

EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO.
ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL*

MARÍA MAGDALENA OSSANDÓN WIDOW
Pontificia Universidad Católica de Chile

SUMARIO: I. Discrepancias al interior del Tribunal Constitucional. II. Sobre el fundamento de la prohibición de doble sanción. III. Posiciones en el Tribunal Constitucional. a) Votos por acoger los recursos. b) Votos por rechazar los recursos. IV. Consideraciones finales.

PALABRAS CLAVE: Ne bis in ídem, legalidad, racionalidad, debido proceso.

I. DISCREPANCIAS AL INTERIOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El principio *ne bis in idem*, que proscribe la duplicidad de juzgamiento y de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, es generalmente reconocido como una garantía propia de todo ordenamiento penal democrático, respetuoso de la dignidad personal y de los derechos que emanan de la naturaleza humana¹. Aunque no goza de reconocimiento explícito en nuestra Constitución Política, nadie discute su vigencia en el sistema jurídico chileno².

Nuestra jurisprudencia constitucional estima que esta prohibición:

“ha de entenderse que forma parte del conjunto de derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover en virtud del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, el que reconoce como fuente de esos derechos tanto a la propia Carta Fundamental como a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”³.

* Trabajo redactado en el marco del proyecto de investigación Fondecyt N° 1140998 “El principio *ne bis in idem* y sus implicaciones para la actividad legislativa penal”.

¹ Por todos PÉREZ MANZANO, Mercedes, La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* (Valencia, 2002), p. 71 con ulteriores referencias.

² Lo que se cuestiona, más bien, es que no se haya incluido expresamente en la Constitución Política, así ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal. Parte general, Tomo I (Santiago, 1998), p. 71, quien lo considera insito en un sistema liberal (p. 108) y GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal. Parte General, Tomo I (Santiago, 2009), p. 158. Vid. también COUSIÑO MACIVER, Luis, Derecho penal chileno. Parte general. Tomo I (Santiago, 1975), pp. 166 y 199; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General (Santiago, 2004), p. 522, N. 99.

³ STC Rol N° 1968, 15 de mayo de 2012, considerando 41° (por todas).

En este caso, la alusión corresponde al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo artículo 14 N° 7 establece que “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*”, y a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, que en su artículo 8° N° 4 indica que “*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”.

Pero, además de lo anterior, paulatinamente se tiende a acoger la tesis según la cual este principio, al menos en su faz procesal, debe deducirse del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 19, N° 3⁴. Idea que también ha sido asumida por la Corte Suprema cuando afirma que el sustento de la garantía “*se halla en el debido proceso legal exigido por el N° 3 del artículo 19 y en la idea de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo*”, añadiendo que se trata de una garantía individual innominada, originaria del Derecho Natural⁵.

De este modo se hace posible afirmar el carácter suprallegal de la garantía. Pero este carácter resulta predicable solo respecto de su faz procesal, pues ésta es la única que queda comprendida en el derecho al debido proceso y la única que resulta consagrada como garantía en los tratados recién mencionados⁶.

⁴ Al enunciar los presupuestos mínimos del debido proceso, el Tribunal Constitucional no ha incluido la regla del *ne bis in idem* (vid. STC Rol N° 1518, 21 de octubre de 2010, considerando 23°, y STC Rol N° 1448, 7 de noviembre de 2010, considerando 40°); incluso ha calificado esa posibilidad como “compleja” (STC Rol N° 1441, 4 de noviembre de 2009, considerando decimoprimer) y ha buscado alternativas para fundamentarla (STC Rol N° 1968, 15 de mayo de 2012, considerando 41°). La doctrina tampoco incluye la prohibición de *bis in idem* en la garantía del debido proceso, vid. por todos, FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, Tribunal constitucional y derecho penal: un estudio crítico, en *Estudios Constitucionales, Año 12, N° 2* (2014), p. 228 y GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Gonzalo, El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, en *Estudios Constitucionales, Año 11, N° 2* (2013), pp. 238-239. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional ha terminado por admitirlo; por todas STC Rol N° 1961, 10 de julio de 2013, considerandos 4° y 16°.

⁵ SCS Rol N° 196-09, 24 de marzo de 2009, Tercera Sala; idea que es reiterada en numerosas sentencias posteriores, siempre de la misma sala y en temas laborales, v.gr. SSTS Rol N° 148-2010, Rol N° 10771-2012 y Rol N° 1333-2013.

⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos alude a la imposibilidad de ser juzgado “o sancionado”, con lo que parece abarcar tanto la dimensión procesal como la sustantiva del principio. Sin embargo, restringe la garantía únicamente a los casos en que existe una sentencia condenatoria o absolutoria firme, de modo que no proscribire la doble sanción o la doble valoración de un mismo hecho para fundamentar o agravar la pena si es dentro de un mismo procedimiento. En este sentido MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno, en *Revista de Estudios de la Justicia, N° 15* (2011), pp. 141-142.

Con todo, para evitar que el sentido sustantivo del *ne bis in idem* quede fuera de este reconocimiento, el mismo Tribunal Constitucional ha establecido una vinculación de las garantías procesales con cuestiones de fondo, en relación con la posibilidad de doble sanción. Declara que:

*“tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional. En ese sentido, el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia”*⁷.

Pero más allá de este relativo consenso en orden a su vigencia en nuestro ordenamiento, hay discusión sobre cuestiones tan relevantes como el fundamento o razón de ser de este principio en cada una de sus manifestaciones⁸, a quién se dirige, cuál es su alcance y los presupuestos o condiciones para que sea procedente su aplicación; problemas que muchas veces se pasan por alto cuando se plantea, como ocurre muchas veces, una visión elemental y simplista del *ne bis in idem*⁹.

Precisamente, esa divergencia de opiniones sobre el fundamento y alcance de esta prohibición se ve reflejada en varias resoluciones del Tribunal Constitucional de estos últimos años, en que se aprecia una profunda división al interior de ese tribunal al resolver sobre la eventual inconstitucionalidad de algunas disposiciones que parecen incorporar o permitir una vulneración al *ne bis in idem*.

