

21

¿EXISTE VULNERACIÓN
AL PRINCIPIO DE DOBLE JUZGAMIENTO (NON BIS IN ÍDEM)
EN LOS DELITOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SUS
DELITOS FINES?

¿EXISTE VULNERACIÓN

AL PRINCIPIO DE DOBLE JUZGAMIENTO (NON BIS IN ÍDEM) EN LOS DELITOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SUS DELITOS FINES?

IS THERE A VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF DOUBLE TRIAL (NON BIS IN ÍDEM) IN ORGANIZED CRIME OFFENSES AND THEIR OFFENSES, FINES?

José Antonio Sánchez Gutiérrez¹

E-mail: chinos_232@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7326-6227>

Vicente H. Arias Montero¹

E-mail: variasm1@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5554-3980>

¹ Universidad Técnica de Machala. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Sánchez Gutiérrez, J. A., & Arias Montero, V. H. (2021). ¿Existe Vulneración al principio de doble juzgamiento (Non Bis In Ídem) en los delitos de delincuencia organizada y sus delitos fines? *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 4(2), 180-190.

RESUMEN

En la actualidad social y jurídica, la criminalidad o delincuencia organizada es un fenómeno que se presenta de manera recurrente, pero bajo distintas formas o modalidades que van desde acciones pacíficas pero sutiles y otras, violentas y abiertas. Esto se ha dado sobre todo en el fenómeno que involucra al narcotráfico, trata de personas y tráfico de armas. Siendo, además, modalidades delictivas que en sí mismas y por su propia naturaleza son muy peligrosas. Lo anterior se traduce en la importancia y trascendencia de implementar en el nivel punitivo estatal y a nivel mundial, políticas criminales encaminadas a combatir la criminalidad organizada, sin embargo, estas políticas criminales deben ser respetuosas del debido proceso y de las garantías básicas que lo conforman, entre ellas, el principio de prohibición de doble juzgamiento y sanción, conocido como non bis in ídem, constituyendo el objeto de nuestro trabajo. Los métodos empleados del nivel teórico fueron el histórico lógico y el analítico sintético, y desde la empírea el análisis de documentos, y el exegetico analítico.

Palabras clave:

Principio de doble juzgamiento, delincuencia organizada, delito, debido proceso.

ABSTRACT

In today's social and legal situation, organized crime or crime is a phenomenon that occurs repeatedly, but under different forms or modalities that range from peaceful but subtle actions and others, violent and open. This has occurred especially in the phenomenon involving drug trafficking, human trafficking and arms trafficking. Being, in addition, criminal modalities that in themselves and by their very nature are very dangerous. The foregoing translates into the importance and significance of implementing at the state level and at the global level, criminal policies aimed at combating organized crime; however, these criminal policies must be respectful of due process and the basic guarantees that inform it, including, the principle of prohibition of double trial and punishment, known as non bis in idem, constituting the object of our work. The methods used from the theoretical level were the logical historical and the synthetic analytical, and from the empirical the document analysis, and the analytical exegetical.

Keywords:

Principle of double trial, organized crime, crime, due process.

INTRODUCCIÓN

En esta investigación ofreceremos un estudio del principio *non bis in idem* como categoría absoluta del derecho, principio constitucional y procesal que, en materia sancionadora existe con la pretensión según Sáenz (2006), de evitar que una conducta penalmente relevante, pueda ser sancionada de un modo desproporcionado, más allá de lo que en justicia corresponda.

Por eso, los principios son definidos por Lorenzetti (2006), como *“un enunciado normativo que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento, resuelto en un esquema abstracto a través de un procedimiento de reducción a una unidad la multiplicidad que ofrece la vida real”*.

Dentro de este orden de ideas, debemos resaltar lo preciso y necesario, que resulte en respetar el principio *non bis in idem*, cuyo contenido significa la prohibición de *no dos veces por lo mismo*, y sobre el cual se estará ampliando y profundizando en este trabajo, pero esto se enmarcará precisamente en el ámbito de la familia de delitos de delincuencia organizada, como forma especial de participación delictiva, dado a que, en la práctica y partiendo de la propia concepción legal, tanto del contenido prohibitivo de este principio como, de la configuración legal de cada tipo penal, se está aplicando incorrectamente derivando por tanto, en vulneración al principio de *prohibición de no dos veces por lo mismo*.

No es menos cierto que la criminalidad organizada en los últimos 30 años ha logrado un protagonismo paulatino y ascendente en la criminalidad en todo el mundo, fenómenos sociales de diversas índoles han influido en él, y es que, el fenómeno del crimen organizado es una cuestión actual sumamente compleja sobre todo a partir de las formas o modalidades en que se manifiesta.

La criminalidad organizada supone un rebasamiento de conceptos más tradicionales como formas de delinquir donde se supera el simple acuerdo entre autores o cómplices para llegar a acuerdos superiores, planificados, diseñados, colectivos, etc, que, en definitiva, son características que apuntan todas, a hacer mucho más efectiva la criminalidad, y, por ende, más peligrosa y dañina. Sáenz (2006), considera que *“las formas de crimen organizado, en el sentido de una corporación criminal para delinquir, es la nota esencial con la cual se presentan las organizaciones criminales complejas, que no se reducen a una sola área del delito y ante cuya necesidad de contención han surgido instrumentos normativos específicos”*.

