudadanía y su participación activa, que otorgue mayor legitimidad y transparencia al Sistema.

El principio de la Buena Administración supone:

- La facultad de la ciudadanía de exigir a la Administración determinado comportamiento, en tutela de sus intereses.

- El deber de la ciudadanía de actuar en resguardo de dichos intereses.

En nuestra opinión, las definiciones ofrecidas por el Tribunal Constitucional y por el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA se complementan entre sí; mas, para efectos prácticos, tomaremos la definición del Principio de la Buena Administración expuesta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia relativa al Expediente N° 2234-2004-AA/TC. Sin embargo, en nuestro trabajo también hemos hecho referencia al concepto que sobre el mismo Principio ofrece el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA, desarrollándolo y analizando sus alcances, argumentativos, interpretativos, razonables.

3.3.1.2 Sobre El Principio Non Bis In Ídem

Ahora bien, en cuanto a la invocación del referido principio, se debe puntualizar que en el ámbito de la doctrina jurídica se ha utilizado indistintamente las expresiones latinas *non bis in ídem* y *ne bis in ídem* para referirse a un mismo concepto; sin embargo, al interior de nuestro ordenamiento jurídico el Tribunal Constitucional -en reiterada y constante jurisprudencia⁶⁰, ha optado por acoger la segunda expresión,

⁶⁰ Fundamentos 18 y 19 de la Sentencia recaída en el-Expediente N° 2050-2002 AA/TC, replicado en los Expedientes N° 1670-2003-AA/TC y 05143-2011-PA/TC.

señalando que dicho principio se encuentra recogido implícitamente en el inciso 3) del artículo 1392 de la Constitución Política (derecho al debido proceso), teniendo una doble dimensión: una material (no ser sancionado dos o más veces por un mismo hecho), y otra procesal (no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho).

En ese sentido, observando la tendencia interpretativa desarrollada por el Tribunal Constitucional respecto del principio bajo comentario, debemos precisar que si bien ella no ha sido definida por dicho órgano constitucional como precedente vinculante de observancia obligatoria, ello no implica en modo que tal tendencia deje de ser una fuente jurisprudencial importante que sirva de marco referencial para la interpretación y aplicación del principio non bis in ídem, por ejemplo en el ámbito del derecho administrativo.

De ahí que, siendo tales pronunciamientos una fuente de derecho emanada del máximo intérprete de la Constitución, podamos inferir que para determinar la posible vulneración del principio non bis in ídem se requiere inexorablemente efectuar una especial evaluación del caso concreto, a efectos de lograr determinar la concurrencia de los supuestos previstos en el inciso 10) del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los cuales han sido descritos en el numeral 2.23 del presente informe, sin perjuicio de la atención que se le pueda prestar

a los otros aspectos que también desarrollados por el Tribunal Constitucional.

Por tanto, siendo que la transgresión o no del principio non bis in ídem, en cuanto a la responsabilidad administrativa funcional, si se vulnera dicho principio, si en la responsabilidad administrativa disciplinaria se investiga los hechos, si son los hechos que se va a sancionar, en este caso si hay doble persecución administrativa, no es una justificación de aplicar la buena administración, se debe tener en cuenta que la buena administración solamente aplica para el funcionamiento, pero sin embargo la buena administración no es una buena razón que pueda vulnerar el principio de ne bis in ídem, si la configuración del principio de buena administración es para luchar contra la corrupción, pero ello no debe vulnerar principios constitucionales, en este caso para una buena aplicación del principio de buena administración es de cumplir lo establecido por el Art. 96.4 del Reglamento de Servir

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el Principio Ne Bis In Ídem en otros casos. A continuación, ofrecemos la reseña de los puntos fundamentales de dos (02) de ellos, acaso los principales sobre la materia.