Es el caso del artículo 4° de la Ley N° 19.886, conocida como Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, disposición en virtud de la cual se excluye del Registro Oficial de Contratistas de la Administración a quienes “al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de

⁷ STC Rol N° 2045, 7 de junio de 2012, considerando 4°. También en el voto por acoger, STC Rol N° 2346, 16 de enero de 2014, se afirma que “*el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo se refiere aspectos adjetivos o formales, de gran trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (Rol N° 437, considerando 14°), como es –entre otras dimensiones garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada*”.

⁸ Subraya la necesidad de diferenciar las dos facetas de la prohibición del *bis in idem*, especialmente en lo que dice relación con el fundamento de cada una de ellas, PÉREZ MANZANO, Mercedes, La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*, ob. cit., pp. 67 y ss. Entre nosotros MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, en *Política criminal*, Vol. 9, N° 18 (2014), pp. 547-548.

⁹ Crítica de CANO CAMPOS, Tomás, *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador, en *Revista de Administración Pública* 191, N° 156 (2001), p. 191, frente a la realidad española que en muchos aspectos es equivalente a la nuestra.

la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años”. En lo que nos interesa, dicha disposición permite que, habiendo sido condenado por infringir los derechos fundamentales del trabajador, al empleador se le sancione además con la prohibición de contratar con la Administración. En dos oportunidades el Tribunal Constitucional ha rechazado los respectivos requerimientos de inconstitucionalidad¹⁰, pero en ambos casos con voto disidente de tres ministros.

Más vacilante ha sido la decisión sobre la constitucionalidad del artículo 207 letra b) de la Ley N° 18.290, que ordena decretar la suspensión de la licencia de conducir: “al responsable de dos infracciones o contravenciones gravísimas cometidas dentro de los últimos doce meses, la licencia se suspenderá de 45 a 90 días y al responsable de dos infracciones o contravenciones graves cometidas dentro de los últimos doce meses, de 5 a 30 días”. En otras palabras, el conductor será sancionado en su momento por cada una de las infracciones, las que son anotadas en el Registro Nacional de Conductores de Vehículos Motorizados a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, y cuando se constata que existe una acumulación de infracciones el Servicio debe informar al Juez de Policía Local para que, además de las sanciones previas, imponga la de suspensión de la licencia. De nueve pronunciamientos formulados por el Tribunal Constitucional en los últimos tres años, en dos se ha acogido el requerimiento¹¹, en dos se ha rechazado¹², y en otros cinco ha existido un empate de votos respecto de la solicitud de inaplicabilidad¹³, lo que atendido el quórum calificado exigido para acoger esta clase de requerimientos, ha llevado a tenerlos por desechados.

También ha resultado igualdad de votos por acoger y rechazar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 34 y 35 del D.F.L. N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social¹⁴, que permiten a los Inspectores del Trabajo clausurar un establecimiento o faena hasta por 10 días, en caso de que exista una nueva infracción que se cometa dentro de los dos años siguientes a la fecha de la última multa o clausura, sanción que se puede imponer sin perjuicio de la procedencia de la multa administrativa que corresponda por la infracción individualmente considerada.

¹⁰ SSTC Rol N° 1968, 15 de mayo de 2012 y Rol N° 2133, 4 de julio de 2013.

¹¹ SSTC Rol N° 2045, de 7 de junio de 2012 y Rol N° 2254, 18 de diciembre de 2012.

¹² SSTC Rol N° 2402 y 2403, 8 de noviembre de 2013.

¹³ SSTC Rol N° 1960 y 1961, 10 de julio de 2012; Rol N° 2018 y 2108, 7 de agosto de 2012; y Rol N° 2236, 30 de abril de 2013.

¹⁴ STC Rol N° 2346, 16 de enero de 2014.

Aunque ninguna de estas materias dice relación con una sanción penal en sentido estricto¹⁵, en todos estos casos el Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse sobre el fundamento y condiciones de aplicación del principio *ne bis in idem* en su vertiente sustantiva o material, en un sentido que parece reconducible a la posibilidad de imponer sanciones penales y administrativas por un mismo hecho.

Antes de analizar dichos pronunciamientos es necesario hacer un breve repaso sobre las diversas posiciones relativas a la base sobre la que se constituye la prohibición de doble sanción.

II. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN

En la doctrina y en la jurisprudencia constitucional comparada se pueden identificar básicamente dos perspectivas en relación con el fundamento del principio *ne bis in idem* en su vertiente sustantiva, aunque muchas veces tienden a integrarse en una única explicación.

La primera lo relaciona con el principio de legalidad y, más en particular, con la garantía de tipicidad. Es la posición del Tribunal Constitucional español que, a partir de la STC 2/1981 y ante la falta de reconocimiento explícito, hace derivar el *ne bis in idem* de la garantía de legalidad recogida en el artículo 25 de la Constitución española¹⁶, consiguiendo con ello su más alta protección jurisdiccional¹⁷. Más precisamente, argumenta desde la idea de la certeza subjetiva como su razón de ser, al afirmar que lo que se persigue es “*garantizar a los ciudadanos*

¹⁵ A estos fallos se añade otro caso estrictamente penal referido a la posibilidad de sancionar por delito fiscal y por delito de asociación ilícita –STC Rol N° 1441, 4 de noviembre de 2009–, pero este fue un supuesto menos controvertido y rechazado por la unanimidad de los miembros del Tribunal, por estimar que “se trata de ilícitos distintos, la existencia de una organización constitutiva de asociación ilícita (un delito cierto y determinado) y la comisión, por su intermedio, de otras figuras delictivas (otro delito cierto y determinado). No se pena, pues, dos veces la misma infracción, sino que una sola vez infracciones distintas” (considerando 11°).

¹⁶ “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”.

¹⁷ De este modo se ofrece la posibilidad de recurrir de amparo, una razón que habría condicionado la interpretación, algo forzada pero aplaudida, del Tribunal Constitucional. Cfr. CANO CAMPOS, Tomás, *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador, ob. cit., p. 205; CUERDA RIEZU, Antonio, Concurso de delitos en el borrador de anteproyectos de Código Penal de 1990, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 44, N° 3 (1991), p. 846, la califica como una jurisprudencia “muy creativa”; y HUERTA TOCILDO, Susana, El derecho fundamental a la legalidad penal, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39 (1993), p. 101, afirma que la incorporación del *ne bis in idem* en el derecho subjetivo de la legalidad penal ha ocurrido “por obra y gracia de una interpretación integradora”.