Este fenómeno, preocupante y lacerante para el mundo debe ser combatido y justifica plenamente que se implementen políticas criminales encaminadas a prevenirlo, combatirlo y erradicarlo o al menos, disminuirlo, sin embargo, esto no puede justificar su enfrentamiento la vulneración de principios y garantías de la seguridad jurídica y del debido proceso, por ello la preocupación

investigativa que se está sosteniendo sobre el tema en esta oportunidad.

Aunque la criminalidad organizada sea un fenómeno actual en lo político, social y en lo jurídico, ello no supone la habilitación absoluta de la exacerbación de los fines simbólicos del derecho penal, es decir, no justifica el uso excesivo o desmedido del derecho penal, que sigue siendo por principio y garantía un derecho de *ultima ratio*, de ahí que, debe mantenerse el balance racional entre eficiencias y garantías como un límite propio del Estado constitucional, por tal razón, el derecho penal no puede ser construido sobre la base de un derecho penal para enemigos sino para ciudadanos, en el cual impere para todos por común el Estado de Derecho y preserve sus garantías básicas, y ofrezca seguridad jurídica también en el plano jurídico a cada ciudadano

DESARROLLO

La doctrina penal sostiene que el principio *non bis in idem*, también es conocido como *ne bis in idem*, y que, entre ambos términos existen diferencias en cuanto a su conceptualización y en consecuencia encontramos que, se define el *ne bis in idem* como: *“Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que haya sido juzgado por resolución firme en un tribunal penal”*, mientras que la definición de *non bis in idem* indica: *“Nadie puede ser juzgado doblemente por un delito”*. (Ulpiano, Digesto, Libro 50, capítulo 17, línea 57)

El tratadista Nieto (1990), en su obra Derecho Administrativo Sancionador, plasma la conocida cita de Sarabia Pardo *“el principio del principio Non bis in idem, fue una derivación de la cosa juzgada en sus dos vertientes o efectos: el positivo, donde lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica, y el negativo, que da al traste con la imposibilidad de que se produzca un nuevo planteamiento sobre el tema”* (p. 96)

Non bis in idem, escrito indistintamente como Non bis in idem o ne bis in idem, en latín, que significa en idioma español, (No dos veces por lo mismo), también conocido como autrefois acquit en francés, (ya perdonado), o double jeopardy en inglés, cuyo significado es: doble riesgo; constituye una importante herramienta de defensa en los procesos sancionadores y, sobre todo, penales.

López (2015), nos fundamentaría lo siguiente: *“En muchos países como Estados Unidos, Canadá, Argentina, Perú, Colombia, Ecuador, Cuba, República Dominicana, España, Australia e India, entre otros, es registrado incluso, como un Derecho Fundamental, reconocido por la Constitución de cada uno de estos países, que prohíbe que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito. En otro sentido, implica que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o fenómeno, para calificar la tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal”* (p.6)

Y es que resulta obvio que deba incluirse entre los principios generales del Derecho Penal, y que no sea permitida la aplicación de dos procesos o procedimientos distintos para juzgar o sancionar un mismo acto, tanto en un orden sancionador como en otro. Con respecto a este aspecto, Nieto (1990), argumenta que *“cuando el legislador prevé una sanción para un hecho tipificado como infracción, está obligado por el principio de proporcionalidad a mantener una adecuación entre la gravedad de la primera y la segunda y, por ello, el hecho de aplicar una nueva sanción en el mismo orden punitivo o en otros distintos, representaría la ruptura de esa consonancia, una sobre reacción del ordenamiento jurídico, que está infringiendo a un sujeto, un mal sobre sus bienes mayores o descompensado con respecto al cumplimiento que ha desarrollado del mandato jurídico.”* (p. 96)

Y es que, en última instancia, el principio *Non bis in idem* está basado como en definitiva lo está todo el Derecho, en la idea de justicia, esto es, en la concepción de que, a cada individuo, el ordenamiento jurídico debe compensarlo o punirlo, según su conducta, de forma que iría en contra de la misma, una regulación sancionadora que permitiera penalizar al infractor de forma desproporcionada o múltiple.

Pueden encontrarse diversas opiniones en la doctrina y la jurisprudencia comparada, en relación a su naturaleza jurídica, así, por ejemplo, unos consideran que es principalmente un derecho y otros que es un principio. Nieto (1990), aprecia el principio *non bis in idem*, como un principio constitucional que ha sido desarrollado por la jurisprudencia, al igual que otros principios, como el principio de proporcionalidad dentro de los procedimientos judiciales y administrativos de naturaleza sancionadora, o como el principio *in dubio pro actionem*, que resulta básico para configurar el *ius puniendi* del Estado, pero que al formar parte de la garantía de seguridad jurídica que debe propiciar cada ordenamiento jurídico, se convierte en un derecho que ostenta cada persona.