En el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, relativo al proceso de Amparo promovido por Carlos Israel Colque Ramos contra la Policía Nacional del

Perú (PNP), el Tribunal Constitucional expidió Sentencia indicando lo siguiente:

- Cuando la Administración Policial, al amparo del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, anula una sanción anterior e impone una nueva, viola el Principio Ne Bis In Ídem, atendiendo que se trata de una anulación que tiene carácter meramente declarativo, ya que por mucho que se declare que las anteriores sanciones que se impusieron quedaron sin efecto, la naturaleza de ellas (sanciones administrativas privativas de la libertad) no son sanciones disciplinarias que puedan quedar sin efecto como consecuencia de la declaración de un acto administrativo, dado que éstas se ejecutaron irremediamente el día (o los días) que se impusieron.
- Por tanto, es inconstitucional la disposición del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP que autoriza que, por un mismo hecho, y siempre que se haya afectado un mismo bien jurídico, se pueda sancionar doblemente. Es igualmente inconstitucional que, como sucede en el presente caso, a su amparo se haya pasado al recurrente a la situación de retiro, pese a que sobre los mismos hechos y sobre el mismo fundamento, fue objeto de una sanción disciplinaria previa.

- El Tribunal Constitucional precisa que no considera que sea inconstitucional que, con sujeción al Principio de Legalidad, se habilite la posibilidad de complementar una sanción que, a juicio de las autoridades competentes, resulte manifiestamente insuficiente respecto a los bienes jurídicos que hayan podido quedar afectados como consecuencia de la comisión de una falta. Más aún cuando se trata de una institución que, como la Policía Nacional del Perú, se encuentra informada por principios muy singulares, como los de disciplina y jerarquía, a la que constitucionalmente se encomienda tareas tan delicadas como las de garantizar, mantener y restablecer el orden interno; prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado, y prevenir, investigar y combatir la delincuencia, conforme lo preceptúa el artículo 166° de la Constitución.

- Una cosa es aplicar una doble sanción por la lesión de un mismo bien jurídico, y otra muy distinta es que, impuesta una sanción que aún no se ha ejecutado, por la gravedad que la falta pueda revestir, ella pueda ser revisada y complementada. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que ni siquiera la especial situación en la que se encuentran dependientes o funcionarios policiales, autoriza a que el

uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre ellos se realice vulnerando los derechos constitucionales básicos de la persona.

En el Expediente N° 1670-2003-AA/TC, relativo al proceso de Amparo promovido por José Santiago García Caballero contra la Municipalidad Provincial de Chiclayo, el Tribunal Constitucional expidió Sentencia indicando lo siguiente:

El Principio Ne Bis In Ídem tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

Desde el punto de vista material, el enunciado según el cual, nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Así, su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

En su vertiente procesal, tal principio significa que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de

orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

El Principio Ne Bis In Ídem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, *pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos*, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

En consecuencia, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbadado; por lo que, en el caso bajo análisis, no se ha afectado el Principio Ne Bis In Ídem.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.5. DISCUSIÓN DOCTRINARIO

4.5.1. Posturas o Argumentos a Favor

En cuanto que el Acuerdo Plenario no debe constituir como precedente vinculante obligatorio, ya que al sancionar en responsabilidad administrativa funcional, vulnera el principio de Ne Bis In Ídem, debido que se está investigando los mismos hechos del procedimiento administrativo disciplinario, además atenta con el principio de legalidad, así como lo establece *GARCÍA DE ENTERRÍA*⁶¹. El que los órganos sancionadores de Contraloría sigan procedimientos (y eventualmente sancionen) en casos en los que la Entidad ya siguió previamente un procedimiento disciplinario, ES CONTRARIO AL PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM, debe tener en cuenta lo disciplinario es parte de lo funcional. Lo típico de una relación disciplinaria en el ámbito estrictamente laboral es la disponibilidad del derecho de sanción sobre el empleado.

Las Entidades no tienen disponibilidad sobre ello, para ellas, el ejercicio de la Potestad disciplinaria es una obligación.

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo Tomo 11, Madrid, Civitas, 2000, pág. 180.

Todo servidor público se encuentra “al servicio de la Nación” (Art. 39° Constitución). Tiene un código de conducta diferenciado que no debe ser quebrado.