*un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito. Ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción*¹⁸. De este modo la prohibición del *ne bis in idem* queda asociada con el aspecto material del principio de legalidad, esto es, la garantía de tipicidad, porque la descripción precisa de los comportamientos en la ley es lo que permite –y se exigiría precisamente por eso, según una extendida opinión– alertar al ciudadano de las posibles consecuencias de su conducta¹⁹.

Una idea similar es la que plantea la Corte Constitucional colombiana, pero inclinándose más bien por una teoría objetiva en torno al fundamento del principio de legalidad, esto es, como garantía para evitar la arbitrariedad estatal. Ha sostenido que “*el non bis in idem como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las sanciones (nullum crimen nulla poena sine lege) puesto que su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles. De esta forma, dicho postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado*”²⁰.

El problema de este último punto de vista es que le resta operatividad al principio, pues podríamos encontrarnos frente a diversas infracciones previamente determinadas y perfectamente descritas, que establezcan –con total certeza– un doble castigo para una misma infracción²¹.

¹⁸ STC español 177/1999, FJ 3º, “lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita”, añade enseguida. Similar STC 2/2003, FJ 3º. Este argumento ha sido repetido, de modo casi literal, por el Tribunal Constitucional de Perú: “si la exigencia de *lex praevia y lex certa* (...) obedece entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica”, sentencia Exp. N° 2050-2002-AA/TC, de 16 de abril de 2003, FJ 19º (entre muchas).

¹⁹ Según CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal. Parte General (Santiago, 2005), p. 177, “el principio de reserva tiene por objeto primordial asegurar que los ciudadanos sepan, con tanta precisión y claridad como sea posible, cuáles son las conductas cuya ejecución u omisión, según el caso, trae aparejada la imposición de una pena. Para que cumpla ese cometido, la ley debe proporcionar los antecedentes necesarios sobre lo que es mandado o prohibido, pues sólo de este modo el súbdito estará enterado de lo que puede hacer o abstenerse de hacer”.

²⁰ Sentencia C-554/01, fundamento 3.6. También la sentencia C-664/07, fundamento 16, en que afirma que la finalidad de este principio es la seguridad jurídica.

²¹ Cfr. RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes, El principio *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador. Sector medioambiental (Saarbrücken, 2011), p. 103.

Buena parte de la doctrina española comparte la idea de que el *ne bis in idem* constituye una derivación del principio de legalidad²², aunque esgrimiendo razones bien diversas para justificarlo. Por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA argumenta a partir de la redacción del art. 25 de su texto constitucional, pues cuando en éste se establece que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan “delito, falta o infracción administrativa”, se estaría consagrando una función excluyente de los tipos –por la conjunción disyuntiva “o” empleada en dicho precepto– de modo que una conducta “podrá ser tipificada como delito, como falta o como infracción administrativa, pero no como todas o varias de estas figuras a la vez”²³. Esta conclusión ha sido muy criticada porque se enfrenta a una realidad normativa en que no es extraño que el mismo comportamiento constituya un delito y una infracción administrativa al mismo tiempo, de modo que muchas disposiciones quedarían sin piso constitucional; en realidad, ese es un fenómeno inevitable e, incluso según algunos, necesario²⁴. GARCÍA ALBERO, en cambio, conviene en que el fundamento del *ne bis in idem* radica en el principio de legalidad, pero porque le asigna una función garantizadora positiva añadida a su tradicional función negativa de determinar “a contrario” ámbitos de libertad. La función positiva consistiría en asegurar que para los hechos subsumibles en el tipo no han de producirse consecuencias diversas a las previstas. “La sanción asignada a cada ilícito expresa el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta, y se impone con pretensión de agotar tal desvalor. De ahí se infiere que la pretensión de volver a sancionar una ilicitud vulnera el

²² En este sentido GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem* material y concurso de leyes penales (Barcelona, 1995), p. 79 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional (Madrid, 1985), pp. 246-247; GARCÍA PLANAS, Gabriel, Consecuencias del principio “*non bis in idem*” en Derecho penal, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 42, N° 1 (1989), p. 123; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Ne bis in idem*: significados constitucionales, en Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal, pp. 885-903 (Madrid, 1993), p. 891; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal, en *Revista de Administración Pública*, N° 126 (1991), pp. 253, 293 y 281 y SUAY RINCÓN, José, La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia, en *Justicia Administrativa*, N° Extraordinario (2001), pp. 7, 23 y 28.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, ob. cit., p. 246. Similar CANO MATA, Antonio, Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas, en *Revista de Administración Pública*, N° 119 (1989), p. 216.

²⁴ GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem* material y concurso de leyes penales, ob. cit., p. 79 y DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio *ne bis in idem* (Barcelona, 1998), p. 408.

principio de legalidad, pues supone, de modo indirecto, rebasar los límites de la sanción prefijados”²⁵.

En esta última explicación ya se advierte una cierta vinculación con el principio de proporcionalidad, que buena parte de la doctrina y la misma jurisprudencia constitucional añade como fundamento de la prohibición de doble sanción. Porque, ciertamente, parece difícil sostener que el principio de legalidad, concebido fundamentalmente como una garantía formal y con sus exigencias tradicionales —*lex scripta, certa, stricta y praevia*— incorpore a su vez y en todo su alcance la prohibición de una doble sanción²⁶. Es bien evidente que si un tribunal sanciona dos veces a una misma persona por un mismo hecho, invocando una misma disposición, estaría infringiendo las exigencias que emanan del principio de legalidad, pues su resolución estaría en contradicción con lo que establece *esa ley* en la que basa su pronunciamiento: en ella se dice que corresponde aplicar *una* determinada sanción y si el tribunal la aplica *dos* veces la está aplicando en forma incorrecta²⁷. Pero también es notorio que el *ne bis in idem* va mucho más allá de esa situación, y se refiere a la posibilidad de que existan diversas disposiciones —penales o administrativas—, que

²⁵ GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem* material y concurso de leyes penales, ob. cit., pp. 82-83. De acuerdo CANO CAMPOS, Tomás, *Non bis in idem* prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador, ob. cit., pp. 207-208, plantea que así se refuerza la aplicabilidad del principio *ne bis in idem* incluso en aquellas hipótesis en que la imposición de una sanción penal y otra administrativa no resulte desproporcionada. También PÉREZ MANZANO, Mercedes, La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*, ob. cit., pp. 72-75.