Siendo éste un modo de razonar, que recuerda un ingenioso argumento habitual en la doctrina francesa: el *bis in idem* viola el principio de la legalidad de las sanciones en cuanto pone en marcha una segunda sanción, formada por la suma de la anterior y por la que actualmente pretende procesarse o juzgarse. El principio procesal *ne bis in idem* y la prohibición de doble punición se hallan íntimamente vinculados, pero no coinciden en cuanto a su alcance, se dice que el primero, opera, aunque no haya habido punición, y el segundo también, en casos en que el primero no se halla formalmente comprometido.

Existen, al menos, tres grupos de casos en los que se dice que no entra en juego el principio procesal, dado que en ninguno de ellos la persona es sometida dos veces a un proceso por el mismo hecho.

1. La primera hipótesis de doble punición tiene lugar cuando la administración, y a veces, las personas jurídicas, imponen penas, tratándose de coacciones que no tienen carácter reparador o restitutivo, ni de coacción directa, pero que conforme a los elementos negativos del discurso penal no son consideradas penas. Por ejemplo, hablamos de sanciones de multas, cesantías, exoneraciones e inhabilitaciones y estas con frecuencia, son más graves que las penas que impone el Derecho Penal mismo, y se aplican fuera de los límites del Derecho Penal, por lo cual su exclusión del discurso penal abre el espacio para el ejercicio de un poder punitivo más discrecional y que, además, se suma al poder punitivo manifiesto.

En este caso, puede entenderse que, el remedio adecuado, es declarar la inconstitucionalidad de toda punición no manifiesta.

1. El segundo grupo lo constituyen los casos de personas que sufren lesiones, enfermedades o perjuicios patrimoniales por acción u omisión de los agentes del estado en la investigación o represión del delito cometido. Dado que las cárceles no son lugares seguros y arrastran otros problemas, tales como, suicidio, homicidio, enfermedad y lesiones. Tampoco es extraño en la región que en sede judicial se aleguen actos de tortura, pero que no sea posible individualizar a los autores, ni demostrarlos. Y no nos cabe dudas de que todas esas consecuencias, y otras, forman parte de la punición, o sea que, constituyen penas crueles que, si bien están prohibidas, la realidad es distinta y es que en los hechos se ejecutan por parte de funcionarios del estado o por omisión de los mismos o por la misma naturaleza de la prisión. Esto se trata de un efectivo poder punitivo que debe descontarse del que se autoriza jurisdiccionalmente, so pena de incurrir en doble punición.

Cabe preguntarse si en estos casos, los jueces pueden fijar una pena inferior al límite legal o incluso, dar por computada la pena, valdría la pena ahondar sobre estas proposiciones.

1. El tercer grupo de casos de doble punición es muy común en América Latina, y se trata de las personas que, por pertenecer a pueblos indígenas con culturas diferenciadas, propias de su etnia e idiosincrasia, tienen su propio sistema de solución de conflictos y de sanciones. Ante esto, tenemos que, cuando una persona haya sido sancionada conforme a la justicia indígena a la que se someten, el estado no puede imponerle una nueva pena en virtud de la justicia ordinaria, o, al menos, debe computar la pena comunitaria como parte de la que pretende imponerle, pues de otro modo incurriría sin lugar a dudas en doble juzgamiento y doble punición.

Requisitos del principio *non bis in idem*

Es preciso determinar cuándo se integran los elementos que nos permiten evitar vulnerar el principio, *non bis in idem*, o, dicho de otro modo, que nos permiten determinar

que estamos ante el mismo caso o hecho. Para establecer esta similitud y llegar a la conclusión de que estamos ante el mismo caso; se hace preciso comprobar una identidad de sujetos, la identidad de hechos y la identidad de fundamentos.

Resumiendo, para que el *non bis in idem* pueda invocarse, debe existir identidad de sujetos, de objeto y de causa. Estos requisitos se exigen de la siguiente forma:

Identidad de sujeto: la persona autora de la infracción penal y administrativa debe ser la misma, sin tener en cuenta qué órgano sea penal o administrativo, está entendiendo del asunto. Debe ser la misma persona a la cual se le inició una instrucción penal y a ella misma, se le inicia un procedimiento administrativo sancionador, u otra instrucción penal por ese mismo hecho, por lo que no habría vulneración al principio analizado.

Identidad de hecho: los hechos que motivaron la sanción deben ser los mismos. El principio *non bis in idem* no se vulnera en caso de concurso real de delitos, donde las penas se aplican por ilícitos penales diversos y autónomos. No es de entender que se trata de hechos donde coinciden el mismo sujeto activo y el mismo sujeto pasivo, e incluso, hechos que tengan similitudes en su ejecución, pues siempre van a existir factores diferenciadores con respecto a los hechos; es así que puede ser el mismo victimario, la misma víctima y por ejemplo, un delito con robo acompañado de violación, deben ser juzgados en dos procesos penales, sin que aquello constituya violación al *non bis in idem*; en cuanto a identidad de hecho, la encontramos cuando con el fin de cometer un delito de robo en una vivienda, matamos al guardia para lograr el delito fin, que es dirigido contra la propiedad.