4.5.2. Posturas o Argumentos en Contra

URBINA, J. C⁶².,y alguna doctrina minoritaria establece La configuración del derecho a una buena administración como nuevo derecho frente al poder, el hecho de que se omita una referencia expresa a la buena administración no impide su reconocimiento como parte del contenido interpretativo de otra serie de principios constitucionales, concretamente, de los que aparecen dentro del Título dedicado al Gobierno y a la Administración

4.5.3. Posición o Argumentos Personales

Como se ha señalado en los argumentos a favor, si en el procedimiento administrativo disciplinario es parte de la funcional, al observar el cuadro de diferencia del disciplinario y del funcional, en nada varia, hay triple identidad si cavilamos con detenimiento en la aplicación de la autonomía del Contraloría, se estaría vulnerando el principio de la legalidad, y no se tendría en cuenta la excepción de arbitrariedad, se estaría debidamente justificada en aplicar el principio de buena administración, pero ello no es así, debido que el principio de buena administración debe haber

⁶² “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana.

parámetros para no trasgredir principio constitucionales con el Ne Bis In Ídem.

4.6. DISCUSIÓN NORMATIVA

4.6.1. Análisis o Discusión de la Normatividad Interna

Cuando salió en vigencia la Ley 29622, se le daba la potestad sancionadora a la Contraloría, sin embargo con la vigencia de la Ley servir, hay reglas y principios para sancionar, ello está plasmado en el inciso 4 del Art. 96 del Reglamento General de la Ley N° 300057-Ley de Servicio Civil: *“En los casos en que la presunta comisión de una falta se deriva de un informe de control, la autoridades del procedimiento administrativo disciplinario son competentes en tanto la Contraloría General de la Republica no notifique la Resolución que determina el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional con el fin de respetar los principios de competencia y non bis in ídem”*; la norma es clara cuando refiere que la comisión de falta deriva de un informe de control, la autoridades son competentes en tanto que CGR, no notifique el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional, entonces dicha norma realiza una excepción debido que no se realiza dos procedimientos, no establece que después del proceso disciplinario, se llevará a cabo el procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional, además menciona con el fin de respetar los principios de competencia y non bis in ídem, al estar establecido ello en dicha norma se debe dejar sin efecto el Acuerdo Plenario. al ser funcional ante la Contraloría General de la República del Perú, se

tipifica con los mismos hechos no con los mismos fundamentos, si la finalidad de la potestad del PAS es similar al PAD, entonces si hay cosa juzgada

4.7.DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL

4.7.1. Análisis o Discusión de la Jurisprudencia del TC

El Tribunal constitucional ha dejado claro lo siguiente: En el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, relativo al proceso de Amparo promovido por Carlos Israel Colque Ramos contra la Policía Nacional del Perú (PNP), el Tribunal Constitucional expidió Sentencia indicando lo siguiente:

- Cuando la Administración Policial, al amparo del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, anula una sanción anterior e impone una nueva, viola el Principio Ne Bis In Ídem, atendiendo que se trata de una anulación que tiene carácter meramente declarativo, ya que por mucho que se declare que las anteriores sanciones que se impusieron quedaron sin efecto, la naturaleza de ellas (sanciones administrativas privativas de la libertad) no son sanciones disciplinarias que puedan quedar sin efecto como consecuencia de la declaración de un acto administrativo, dado que éstas se ejecutaron irremediabilmente el día (o los días) que se impusieron.
- Por tanto, es inconstitucional la disposición del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP que autoriza que, por un mismo hecho, y siempre que se haya afectado un mismo bien jurídico, se

pueda sancionar doblemente. Es igualmente inconstitucional que, como sucede en el presente caso, a su amparo se haya pasado al recurrente a la situación de retiro, pese a que sobre los mismos hechos y sobre el mismo fundamento, fue objeto de una sanción disciplinaria previa.

- El Tribunal Constitucional precisa que no considera que sea inconstitucional que, con sujeción al Principio de Legalidad, se habilite la posibilidad de complementar una sanción que, a juicio de las autoridades competentes, resulte manifiestamente insuficiente respecto a los bienes jurídicos que hayan podido quedar afectados como consecuencia de la comisión de una falta. Más aún cuando se trata de una institución que, como la Policía Nacional del Perú, se encuentra informada por principios muy singulares, como los de disciplina y jerarquía, a la que constitucionalmente se encomienda tareas tan delicadas como las de garantizar, mantener y restablecer el orden interno; prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado, y prevenir, investigar y combatir la delincuencia, conforme lo preceptúa el artículo 166° de la Constitución.
- Una cosa es aplicar una doble sanción por la lesión de un mismo bien jurídico, y otra muy distinta es que, impuesta una sanción que aún no

se ha ejecutado, por la gravedad que la falta pueda revestir, ella pueda ser revisada y complementada. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que ni siquiera la especial situación en la que se encuentran dependientes o funcionarios policiales, autoriza a que el uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre ellos se realice vulnerando los derechos constitucionales básicos de la persona.