²⁶ Cfr., inicialmente, ARROYO ZAPATERO, Luis, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 8 (1983), pp. 19-20; CUERDA RIEZU, Antonio, Concurso de delitos en el borrador de anteproyectos de Código Penal de 1990, ob. cit., p. 846, aunque afirma que “no puede criticarse, por lo menos de entrada, el recurso al principio de legalidad”, luego estima carente de todo sentido aludir específicamente al principio de tipicidad como fundamento del *non bis in idem*, pues este principio “no impide ni una duplicidad de sanciones ni en general una duplicidad de efectos jurídicos, siempre que tales sanciones o efectos estén regulados taxativamente”; DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, ob. cit., p. 417 y ss.; HUERTA TOCILDO, Susana, Principio de legalidad y normas sancionadoras, en *Actas de V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (Madrid, 2000), p. 53 y JAÉN VALLEJO, Manuel, Principio constitucional *ne bis in idem*: a propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003, en *Actualidad jurídica Aranzadi* N° 584 (2003), p. 4. Entre nosotros se hacen eco de estas críticas MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno, ob. cit., p. 142, EL MISMO, El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, ob. cit., p. 548 y PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad* (Santiago, 2010), p. 257. En sentido opuesto ORTIZ QUIROGA, Luis y ARÉVALO CUNICH, Javier, Las consecuencias jurídicas del delito (Santiago, 2013), p. 106, extienden la garantía de legalidad, entendiendo que ella supone que “un delito deberá ser castigado con una pena legal proveniente de una ley, no de dos ni de tres de ellas”.

²⁷ No es más que un error aritmético y, en ese sentido, lógico, dice MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno, ob. cit., p. 142.

se refieran a un mismo hecho, sancionándolo. Entonces la referencia al principio de legalidad no es suficiente para dejar de aplicar alguna de esas disposiciones, y resulta necesario recurrir al principio de proporcionalidad y a la prohibición de exceso que se deriva del mismo, para impedir una doble valoración de un mismo hecho como base para el doble castigo.

Ahora bien, algunos presentan el principio de proporcionalidad como un corolario de legalidad²⁸, mientras otros los yuxtaponen, como argumentos diversos que se suman²⁹. Lo primero se explica en tanto que al establecer una determinada

²⁸ En alguna medida, es lo que plantea GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem* material y concurso de leyes penales, ob. cit., pp. 82-83, seguido por CANO CAMPOS, Tomás, *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador, ob. cit., pp. 207-208. Solo por motivos prácticos, HUERTA TOCILDO, Susana, El derecho fundamental a la legalidad penal, ob. cit., p. 101, entiende que pese a “no constituir, *stricto sensu*, una derivación inmediata del principio de legalidad penal, dada su falta de conexión con la doble función de garantía de la libertad individual y de la seguridad jurídica que se atribuye a este último principio”, ha sido oportuna su incorporación “por obra y gracia de una interpretación integradora” al ámbito de actuación del derecho subjetivo a la legalidad penal, con la consiguiente posibilidad de invocarlo en vía de amparo.

El Tribunal Constitucional español considera, en general, que la desproporción de las sanciones previstas en un tipo penal constituye una vulneración del principio de legalidad, vid. STC 136/1999; de acuerdo con ello HUERTA TOCILDO, Susana, Principio de legalidad y normas sancionadoras, ob. cit., p. 59. En el mismo sentido FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (trad. Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, 2001), p. 398, para quien “el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delictio* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico”. Asumiendo que no existen criterios naturales para ello, estima que se trata de “un problema moral y político, es decir, exclusivamente de legitimación externa”, en que es esencial la primera fase de predeterminación legal en la decisión de los límites máximos y mínimos de la pena.

²⁹ Así CANO CAMPOS, Tomás, *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador, ob. cit., pp. 208-209, plantea el recurso al principio de proporcionalidad de modo subsidiario, para el evento en que no se admita la funcionalidad excluyente del principio de legalidad; PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, ob. cit., pp. 72-75, asumiendo, en lo que a la legalidad se refiere, tanto la exigencia de previsibilidad de las consecuencias como la idea de una función positiva (excluyente) de la tipicidad. También HUERTA TOCILDO, Susana, Principio de legalidad y normas sancionadoras, ob. cit., p. 53 y QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Ne bis in idem*: significados constitucionales, ob. cit., pp. 890-891.

El Tribunal Constitucional español ha evolucionado en ese sentido, pues sus sentencias más recientes anticipan e independizan la infracción de la proporcionalidad frente a la afectación de la legalidad, al afirmar que la doble sanción “supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, *además*, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones”, STC 77/2010, FJ 4º (el destacado es nuestro). En su par colombiano también se advierte esa tendencia a plantear la proporcionalidad no como mero corolario, sino como un argumento que se suma al de

sanción para un delito se supone que el legislador ha considerado la magnitud del hecho, su gravedad, en relación con la magnitud de la pena que impone; existe entonces un equilibrio o correspondencia entre la gravedad del delito, la perturbación causada, y la pena que es capaz de reestabilizarla. El principio de proporcionalidad exige mantener esa adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción, la que queda plasmada en la valoración que hace el legislador. Según el Tribunal Constitucional español, “*esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de los que habrán de actuar los criterios de graduación, pero aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como ‘auto-suficiente’ desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido*”³⁰.

Esto aparece siempre vinculado, en la jurisprudencia constitucional española, con la idea de lograr una mayor certeza subjetiva, pues la garantía material de no ser sancionado dos veces por lo mismo tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada “*en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente*”³¹.

Pero de este modo progresivamente la argumentación apunta a una razón de fondo para proscribir la duplicidad de sanciones frente a una misma infracción que no es otra que la proporcionalidad. Tal como sostiene buena parte de la doctrina española³², el principio de proporcionalidad es el fundamento de la prohibición

la legalidad, pues últimamente sostiene que “el principio *non bis in idem* es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material”, sentencias C-121-12, fundamento 17º, y C-632-11, fundamento 6.3.

³⁰ STC español 154/1990, FJ 3º.

³¹ STC español 154/1990, FJ 3º y STC 77/2010, FJ 4º.