Identidad de fundamento: los objetivos de las sanciones deben ser idénticos. Esto está referido a los fundamentos jurídicos, es decir qué es lo que se desea. Por ejemplo, en materia penal, qué bienes jurídicos se protegen, y en materia administrativa qué actos se sancionan.

Es el caso de un funcionario público que comete un delito y es condenado en vía penal, no obstante, puede ser sancionado también en la vía administrativa sin vulnerar el principio de *non bis in idem*; si bien existe identidad de sujeto y de hecho, la naturaleza de la sanción es distinta, pues penalmente se castiga la comisión del ilícito y, administrativamente, se impone una sanción disciplinaria. En este caso, existe una relación de sujeción especial entre el administrado y la administración, que permite dicha *duplicidad* de sanciones, pero con objetivos diferentes.

Los tres primeros requisitos constituyen lo que se conoce como *triple identidad*, a partir de la cual deberá estudiarse en cada caso concreto si hay vulneración del principio *non bis in idem*.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional Español (2007), plantea en su fundamento jurídico 3º que:

“por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado”

Siguiendo lo que dice el Tribunal Constitucional en esta sentencia, observamos que en los casos en los que falte alguno de estos requisitos, ya no habrá violación del principio *non bis in idem*. Esto es importante, ya que, si, por ejemplo, dos procedimientos sancionadores tienen al mismo sujeto y enjuicia los mismos hechos, pero por distinto fundamento, ya no existirá una violación de este principio. Comprobar si los requisitos de la violación del principio *non bis in idem* se integran, será muy sencillo en algunos casos, pero en otros puede llegar a ser muy complicado.

Puede entenderse que, el *non bis in idem* y el *ne bis in idem* son el mismo principio con igual contenido y que si la traducción desde el latín, significa *no dos veces por lo mismo*, pues entiendo que estaríamos procesalmente hablando de la prohibición tanto de juzgar, como de sancionar a alguien dos veces por lo mismo.

Por último, habría que dejar definido el término: *lo mismo* y es que entendemos que, lo mismo, ante este principio, sería referente al hecho, más no al delito. De modo que, el *ne bis in idem* o *non bis in idem*, sería la prohibición de enjuiciar y sancionar a una persona, más de una vez por los mismos hechos.

Esta es también la posición de una parte importante de la doctrina moderna, por ejemplo, Maier (1999), afirma que, *“es claro que la fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando inadmisibles... el regreso sobre una persecución penal ya agotada, en el sentido del aforismo res iudicata pro veritate habetur”*. (p. 599)

Una conceptualización de la criminalidad organizada ha de entenderse como un aspecto sumamente complejo, aun desde su estructura semántica, puesto que la dimensión del fenómeno *crimen organizado* presenta un marco bastante *difuso*, sin que medie un consenso en la doctrina respecto de la significación que puede acordarse a la criminalidad organizada.

Es esta una cuestión dogmática bastante polémica en cuanto a los alcances extensivos o restrictivos que deben tomarse en cuenta para definir qué habrá de entenderse por crimen organizado, por lo cual el fundamento racional respecto del marco legislativo es susceptible de diversas valoraciones, pero las mismas deben de guardar cierta rigurosidad para no generar disfunciones, sobre todo porque con ello, se puede restar eficiencia a las manifestaciones de las organizaciones criminales, que se ubican en esta escala superior de sistematización en cuanto a la dimensión criminal.

Una buena opción es tomar como marco la significación que al crimen organizado se la ha dado en instrumentos de carácter internacional, debe quedar claro el carácter del concepto marco del cual se parte, no reproducir en su integralidad dicho concepto, por cuanto la técnica de elaboración de una normativa internacional tiene cierta apertura que puede ser no compatible con las normas penales internas.

El carácter de marco radica en la vinculación de los grandes aspectos del concepto para adaptarlo a las propias legislaciones de acuerdo a las particularidades de cada sistema normativo. Así crimen organizado, en sentido amplio, se refiere a la criminalidad como empresa, la cual comprende todas aquellas actividades que igual se desarrollan en cualquier tipo de empresa, constituyendo lo que se conoce como “derecho penal económico”. (Terradillos, 2001)

Se trata aquí de la criminalidad en la empresa, con lo cual se hace énfasis en una criminalidad de tipo económico, que tiene como fundamento la organización y la finalidad estrictamente lucrativa en el sentido de ventajas económicas, es decir un modelo de crimen de empresa o empresarial.

En opinión de Montalvo (2000), *“un enfoque en sentido estricto de criminalidad organizada indica que la misma está constituida por organizaciones criminales que tienen características especiales, que la diferencian de la criminalidad convencional, siendo su finalidad la de cometer masivamente conductas delictivas homogéneas o heterogéneas; de ahí, la connotación que se le da a la criminalidad organizada estricta como la de “criminalidad como empresa”.* (p. 235)

Delincuencia Organizada, dándose lugar a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, o llámese también la Convención de Palermo, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en el año 2000.