4.8.VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.8.1. Argumento 1

El Tribunal Superior de Responsabilidad Administrativa al momento de realizar el precedente priorizó reforzar el modelo de gestión para la lucha contra la corrupción y mejora de la eficiencia por encima de los derechos de los empleados públicos, sin embargo, ello no constituye una eficiencia para la mejora de la institución sino constituye un acto arbitrario para aplicar la lucha contra la corrupción tiene que ser justificada y tiene que ser una excepción mayor al principio que está vulnerando es decir, el principio Ne Bis In Ídem.

4.8.2. Argumento 2

El concepto y alcance manejado por la jurisprudencia y doctrina referente al principio Ne Bis In Ídem utilizado por el TSRA, tales conceptos no son acordes a la garantía que tiene toda persona hacer ser sancionado inclusive dos o más veces el mismo hecho, es menester señalar al no ser garantista se está vulnerando derecho fundamentales como es el caso del debido

proceso que tiene una equiparidad con el principio Ne Bis In Ídem al vulnerar tal principio se está trasgrediendo el debido proceso, también fue limitado debido de que no utiliza doctrinas referentes a justificar el principio de buena administración.

4.8.3. Argumento 3

El TSRA invoca a la buena administración señalando en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dicho articulado es referente a asuntos imparcial y equitativamente, al hablar de asuntos imparcial tiene un contrasentido al momento que señala que los fundamentos del PAD y PAS son distintos fundamentos, ello constituye a ser parcial porque los hechos imputados al administrado forman parte de los fundamentos. Dicho argumento no es una razón suficiente para aplicar el principio de buena administración.

Ahora bien, en el 2.14 del acuerdo plenario 01-2013-TSRA-CGR el TSRA señala lo siguiente: *“en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de la buena administración se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 39 de la constitución política cuando señala que: “los órganos, funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”, y supone por un lado, la facultad de la ciudadanía de exigir a la administración determinado comportamiento en tutela de sus interés y, por otro, el deber de la administración de actuar en reguardo de dichos interés públicos; deber que en el marco de control gubernamental y de conformidad con el artículo 82 de la constitución política, es fiscalizado*

por la CGR en cuanto a la correcta gestión y uso de los recursos públicos por parte de la Administración Pública.”

Efectivamente el principio de la buena administración está implícitamente reconocida en el art. precitado de la Constitución, pero ello no constituye una razón suficiente al trasgredir el principio de Ne Bis In Ídem máxime que todos los trabajadores públicos están al servicio de la nación y al ser esto así, cuando un trabajador comete una falta se le sancione, ahí si constituye una buena administración, pero al sancionar dos veces por los mismos hechos se trasgrede con el principio de buena administración.

4.8.4. Argumento 4

El TSRA no ha utilizado criterios interpretativos en cuanto al señalar el principio de buena administración estipulado en el artículo 49 pero no lo argumenta, no lo interpreta, no ha tenido en cuenta la disposición final y transitorio de la Constitución política del 1993 que señala lo siguiente: *“las normas relativas a los derechos y libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y con los tratados de acuerdos internacionales sobre las mismas materias replicadas por el Perú”*. Por consiguiente, no hay una razón interpretativa al respecto de qué manera son distintos los fundamentos en el PAD y PAS. Al momento de sancionar, los mismos hechos están reviviendo sanciones que ya fueron resueltos al ser funcional ante la CGR se tipifica con los mismos hechos, no con los mismos fundamentos, si la

finalidad de la potestad del PAS es similar el PAD si se vulnera el principio
Ne Bis In Ídem.