³² CUERDA RIEZU, Antonio, Concurso de delitos en el borrador de anteproyectos de Código Penal de 1990, ob. cit., p. 844-845; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, El principio: *non bis in idem* (Madrid, 2003), p. 101, aunque a través del principio de culpabilidad; MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem* y derecho penal. Definición, patología y contrarios (Murcia, 2006), p. 109; STC 48/2007 de 12 de marzo. ARROYO ZAPATERO, Luis, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, ob. cit., p. 19, lo plantea como “la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos”. En principio parece la posición también de CANO CAMPOS, Tomás, *non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador, ob. cit. —“el fundamento de la prohibición de *bis in idem* reside

de *bis in idem*, el que “a su vez descansa en el criterio de la igualdad y que es reducible en último extremo a la idea de Justicia”³³.

En definitiva, si se asume que la sanción asignada a cada ilícito por el legislador expresa necesariamente todo el desvalor que el ordenamiento atribuye a una determinada conducta, entonces el *ne bis in idem* se fundamenta en la proporcionalidad como corolario de la legalidad. Pero si no se comparte la premisa inicial, el juicio de proporcionalidad podríamos decir que se *independiza* y habrá de evaluarse de modo mucho más genérico, mientras que el principio de legalidad se mantiene como una garantía formal asociada, fundamentalmente, a la interdicción de arbitrariedad estatal.

El problema de la referencia a la proporcionalidad es que constituye una idea imprecisa e insegura, que además tiende a confundirse con otros conceptos como los de ponderación o razonabilidad, al punto que algunos han llegado a dudar de su necesidad y utilidad³⁴ o no pasan de calificarlo como un sustento “complementario” de la prohibición de *bis in idem*³⁵.

Todo este debate en torno al fundamento del principio *ne bis in idem* tiene repercusiones en diversas cuestiones de orden práctico, comenzando por la delimitación de quienes se ven vinculados por la prohibición: si solo el juez³⁶ o también el legis-

realmente en la desproporción y arbitrariedad” p. 204–, pero luego se inclina por apoyarlo en la funcionalidad excluyente que le asigna al principio de legalidad, pues de este modo es posible proscribir la duplicidad de sanciones incluso en el evento en que la imposición de ambas no resulte desproporcionada (p. 208). Por su parte, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios (Madrid, 2012), p. 197, no solo lo fundamenta en la interdicción de desproporción, sino que incluso como un límite frente a la legalidad estricta porque cuando se pretende imponer una doble sanción “por mucho que se haya constatado la infracción de la norma formal, resultaría desmedida una reacción sancionatoria”.

³³ CUERDA RIEZU, Antonio, Concurso de delitos en el borrador de anteproyectos de Código Penal de 1990, ob. cit., p. 846.

³⁴ PEDRAZ PENALVA, Ernesto y ORTEGA BENITO, Victoria, El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas, en *Poder Judicial N° 17* (1990), pp. 69-100, p. 74 cit. por RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes, El principio *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador, ob. cit., p. 112. El mismo TC español cuestiona que el principio de proporcionalidad pueda invocarse de forma autónoma y aislada, “ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta proporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad” STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3. También la STC 136/1999 FJ 22, y STC 73/2000).

³⁵ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, Acumulación de sanciones penales y administrativas, ob. cit., p. 426.

³⁶ Así es en la consideración del Tribunal Supremo español, por ejemplo, la STS 1594/1985 de 15 de marzo, FJ 4, dice que “su cumplimiento, insistimos, corresponde, no al que elabora y

lador³⁷. Cuando se afirma que se apoya en el principio de legalidad, por razones de seguridad jurídica y para evitar que al ciudadano se le aplique una sanción distinta de la especificada en la ley, parece que la prohibición vincula solo al sentenciador o adjudicador, pues es él quien queda obligado a respetar la decisión del legislador, la valoración que éste ha realizado y que se manifiesta en la pena establecida en la ley. Si el propio legislador decide que un mismo hecho sea doblemente sancionado, sea que se conciba el principio de legalidad como garantía de certeza subjetiva o previsibilidad respecto de la reacción estatal, o bien como límite a la arbitrariedad estatal, la posibilidad de imponer esa doble penalidad no estaría en contradicción con dicha garantía: si la doble penalidad ha sido decidida por el órgano competente, a través de leyes que describen expresamente la conducta y que son previas al hecho, para los ciudadanos será previsible la posibilidad de sufrir una doble sanción y no existiría una arbitrariedad estatal; al menos no la clase de arbitrariedad que el principio de legalidad busca evitar. En consecuencia, al legislador nunca se le podría imputar una vulneración del principio *ne bis in ídem*. Para defender esta afirmación se agrega, también, que si el legislador puede establecer dos penas en una misma disposición (penas copulativas) o en varias disposiciones dentro de un mismo sistema (penas accesorias) ¿Por qué no podría hacerlo a través de dos disposiciones, de distintos sectores del ordenamiento –penal y administrativo– aplicables en procedimientos y por distintos órganos competentes?³⁸

aprueba la norma, sino al que la aplica en aquellos supuestos en que un mismo acto o hecho pueda estar tipificado y sancionado en más de un precepto punitivo”. También la STS 3817/2000, de 24 de abril, FJ 5, afirma que “el principio *non bis in ídem* no se vulnera por una doble tipificación del mismo hecho, es decir, porque exista un concurso de normas punitivas, sino sólo cuando se apliquen las dos normas”. (Hay que distinguir) “entre la doble sanción por unos mismos hechos y la previsión de la misma infracción en distintas normas, pues cuando menos, en principio, ello no afecta al principio *non bis in ídem*, que lo que prohíbe no es una distinta regulación y sí una doble sanción por unos mismos hechos”.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, ob. cit., p. 247 entiende, sobre la base de la consagración constitucional del principio de legalidad, que “una determinada acción u omisión estará incluida en un tipo penal o en un tipo de infracción administrativa, nunca simultáneamente en ambos, y esa inclusión, en todo caso, tendrá que ser obra de la Ley”; similar CANO MATA, Antonio, Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas, ob. cit., p. 216. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, Acumulación de sanciones penales y administrativas, ob. cit., p. 175 sostiene que el *ne bis in ídem* se basa en la seguridad jurídica –necesariamente vinculada al principio de legalidad– y que “debe proyectarse al momento mismo de toma de decisión por parte del legislador de la creación de las normas sancionadoras y al proceso de construcción de los propios ilícitos”.