En este orden, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, o llámese también la Convención de Palermo (Palermo, 2020), aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en el año 2000, en su artículo 2, en sección definiciones, reconoce el término “grupo delictivo organizado” en donde se lo entenderá y definirá como: *“un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.* (p.4)

En función de lo anteriormente planteado, resumimos fragmentos de varios cuerpos normativos del Derecho Internacional que acogen este principio, siendo estos:

- El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8 inciso 4 dice que *“el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.* (Organización de los Estados Americanos, 1969)
- El artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por las Naciones Unidas enuncia: *“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”.* (Organización de las Naciones Unidas, 1966)
- El artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece:
 1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.
 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.
 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:
 - a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
 - b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.” (Corte Penal Internacional, 1998)
- El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente por el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, dispone: *“Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la Ley”.* (Unión Europea, 2003)

Un gran ejemplo de aplicación del principio *non bis in ídem* lo es, la sentencia del Tribunal Constitucional Español (2003), que antes ya invocábamos en la parte de los requisitos para la integración del principio *non bis in ídem* y que dice: “en el Estado constitucional de Derecho ningún poder público es ilimitado, por tanto, la potestad sancionadora del Estado, en cuanto forma más drástica de actuación de los poderes públicos sobre el ciudadano, ha de sujetarse a estrictos límites. La limitación de la potestad sancionadora del Estado es condición de

legitimidad de su ejercicio en el Estado de Derecho, en el que la libertad es uno de sus valores superiores (art. 1.1 CE) y la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) uno de los principios configuradores del mismo.

Se adopta de un lado, las restricciones permanentes de la esfera de libertad individual inherentes a la situación de inseguridad derivada de la posibilidad de que el Estado pueda reiterar sus pretensiones punitivas por los mismos hechos sin límite alguno, carecen de todo fundamento legitimador en el Estado de Derecho. De otro, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), impone límites a la reapertura de cualesquiera procedimientos sancionadores -administrativo o penal- por los mismos hechos, pues la posibilidad ilimitada de reapertura o prolongación de un procedimiento sancionador crea una situación de pendencia jurídica, que, en atención a su carácter indefinido, es contraria a la seguridad jurídica.

Por otra parte, si se desea observar la incidencia de la prohibición del *bis in idem* dentro de la configuración del derecho a sancionar del Estado Español, podemos acudir nuevamente a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español (1981), cuyo fundamento jurídico 4º dice que *“el principio general del derecho conocido por “non bis in idem” supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”*.

Esta Sentencia de 1981 habla del lugar de la Constitución Española, donde está localizado y del precepto que recoge dicho principio. Según el Tribunal Constitucional, el principio que está siendo objeto de estudio deriva directamente del principio de legalidad previsto en el artículo 25 de la Constitución Española de 1978 (España. Cortes Generales, 1978).

En la Constitución de la República del Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), se establece, exactamente en el art. 76. 7, inciso i) que *“nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”*, haciendo franca alegación al principio de Cosa Juzgada, o prohibición de juzgar lo ya juzgado, en materia civil, y del *Non bis in idem* o *Prohibición de Doble Juzgamiento*, en materia penal.

Los primeros artículos de este cuerpo legal, hacen franca alusión a los principios que deben respetarse en el proceso penal, es así como el art. 2, establece los principios generales y dice que en materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de

la República, de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y los desarrollados en este Código.

En el art. 3 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), enuncia el principio de *Ultima Ratio* o de Mínima Intervención por parte del Derecho Penal, aduciendo que por ser el más gravoso y aflictivo de los derechos, será el último al que se podrá acudir para solucionar los conflictos legales y que, su intervención solo estará legitimada cuando ya no se encuentre solución legal para el caso concreto en otra rama del derecho.

López (2015), considera que *“el art. 5 se encarga de enumerar y presentar toda una serie de principios procesales, y en su numeral 9 habla precisamente del principio Non bis in idem o Prohibición de doble juzgamiento, estableciendo que: “ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio”* (p. 11)

Ha quedado claro que el *ne bis in idem* prohíbe el ejercicio reiterado del poder de persecución y de castigar, que ostenta el Estado en contra de sus ciudadanos, para detener la posibilidad de un doble castigo o persecución penal y que surgió como consecuencia de un ensanche del efecto negativo de la cosa juzgada penal.

La cuestión más controvertida para aplicar este principio es la exigencia del *eadem causa petendi*. Es decir, debe tratarse del mismo motivo de persecución, la misma razón jurídica y política de persecución penal, el mismo objetivo final del proceso. Habrá que determinar cuáles son los parámetros que permiten identificar a dos hechos como iguales.

Entender qué es *identidad de causa* resulta relevante para proscribir o no la convivencia de sanciones penales y administrativas. A esos fines, vale hacer notar las diferencias entre los motivos que procuran la reparación del daño causado de los que pretenden la sanción del causante.