CONCLUSIONES

Primero.- Conforme al análisis realizado del Acuerdo Plenario 001-2013-CG/TSRA, se precisó que dicho acuerdo no es claro en determinar la no existencia de la identidad del fundamento, es decir, no hace una clara diferenciación en la definición de cuál es el fundamento del PAD y cuál es el fundamento del PAS, partiendo desde su lógica de que no existe identidad de fundamento entre ambos.

Segundo.- El principio y derecho Ne Bis In Ídem proscribe la doble persecución o sanción, a la misma persona, por los mismos hechos y con idéntico fundamento. Ha sido definido por la jurisprudencia constitucional en el Perú, como un “principio implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución”. Sin embargo, a pesar de que ambas contienen como finalidad salvaguardar el mismo objeto de protección, el TSRA señala la no existencia de identidades.

Tercero.- Si analizamos el artículo 13 del Reglamento General de la Ley 29622 señala que establece el objetivo de la potestad por responsabilidad funcional y, la comparamos con las características de la potestad disciplinaria, nos podemos dar cuenta que en el fondo ambas tienen como finalidad que la administración pública funcione de la manera correcta, ambas buscan que los servidores tengan una buena conducta, que respeten sus normas, sus deberes y obligaciones y, sancionar aquellos que no la cumplan.

Cuarto.- Lo que podríamos decir en este caso es que se puede argumentar que el procedimiento administrativo por responsabilidad disciplinaria y el procedimiento administrativo por responsabilidad funcional tienen el mismo fundamento, en base a esto puede decir que, cuando se sancione por responsabilidad disciplinaria y luego, durante o antes por responsabilidad funcional a una misma persona por el mismo hecho se estaría vulnerando el principio de Ne Bis In Ídem.

RECOMENDACIONES

Primero. - El intérprete para la aplicación del Acuerdo Plenario de la presente investigación debe verificar en primer lugar, si los hechos que conoce se encuentran aparentemente subsumidos en dos o más normas prohibitivas o sancionadoras. De ser así, se deben analizar las normas sancionatorias y determinar si responden al mismo tipo de injusto, causa o fundamento de persecución o si contienen el mismo reproche que el ordenamiento jurídico realiza respecto de la conducta prohibida, teniéndose en cuenta que el procedimiento disciplinario forma parte de la responsabilidad funcional, si esto es así, cabría doble persecución, se estaría vulnerando el principio de Ne Bis In Ídem.

Segundo. - El artículo 49° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, y el artículo 12° de su reglamento, referidos a la autonomía de responsabilidades, debe interpretarse asumiendo que tal autonomía o independencia de responsabilidades se verificará sólo cuando el fundamento de cada una de las intervenciones punitivas, penal y administrativa, sean distintos, lo que deberá analizarse en cada caso en concreto.

Tercero. - Derogar la Ley 29622, ya que como se ha señalado en la conclusión, éste vulnera el principio de Ne Bis In Ídem, permitiendo a la Contraloría sancionar a los servidores por hechos que ya son sancionados por la entidad.

Cuarto. - Asimismo, se propone que se derogue y se deje sin efecto el Acuerdo Plenario 01-2013-TSRA-CGR que sólo trasgrede el derecho del funcionario y servidor público de no ser sancionado dos veces por los mismos hechos; por encima del respeto de sus derechos como empleados públicos. Teniéndose en cuenta que el Art. 96.4 del Reglamento General de la Ley N° 30057-Ley de Servicio Civil, que fue publicado el

13.06.14, establece que: *“En los casos en que la presunta comisión de una falta se deriva de un informe de control, la autoridades del procedimiento administrativo disciplinario son competentes en tanto la Contraloría General de la Republica no notifique la Resolución que determina el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional con el fin de respetar los principios de competencia y non bis in ídem”*. La norma es clara cuando refiere que en los casos en que se derive un informe de control por la comisión de una presunta falta, las autoridades del PAD son competentes en tanto que CGR no notifique el inicio del PAS; entonces dicha norma no establece que después del proceso disciplinario, se llevará a cabo un procedimiento sancionador. Sino que es claro al respetar el principio de prevalencia de la competencia para su aplicación, y de este modo evitar que ambos procedimientos sean aplicados a un mismo sujeto por un mismo hecho y fundamento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”, en RAP, N° 195, 2014, págs. 144-145
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El Non Bis In Ídem como Principio“ Principio non bis in ídem”, en AA.VV., (Dir.) LOZANO CUTANDA, B., Diccionario de sanciones administrativas, Iustel, Madrid 2010, pág. 764 pág. 421.
- BACA ONETO, V. S., “La potestad disciplinaria y el control por el tribunal constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura”, en RUDEP, N° 8, 2007, pág. 253
- BACA ONETO, V. S., “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 2, 2010, pág. 6
- BACA ONETO, V. S. y ABRUÑA PUYOL, A., Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimo novena, la actividad administrativa (I), la policía administrativa, (Pro manuscrito), Piura 2010, pág. 18