³⁸ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio *ne bis in ídem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, ob. cit., p. 560 y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime y

Por el contrario, si la prohibición de sancionar dos veces por lo mismo se sustenta en razones de proporcionalidad, y más en concreto, en la idea de evitar excesos punitivos, entendemos que el principio alcanza tanto al adjudicador como al propio legislador.

Es verdad que entre nosotros se ha planteado expresamente lo contrario³⁹ y, concibiendo el *ne bis in idem* como regla⁴⁰, se afirma que el legislador resultaría obligado únicamente por el principio general de proporcionalidad como estándar supra-legal, el que “*jamás* podrá ser identificado con el principio *ne bis in idem*”⁴¹. Sin embargo, no nos parece estrictamente necesario ni conveniente adoptar esa concepción restrictiva del *ne bis in idem*, porque podemos convenir en que una de las exigencias que impone el principio de proporcionalidad al propio legislador es evitar incurrir en la doble valoración de lo mismo, evitar sus propias “redundancias” o, en todo caso, establecer los mecanismos para que el juez pueda prescindir de sanciones que supongan una duplicidad valorativa sobre el mismo contenido de ilicitud. Al establecer la pena para un ilícito, los requisitos de proporcionalidad exigen que ésta sea adecuada al contenido de ilicitud de la conducta prohibida; luego, el legislador no puede establecer otra pena para ese *mismo ilícito*, con la intención de que este sea doblemente sancionado: existiría una forma específica de desproporción derivada de la doble valoración. Ese aspecto propio de la prohibición de exceso que es exigible al legislador bien puede ser denominado, abreviadamente, como *ne bis in idem*⁴².

ALARCÓN JAÑA, Pablo (coords.), Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (Santiago, 2014), pp. 571-572.

³⁹ “El principio *ne bis in idem* representa un estándar vinculante para el adjudicador, pero no sin más, al menos directamente, para el legislador”, y “si hay base suficiente para atribuir al legislador la sobrevaloración de una misma propiedad de determinado hecho, entonces esa sobrevaloración no es *prima facie* interpretable como redundancia, sino como énfasis en su valoración negativa” dice MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno, ob. cit., p. 143, EL MISMO, El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, ob. cit., (2014) p. 549, y agrega que incluso si se aceptara la “razonabilidad de un modelo regulativo que pudiera condicionar la aplicación de normas de sanción administrativa a la falta de aplicación de normas de sanción penal en relación con un mismo hecho [...] el legislador no se encuentra obligado a adoptar semejante modelo regulativo, precisamente porque, por definición, el legislador no resulta alcanzado por la prohibición de punición múltiple”.

⁴⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal, ob. cit., p. 572.

⁴¹ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, ob. cit., p. 549.

⁴² HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal, ob. cit., p. 572 añade: “Sólo la comprensión del *ne bis in idem* como límite de las prerrogativas del legislador en cuanto *exceso concreto* prohibido por el principio de

La cuestión del fundamento también incide en otros aspectos bien puntuales, como la discusión relativa a si la prohibición resulta infringida con la mera declaración de imposición de una sanción⁴³ o si requiere la efectiva reiteración sancionadora, por estimar que solo entonces se vería afectado el principio de proporcionalidad⁴⁴.

III. POSICIONES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL⁴⁵

En las decisiones de nuestro Tribunal Constitucional no se advierte una inclinación totalmente clara o decidida en torno al fundamento del *ne bis in idem*, en ninguna de las posiciones que –por acoger o rechazar– se han planteado en los diversos pronunciamientos en que ha debido abordar el punto en los últimos años.

a) Votos por acoger los recursos

En algunos votos por acoger los recursos de inaplicabilidad se encuentran referencias directas a la legalidad, al sostener que el principio *ne bis in idem* encuentra cobertura primordialmente en el artículo 19 N° 3 inciso sexto relativo al debido proceso, pero también en el inciso noveno⁴⁶, esto es, el que dispone que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”⁴⁷. La razón de fondo estaría en que:

proporcionalidad, permite una comprensión y aplicación materialmente fundada y no meramente mecánica, sin ningún fundamento plausible, de la idea contraria al doble castigo”.

⁴³ Como se señalaba en la STC español 177/1999, basándose en el principio de seguridad, cfr. JAÉN VALLEJO, Manuel, Principio constitucional *ne bis in idem*, ob. cit., p. 6.

⁴⁴ STC español 2/2003; al haber sido descontada por el órgano jurisdiccional la sanción administrativa (multa y suspensión) no ha habido una duplicación –bis– de la sanción constitutiva del exceso punitivo proscrito por el art. 25.1 de la Constitución.

⁴⁵ Para facilitar la identificación de las dos posiciones que coexisten al interior de nuestro Tribunal Constitucional, con sus respectivos argumentos, en general aludiremos a ellas solo como el voto o posición de rechazo, que corresponde al de quienes han estado por rechazar la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y el que está por acoger los recursos, que corresponde a quienes estiman vulnerado el principio *ne bis in idem*, sin precisar en todo caso cuál fue la resolución definitiva (la que ha quedado establecida en citas previas de las resoluciones pertinentes), debido a la inestabilidad en estas decisiones que, por ahora, impiden reconocer una verdadera *jurisprudencia* constitucional.

⁴⁶ Vid. votos por acoger de la SSTC Rol N° 2236, considerando 4°; Rol N° 2402 y Rol N° 2403, considerando 5° en ambas.

⁴⁷ En varios de estos fallos también se alude a que las disposiciones en cuestión carecen absolutamente de una descripción de la conducta –un acto voluntario–, o bien que ésta es amplísima, lo que vulnera los requisitos de tipicidad. V.gr. SSTC Rol N° 2045, considerando 6° y Rol N° 1960, considerando 6°. Pero esta constituye una crítica en cierta medida independiente, aunque en el

“Es perspicuo que de su artículo 19, N° 3, inciso noveno, se infiere sin dificultad que la ley ha de realizar una conjugación coherente y equilibrada al establecer las ‘penas’ junto con describir la ‘conducta’ sancionada”⁴⁸.