También vale distinguir búsqueda de una reacción disciplinaria de la búsqueda de una sanción penal. Pero no conviene perder de vista que nuestra Constitución Nacional prohíbe sancionar a una persona dos veces por el mismo hecho. El debate sigue teniendo plena actualidad; así lo señalan Zaffaroni, et al. (2006), con relación a la determinación acerca de cuándo existe una unidad de conducta. Los autores entienden que *“no se trata de un problema menor del derecho penal, sino de una cuestión troncal cuyo descuido corre el riesgo de hacer naufragar varias garantías constitucionales e internacionales, y de permitir un ejercicio completamente irracional del poder punitivo, mientras que la pluralidad de criterios que se han*

señalado por la doctrina han sembrado una enorme inseguridad en todos estos ámbitos.” (p.23)

La identidad de causa produce un efecto preclusivo y presupone que el proceso terminado agotó jurídicamente el caso. El tribunal con jurisdicción y competencia suficientes, debe haber podido consumir el objeto procesal completamente y haberse agotado el caso íntegro en su totalidad. El objeto del proceso debe haber sido examinado, no sólo a través de la calificación jurídica recogida en la sentencia, sino en toda su extensión y aspectos en que pudo hacerlo jurídicamente el tribunal que conoció del asunto. Si el proceso se agotó, con una decisión sobre el fondo, examinándose la pretensión hecha valer en todos sus aspectos fácticos y jurídicos, no se puede perseguir nuevamente por el mismo hecho, aunque haya mediado abuso o error por parte del juez (Maier, 1999).

Sobre esta idea cabe recordar cuanto enseña Maier (1999), en el sentido que el *ne bis in idem* hace referencia a un único comportamiento básico como objeto de cognición y decisión en varios procesos, aunque en alguno de ellos se prediquen más elementos o circunstancias de ese comportamiento central, que en el otro.

El principio de *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del estado.

Por ello, en cuanto al derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental.

El principio de cosa juzgada tiene jerarquía constitucional y así lo ha entendido la corte nacional. Los derechos reconocidos en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada quedan incorporados al patrimonio. Toda sentencia ejecutoriada supone un derecho adquirido del que es titular la parte que en ella se beneficia.

Se trata del valor que el ordenamiento jurídico confiere al resultado de la actividad judicial: la subordinación a los resultados del proceso, convirtiendo en irrevocable la decisión del órgano jurisdiccional. Maier (1999), expondría: *“La autoridad de cosa juzgada es la fuerza reconocida por la ley a la decisión del juez para regular jurídicamente*

el caso concreto decidido y darle eficacia coercitiva, o sea ejecutiva y eficacia prohibitiva, o sea como preclusión que prohíbe la repetición total o parcial del juicio sobre el mismo objeto. La finalidad del proceso es obtener finem controversiarum pronunciatone iudicis, es decir, llegar a un estable ordenamiento jurídico de la materia objeto de la acción judicial. Si fuera lícito volver a cada momento sobre esa declaración para intentar que se la modifique o revoque, sería evidente que aquella finalidad de los juicios no podría conseguirse y la incertidumbre reinaría allí donde son necesarias la certeza y la inmutabilidad”. (p. 149)

Para que la regla produzca su efecto impeditivo deberán acreditarse las tres identidades enumeradas antes. De no ser así, se trataría de una transgresión que justifica la nulidad de la segunda sentencia por afectar el orden constitucional y por ello puede ser declarada de oficio. Recordemos que la identidad del objeto material del proceso debe referirse al hecho principal independientemente de las modalidades suyas ulteriormente ocurridas.

Existen tipos penales como el de Delincuencia organizada que es fácil de estar relacionado con otros delitos fines y que son varios, y hacen falta algunas pautas que permitan precisar la aplicación del poder punitivo respecto de delitos cometidos en el territorio nacional o en territorio extranjero. Para iluminar este punto propongo enfocarnos. En estas disposiciones se toma en cuenta el lugar de comisión del hecho, la especie del delito, los efectos delictivos, la noción de autor y de víctima.

Entre ellas: 1) el reconocimiento del valor de cosa juzgada a la sentencia extranjera que recae sobre el mismo imputado y sobre el mismo hecho; 2) el principio procesal de oportunidad por el cual ya no es conveniente seguir persiguiendo aquéllo que ya se persiguió o se está persiguiendo en otro Estado; 3) el cómputo de la pena sufrida en el extranjero a la condena que se aplica en territorio nacional; 4) la declaración de inconstitucionalidad de una segunda condena por violación al principio de culpabilidad, toda vez que el doble reproche por el mismo hecho excede la medida de la culpabilidad.

Desde el principio en este trabajo se ha abordado la confrontación entre la lucha contra el crimen organizado y el garantizo o garantías del debido proceso y, específicamente contra el principio de prohibición de no dos veces por lo mismo.