- BACA ONETO, V. S., “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”, en Estudios de Derecho Administrativo, N° 2, 2010, pág. 3 a 24.
- BRAVO CUCCI Jorge, La Potestad Sancionadora del Estado en Materia Tributaria, Revista Jurídica del Perú, Tomo 74, Lima, 2007, pág. 123 y pág. 125
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique (en colaboración con Alberto Otárola Peñaranda). 1998. La Constitución de 1993, Análisis Comparado. Lima: Instituto Constitución y Sociedad. Rao.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique (en colaboración con Alberto Otárola Peñaranda). La Constitución de 1993, Análisis Comparado. Lima: Instituto Constitución y Sociedad. Rao. 1998
- BERNALES (1998, páginas 641-642) cita a CAROCCA PÉREZ, Alex. Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectiva en España. En Revista Jurídica del Perú. Año XVI N° 2. Editora Normas Legales. Lima, abril-junio 1966, pág. 85.
- BOBBIO, Norberto. Presente y porvenir de los Derechos Humanos. En: Ferrero Costa, Raúl (compilador). Derecho Constitucional General. Materiales de Enseñanza. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Lima. 2004 pág. 354.

- BRIONES, Guillermo. Métodos y técnicas de investigación para las ciencias sociales, Editorial Trillas, México, 1986, pág. 43.
- BALDEÓN GUERE Norma Alejandra, Sanción Administrativa Tributaria y Aplicación del Principio Non Bis In Idem, Revista Jurídica del Perú, Tomo 88, Lima, 2008, p. 194.59. Quien cita: Queralt Martín Juan, Curso de Derecho Financiero y Tributario, Tecnos, Madrid, 2007. pág. 563.
- C ALCHOURRÓN, «Sobre Derecho y lógica», en Isonomía, núm. 13, 2000, pág. 14.
- DANÓS ORDÓÑEZ, J., “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública”, en Ius Et Veritas, año V, N° 10, 1995, págs. 150-151
- DI MAJO, Adolfo. Voz: (diritto primto). En: Enciclopedia del diritto. Milán: Giuffré. pág. 361.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo Tomo 11, Madrid, Civitas, 2000, pág. 180.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, en REDA, N° 10, 1976, págs. 399-430.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La argumentación en el Derecho. Editorial Palestra. Lima – Perú, 2005.

- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. Metodología de la Investigación. Editorial Mc Graw–Hill, México, 2010, págs. 151. y 155.
- MORÓN GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo Tomo 11, Madrid, Civitas, 2000, pág. 180.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, 7ma. Ed., 2008, pág. 97.
- NIETO ALEJANDRO, Derecho Administrativo Sancionador, 4ta Edición, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 26.
- O'DONELL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Lima: Comisión Andina de Juristas. 1989. págs. 187, 625, 630, 649 y 650.
- PARADA VÁZQUEZ, R., “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, en RAP, N° 67, 1972, págs. 41-94.
- PEÑA CABRERA, Freyre Alonso Raúl, Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal. Análisis dogmático, derecho comparado y jurisprudencia, Rodhas, 2006, Lima, pág. 83.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia. En: Eguiguren Praeli, Francisco (compilador). La

Constitución diez años después. Lima: Instituto Constitución y Sociedad, Fundación Friedrich Naumann.1989. págs. 110-112.