Esto significa, en consecuencia, que una doble condena por un mismo hecho no se aviene con el principio de proporcionalidad de las penas, pues no respeta –más precisamente, duplica– la retribución coherente y equilibrada que la ley ha debido establecer en relación con la conducta sancionada. En otras palabras, aunque no se diga expresamente en estos términos, la exigencia de proporcionalidad resultaría implícita en la garantía de tipicidad, y de allí deriva la prohibición de juzgar o condenar doblemente por un mismo hecho.

En otras ocasiones, la referencia a la proporcionalidad es inmediata, no a través de legalidad sino sumándose a dicha garantía. Sobre la base de que el principio *ne bis in idem* deriva de la dignidad personal y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana⁴⁹, el Tribunal agrega que:

“De este principio de proporcionalidad se prescinde manifiestamente cuando, como en la especie, por la comisión de un mismo hecho se sanciona más de una vez al responsable”⁵⁰ o cuando “a las dos penas de multa impuestas por dos infracciones graves, cualesquiera que éstas sean, se adiciona la de suspender la licencia de conducir sin tener en cuenta si las conductas en que incurrió anteriormente el infractor o los antecedentes del mismo, revelan una especial peligrosidad que amerite la aplicación de la suspensión de la licencia de conducir”⁵¹.

caso concreto resulta íntimamente relacionada con la que alude a una eventual infracción del *ne bis in idem*, pues la no descripción de una conducta –en sí misma una infracción al principio de legalidad– sirve de argumento para demostrar que el comportamiento en cuestión no es otro que el que ya había sido sancionado previamente.

⁴⁸ Votos por acoger, disidentes, en SSTC Rol N° 1968, considerando 10° y Rol N° 2133, considerando 14°. Esto también se traduce en que, por su vinculación con la proporcionalidad, es necesario que la conducta se describa con mayor precisión cuanto más grave sea la pena anunciada (considerando 11° y considerando 15°, respectivamente).

⁴⁹ Considerando 4° de las SSTC Rol N° 2045 y Rol N° 2254, que acogen el recurso, y del voto por acoger en SSTC Rol N° 1960 y Rol N° 2108, entre otras. Existe también una referencia a la vulneración de la tipicidad, porque la figura en cuestión (el art. 207 b de la Ley N° 18.290) no describe comportamiento alguno (considerando 6° en todas). Lo plantea claramente como una adición de argumentos la STC Rol N° 2236, voto por acoger, considerando 4°.

⁵⁰ STC Rol N° 1960, voto por acoger, considerando 8°. En los mismos términos STC Rol N° 2254, considerando 8°.

⁵¹ STC Rol N° 2045, que acoge el recurso, considerando 8°. Se advierte aquí una morigeración del argumento, pues implícitamente se está aceptando la posibilidad de una segunda sanción si se comprueba una especial peligrosidad: estaríamos frente a los mismos hechos, pero esa nueva sanción se apoyaría en un diverso fundamento.

Por lo demás, en los votos por acoger los recursos de inaplicabilidad la crítica a la desproporción del castigo aparece en forma recurrente e, incluso, independiente de la duplicidad de sanciones. Así, por ejemplo, la posibilidad de excluir del Registro Oficial de Contratistas de la Administración a quienes hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, que dispone el artículo 4° de la Ley N° 19.886, es considerada un castigo injustificado y desproporcionado en sí mismo, que equivale a la “prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado”, que el artículo 8° de la Ley N° 20.393 “*reserva para sancionar conductas tan aviesas como el lavado y blanqueo de activos, el financiamiento del terrorismo y la facilitación de la corrupción*”⁵². De modo similar, en relación con la pena de suspensión de la licencia de conducir que prevé el art. 207 letra b) de la Ley N° 18.290, afirma que “*por su desproporción y ausencia de fundamento objetivo puede afectar la garantía que recoge el artículo 19 N° 7, letra a), de la Constitución, en cuanto impone una condición que impide el libre ejercicio del derecho a trasladarse de un punto a otro del territorio*”⁵³. Por último, en cuanto a la posibilidad de clausurar un establecimiento o faena hasta por 10 días en caso de que exista una nueva infracción laboral, estipulada en los artículos 34 y 35 del D.F.L. N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, se denuncia que “*al no establecerse límites o criterios que reserven la clausura para la sanción de infracciones de una gravedad determinada, permite que la misma sea a infracciones que no justifican una sanción de esa magnitud*”⁵⁴.

En este contexto, resulta bastante evidente que la infracción al principio *ne bis in idem* se imputa directamente al legislador.

b) Votos por rechazar los recursos

Al rechazar los respectivos recursos de inaplicabilidad la referencia al fundamento del *ne bis in idem* ha sido mucho más escueta, limitada a reconocer su vigencia por la referencia a las garantías de debido proceso o, cuanto menos, a través de su consagración en diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país⁵⁵.

⁵² Votos por acoger, disidentes, en SSTC Rol N° 1968, considerando 13° y Rol N° 2133, considerando 17°.

⁵³ STC Rol N° 2045, considerando 13°, especialmente porque esta es una “circunstancia que adquiere relieve en cuanto concierne a una persona, la requirente, que debe utilizar su vehículo habitualmente en el ejercicio de su profesión (médico cirujano)”. También las SSTC Rol N° 1960, Rol N° 2018 y Rol N° 2254.

⁵⁴ STC Rol N° 2346, voto por acoger, considerando 30°.

⁵⁵ SSTC Rol N° 1968, considerando 41°, Rol N° 2045, considerando 41°, Rol N° 1960, considerando 16°, Rol N° 2108, considerando 16° y 2133, considerando 23°.

Por otra parte, desde esta posición se tiende a diferenciar nítidamente entre las consideraciones de proporcionalidad y la eventual vulneración de doble valoración⁵⁶, presentándolas siempre por separado.

Otra diferencia con la posición anterior radica, aparentemente, en la consideración sobre quién resulta obligado por la interdicción de *bis in idem*, pues en las consideraciones de los ministros del Tribunal Constitucional que se han inclinado por rechazar los recursos de inaplicabilidad, se afirma:

*“Que la prohibición del non bis in ídem implica una restricción de carácter procesal, por un lado, y una restricción de naturaleza material o sustantiva, por otro, ambas, en principio, restricciones que vinculan al sentenciador”*⁵⁷.