En efecto, de acuerdo a lo desarrollado hasta este punto, la lucha contra el crimen organizado parte de la consideración de que éste es un fenómeno de excepción frente a otras formas de delincuencia, por lo tanto, la reacción debe ser a su vez excepcional. Esta reacción encuentra su principio de legitimación en que se realiza para defensa del ordenamiento jurídico, no obstante, el principio ideal del Estado de derecho rechaza cualquier alteración en este sentido: *“la ruptura de las reglas del juego se invoca... para tutela de las mismas reglas del juego; el*

estado de derecho se defiende mediante su negación” (Ferrajoli, 2001)

Para ello se proponen, un conjunto de parámetros que constituye precisamente, la propuesta o aporte científico de este trabajo:

1. La configuración de los tipos penales establece delitos de status o de resultado.
2. La necesidad de relajar o facilitar los medios de prueba en contra de los miembros de organizaciones criminales ocasiona que su identificación se logre a través de valoraciones subjetivas de la calidad subversiva o sustancialmente antijurídica del autor.
3. Los tipos de asociación o delincuencia organizada están muy vinculados al Derecho penal del Enemigo y hay que ser cautelosos no solo con su aplicación, sino, además con su configuración.
4. El Derecho Penal ecuatoriano, se caracteriza por ser un derecho penal de autor en razón a su supuesta peligrosidad y no un derecho penal con relación al hecho delictivo.
5. La negociación de las penas o la impunidad a favor de los miembros de grupos de delincuencia organizada que ofrezcan información relevante que resulte útil para infiltrar o desmantelar la organización plantea serios problemas.
6. Desde el modelo que establece el derecho penal del enemigo, paradigma del enemigo el sistema negociado encuentra su legitimación en el sentido de que quien suministra información en contra de la organización a la que pertenecía ha decidido volver a la legalidad y recobrar así su status de ciudadano, por ende, ante tal riesgo merece un tratamiento diferenciado y beneficioso para él.
7. El nuevo modelo de seguridad ciudadana advierte que el modelo garantista no se encuentra en condiciones para comprender y hacer frente a los más recientes desarrollos de la política criminal que, según su postura, obedecen a una nueva forma de configuración del control social.
8. El derecho penal garantista posee una estructura autolimitada que parte de la base de la exclusiva protección de los bienes jurídicos necesarios para la convivencia y fundamenta su existencia a partir de los fines de la pena y su adecuación para defender esos bienes. De aquí que se proponga una eficacia restringida: el derecho penal no existe para la promoción de valores, se concibe mejor como un mal necesario para el mantenimiento de la armonía de las relaciones sociales que debe ser aplicado con las limitaciones que le imponen los principios de humanidad y proporcionalidad de la sanción al hecho.
9. De aquí que se considere que el papel del derecho penal garantista es estrictamente negativo. Anclado en la defensa de los principios limitadores del ejercicio

punitivo se mantiene al margen de una aproximación a los cambios y evolución de las formas del delito.

10. El ataque que desde el discurso garantista se formula hacia la lucha contra el crimen organizado a partir de la vaguedad de su concepto basado en que ésta fue una tarea impuesta a la criminología por parte de las cúpulas policiales y de conspiraciones políticas alentadas además por el sensacionalismo periodístico, pese a no carecer de fundamento histórico, resulta irrelevante para un problema que evidentemente existe y que requiere acciones positivas para enfrentarlo.
11. Los ataques ad hominem pueden tener alguna acogida en términos de discurso, pero no por esto dejan de ser falacias argumentativas que poco aportan de cara a resolver disfunciones sociales concretas.
12. El garantismo no puede permanecer inmóvil frente los nuevos retos que impone la dinámica de la globalización, con sus elementos complejos y rápidas transformaciones dentro de la cual se desarrolla la actual cultura del control.
13. La creciente tendencia a encargar mayor responsabilidad al derecho penal para satisfacer las demandas de seguridad de la sociedad, si bien se viene generando en forma desmedida, no puede ser desestimada simplemente bajo el amparo de la invocación a los principios de última ratio e intervención mínima, pues esto se traduce en una renuncia a la trascendente labor social que los profesionales del derecho penal deben asumir,
14. El modelo garantista es imprescindible pues los principios en los que se sustenta son en sí mismos los fundamentos del Estado de derecho y básicos para la convivencia en sociedad en la relación entre Estado y ciudadanos, sin embargo, se muestra insuficiente para controlar la deriva del populismo punitivo y el uso del discurso de lucha contra la delincuencia organizada como el enemigo conveniente. Es necesario buscar alternativas, evita la arbitrariedad, evita desmesura e injusticias, es de tener en cuenta que no siempre que se está analizando penalmente un caso, es precisamente exacto que estemos frente a las personas indicadas y realmente culpables, ni que esas personas dejen de ser seres humanos antes durante y después de haber delinquido, por ende, se requiere un tratamiento criminológico y preventivo.
15. La criminalidad organizada corresponde a un fenómeno estrechamente vinculado con la economía de mercado que abarca las áreas del capitalismo que quedan excluidas del mercado disciplinado y considerado legítimo, por ende, si el sistema capitalista se encarga de neutralizar las causas económicas que condicionan, fomentan y propician el crimen organizado este podrá enfrentarse más efectivamente, sin dejar de existir en un estado de Derecho y justicia.
16. Pese a las ingentes inversiones de capital público para enfrentar el narcotráfico, a pesar de las evidencias de estudios empíricos que muestran que el consumo de sustancias no se ve disminuido por

el aumento de penas, se persiste en la recalcitrante actitud de enfrentar el fenómeno por la vía de mayor represión punitiva, ni por castigar una y otra vez a las mismas personas y por los mismos hechos.