- RAMOS NUÑEZ, Carlos. Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento Editorial Grijley, Lima - Perú, 2011, pág. 129.
- ROBLES TREJO, Luis. Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica. Editorial Ffecaat, Lima – Perú, 2014, pág. 74.
- ROBERT ALEXYY, Teoría de los derechos fundamentales, CEC. Traducción de E. Garzón, Madrid 1993, p. 86. En CASTILLO CÓRDOVA, L., “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en AA.VV., El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, Coord. CARBONELL, M. y GRÁNDEZ CASTRO, P. P., Palestra, Lima 2010, pág. 299.
- ROBERT ALEXYY., “Rechtssystem und praktische vernunft”, en Rechtstheorie, n° 18, 1987, pp. 407-408. En OLLERO TASSARA, A., El derecho en teoría: perplejidades jurídicas para crédulos, Thomson-Aranzadi, Navarra 2007, pág. 95.
- ROBERT ALEXYY, Teoría de los derechos fundamentales, CEC. Traducción de E. Garzón, Madrid 1993, pág. 89.
- RUBIO CORREA, Marcial El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. 10ma. edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). 2009. pág. 43.

- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Principios de Derecho Administrativo General II, 2ª. Ed., Iustel, Madrid 2009, pp. 378-380; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo II, 12ª. Ed., Thomson Reuters, Navarra 2011, pp.169-173; NIETO GARCÍA, A., Derecho, cit. pp. 173-178; SOTO KLOSS, E., “Derecho Administrativo Penal, Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en Boletín de Investigaciones, volumen 44-45, 1979-1980, págs. 95-103.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Principios el Non Bis In Ídem como Principio General del Derecho Administrativo”, en AA.VV., (Dir.) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo, La Ley, Madrid 2010, cit. págs. 379-380.
- SANTAMARÍA PASTOR, El Non Bis In Ídem como Principio General del Derecho Administrativo”, en AA.VV., (Dir.) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo, La Ley, Madrid, 2010, pág. 380.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Principios constitucionales de Derecho Eclesiástico Español”, en Curso de Derecho Eclesiástico, Universidad Complutense, Madrid 1991, pág. 46.
- TEJADA PINTO, P. “La base de esta interpretación proviene del magisterio oral”, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú), Piura 2012.

- URBINA, J. C., “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana”, en *Advocatus*, N° 13, 2005, pág. 228.
- PLANAS, Pedro. Regímenes políticos contemporáneos. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1997, pág. 65.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. La Contraloría cuenta su historia. Lima: Contraloría General de la República y Empresa Editora El Comercio, 2013, pág. 46-49
- VALLES VIVES, Francesc. El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. pág. 33.

Proyectos de Investigación

- SILVA CÓRDOVA, Analí Adriana, Análisis de las Sanciones de Responsabilidad Administrativa Disciplinaria Impuesta a los Servidores o Funcionarios Públicos de la Zona Registral N° II – Sede Chiclayo en los años 2013-2015 y su connotación con el Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA, dirigida por César Chambergo Chanamé, Tesis para optar el título Profesional de Licenciado en Administración Pública, Universidad Señor de Sipán, Facultad de Ciencias Empresariales, Pimentel, 23 de setiembre de 2016.

Legislación, Jurisprudencia. Otros.

- Ley N° 27444, ley del Procedimiento Administrativo General "Artículo 230
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
- Recurso de Nulidad N° 2090-2005-Lambayeque, cuarto fundamento jurídico de precedente vinculante establecido por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESY-22.65 Serrano Tarraga.
- Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N2 040~2014-PCM
- Reglamento General de la ley N2 30057, Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Artículo 92
- Ley N° 29622, 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.29 de diciembre del 2010.
- Expediente N° 2050-2002 AA/TC, replicado en los Expedientes N° 1670-2003-AA/TC y 05143-2011-PA/TC, Fundamentos 18 y 19 de la Sentencia.
- Informe Técnico N° 1551-2016-SERVIR/GPGSC de fecha 16 de agosto de 2016. En punto 3.5., pág. 8.

- Informe Técnico N° 1271-2016-SERVIR/GPGSC de fecha 15 de julio de 2016.

En punto 2.4., pág. 2.

ANEXOS

- Matriz de Consistencia
- Acuerdo Plenario N° 01-2013-CG/TSRA