17. Sólo cuando las decisiones político criminales que se adopten para enfrentar los retos que trazan las manifestaciones de la delincuencia organizada se basen en premisas fiables, empíricamente fundadas y con adecuación a los postulados a un derecho penal de garantías podrá superarse la contradicción que al modelo del Estado de derecho plantea la lucha contra este fenómeno criminal.

CONCLUSIONES

El principio *non bis in ídem*, tiene dos vertientes, una sustantiva y otra procesal y se ha conocido históricamente como: no dos veces por lo mismo y debe estar presente en todas las constituciones modernas y es parte primordial de la garantía de seguridad jurídica que deben ofrecer todos los ordenamientos jurídicos. En su vertiente sustantiva se refiere a la prohibición de sancionar a una persona, dos veces por el mismo hecho y en su vertiente procesal se refiere a la prohibición de juzgar o enjuiciar a una persona, dos veces por el mismo hecho.

El significado actual de este principio debe ser: **“nadie podrá ser procesado, ni juzgado dos veces, por el mismo hecho”**; actualmente la prohibición de juzgar y sancionar a una persona por el mismo hecho, se refiere a la misma materia y no se vulnera si se procesa o sanciona en diferentes materias sancionadoras, toda vez que para que se integre deben darse los tres requisitos, dígase de identidad de personas, hechos y fundamentos.

El enfrentamiento a la criminalidad organizada no puede suponer configurar tipos penales erróneos, aplicar indebidamente los tipos penales, o vulnerar los principios y garantías del debido proceso, por ende, vulnerar el principio de *non bis in ídem*, al sancionar la delincuencia organizada o delitos afines a ella, solo podría provocar lejos de prevenir, disminuir o erradicar los mismos, es necesario que exista ante un Tribunal preparado y capaz, evitar la posibilidad de estas sentencias erróneas y vulneratorias del debido proceso, propicien la impunidad delictiva.

Es importante para evitar este tipo de vulneraciones al debido proceso, que al momento de formular cargos, tanto por el delito de delincuencia organizada y sus delitos fines, por parte del ente acusador y titular de la acción penal pública, se delimite claramente el alcance de la acusación fiscal, es decir, determinar que la acusación que se realiza contra un grupo de personas que de forma voluntaria decidieron conformar una estructura delictiva para cometer delitos, debería ser sancionado por el solo hecho de su conformación, ya que el bien jurídico que el legislador intenta proteger es la paz y tranquilidad ciudadana; por otro lado, se debe considerar la adecuada tipificación de los delitos fines (robo, extorsión, tráfico de

drogas, tráfico de armas, trata de personas, entre otros), los mismos que serán procesados y sancionados por hechos diferente, especialmente por cuanto se configura la consumación plena y concreta de la conducta delictual; consecuentemente, sería plenamente factible abrir procesos por cuerdas separadas y arribar a diferentes sentencias de carácter condenatorio, sin que con aquello, se violente el debido proceso en la garantía del *non bis in ídem*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Corte Penal Internacional. (1998). Estatuto de Roma. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/finalfra.htm>
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución Política de la República del Ecuador 2008. Decreto legislativo 0. Registro oficial 449. https://corporativo.cnt.gob.ec/wp-content/uploads/2015/05/Constitucion_Republica_del_Ecuador_2008_RO.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal de Ecuador. Registro Oficial 180.
- España. Cortes Generales. (1978). Constitución Española. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>
- Ferrajoli, L. (2001). Derecho y razón. Trotta.
- López, J. (2015). Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos. Dykinson.
- Lorenzetti, R. L. (2006). Teoría de la Decisión Judicial. Rubinzal - Culzoni Editores.
- Maier, J. (1999). Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Academia de Derecho y Ciencias Sociales.
- Montalvo, J. (2000). La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal. Dykinson.
- Nieto, A. (2005). Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos.
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto internacional de derechos civiles y políticos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2845.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. OEA. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Sáenz, I. D. (2006). La Sanción Administrativa en el Orden Laboral. Servicio de Publicaciones.
- Terradillos Basoco, J. M. (2001). Peligro abstracto y garantías penales. *Nuevo Foro Penal*, 12(62), 67-94.

- Tribunal Constitucional Español. (1981). Sentencia 2/1981. d 2 de febrero. Boletín Oficial del Estado 47. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2>
- Tribunal Constitucional Español. (2003). Sentencia 2/2003 de de 16 de enero. Boletín Oficial del Estado 43. <https://boe.es/boe/dias/2003/02/19/pdfs/T00017-00031.pdf>
- Tribunal Constitucional Español. (2007). Sentencia 48/2007 de 12 de marzo. Boletín Oficial del Estado 92. <https://www.boe.es/boe/dias/2007/04/17/pdfs/BOE-S-2007-92.pdf>
- Unión Europea. (2003). Carta de derechos fundamentales. Diario oficial de las comunidades europeas. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- Zaffaroni, I. E., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). Manual de derecho penal. Parte general. EDIAR.