Y de modo todavía más rotundo:

*“(…) la prohibición del non bis in ídem tiene como destinatario de referencia normativa fundamental al juez sentenciador que, en el caso concreto, debe resolver si es que un hecho sometido a un procedimiento radicado en su competencia ya ha sido juzgado, siguiendo la regla clásica de coincidencia de sujetos, hecho y fundamento, o, si el comportamiento que ha de ser juzgado se describe y sanciona en diversas disposiciones sin fundamento para ello (prohibición de doble valoración)”*⁵⁸.

⁵⁶ Así se advierte, especialmente, en la crítica que desde esta posición se formula a la composición del voto mayoritario para acoger el recurso en la STC Rol N° 2045, pues en este se habría rebasado el deber de sujeción argumentativa al que se encuentra vinculado el Tribunal. Lo que se reprocha es que la mayoría solo se alcanzó en torno a las consideraciones sobre proporcionalidad, y no en los que se referían al *non bis in idem* (contenidas en los considerandos cuarto a séptimo), que era la razón invocada por el requirente. Sin embargo, no nos parece que la crítica sea del todo acertada, pues el voto de mayoría se pronuncia sobre la base de una infracción al principio de proporcionalidad, del que “*se prescinde manifiestamente cuando, como en la especie, a las dos penas de multa impuestas por dos infracciones graves, cualesquiera que éstas sean, se adiciona la de suspender la licencia de conducir sin tener en cuenta si las conductas en que incurrió anteriormente el infractor o los antecedentes del mismo, revelan una especial peligrosidad que amerite la aplicación de la suspensión de la licencia de conducir*” (considerando 8°); es decir, se entiende que la proporcionalidad resulta afectada, precisamente, por la posibilidad de imponer varias sanciones por el mismo hecho y sin nuevo fundamento.

⁵⁷ Voto por rechazar, disidente, en STC 2045, considerando 38°, seguido de una extensa cita de un informe del profesor MAÑALICH. Lo mismo se repite en los votos por rechazar, considerandos 11° y 12°, de las SSTC Rol N° 1960, 2108 y 2236; y en el considerando 17° de las SSTC Rol N°s. 2402 y 2403.

⁵⁸ Voto por rechazar, disidente, en STC 2045, considerando 40°, en empate, considerando 13° de las SSTC Rol N° 1960, 2108 y 2236; y de mayoría considerando 19° en las SSTC Rol N° 2402 y 2403. Se afirma incluso que “*es el juez sentenciador, por regla general, y no esta Magistratura, el que debe utilizar las herramientas de solución que el legislador le otorga para evitar juzgar o sancionar dos veces a una persona por un mismo hecho, si es que en el caso concreto se da tal hipótesis*”, STC Rol N° 1960, voto por rechazar, considerando 18°. Lo peculiar, en ese caso, es que el requerimiento ante el TC había sido planteado precisamente por el Juez de Policía Local que debía imponer las sanciones.

La idea de que solo el juez es quien queda obligado por este principio parece quedar reafirmada cuando se insiste en la libertad del legislador para definir el delito, los bienes jurídicos que pretende tutelar, y las sanciones a imponer, que pueden ser varias:

“El legislador en materia penal tiene libertad para definir los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la sanción punitiva. Por tanto, es perfectamente admisible que una conducta pueda infringir diversos bienes jurídicos generando una multiplicidad de penas. Así las posibilidades sancionatorias son amplias y muchas veces el legislador podrá concurrir, legítimamente, a fijar penas principales, penas accesorias, penas penales junto a sanciones administrativas o consecuencias no penales derivadas o anudadas a una pena penal”⁵⁹.

En principio, desde esta posición parece que la única limitación para el legislador es la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes, sin especificar qué se entiende por tales:

“el principio non bis in idem vincula al legislador al prohibirle establecer penas crueles, inhumanas o degradantes, abriéndole un campo material y formal de decisión bastante amplio para definir, determinar y disponer comportamientos valorados negativamente y el establecimiento de penas proporcionales asociadas a dicho comportamiento, mientras no excedan ese baremo y mientras los sentenciadores dispongan de los mecanismos para evitar que una persona se vea doblemente sancionada y/o juzgada por el (los) mismo(s) fundamento(s) y hecho(s). En este sentido, la libertad reconocida al legislador, dentro de estos parámetros, es vasta y debe presumirse”⁶⁰.

Ahora bien, pese a la insistencia en que la libertad del legislador le permitiría fijar varias penas respecto de un mismo comportamiento, en todas estas consideraciones ello queda enmarcado dentro de las exigencias de proporcionalidad y siempre que el sistema proporcione los mecanismos para que el juez no llegue a sancionar dos veces por lo mismo⁶¹. Más todavía, la posibilidad de establecer varias sanciones, penales y administrativas, para un mismo comportamiento –según la opinión de los ministros que estamos comentando– está condicionada a que dicho

⁵⁹ Voto por rechazar, disidente en STC Rol N° 2045, considerando 44°; de mayoría en las SSTC Roles N°s. 2402 y 2403, considerando 23°, y en empate en SSTC Roles N°s. 1960, 1961, 2018, 2108 y 2236, considerando 17° en todas ellas.

⁶⁰ STC Rol N° 2045, voto disidente de rechazo, considerando 41°; voto de mayoría SSTC Roles N°s. 2402 y 2403, considerando 20°; y en empate SSTC Roles N°s. 1960, 1961, 2018, 2108 y 2236, considerando 14° en todas ellas.

⁶¹ “En todas las situaciones, habrá que estar al caso concreto de cautela de los bienes jurídicos protegidos, su proporcionalidad y su respeto a la interdicción de la doble incriminación por el triple fundamento de identidad en la persona, la conducta y sus fundamentos” concluyen las SSTC 2045, voto de minoría, considerando 44° (el mismo en que reconocía la libertad del legislador para establecer multiplicidad de penas).

comportamiento “*infrinja diversos bienes jurídicos*”, según afirma en los párrafos que acabados de transcribir.

Pero entonces, si cada infracción está referida a uno de esos “diversos” bienes jurídicos, y por eso pueden aplicarse conjuntamente, ya no se puede decir que con ellas se esté sancionando “lo mismo”, porque existiría diversidad en el fundamento de las respectivas sanciones. Y, *a contrario sensu*, no se podrían establecer varias penas si todas las infracciones concurrentes estuvieran referidas a sancionar un único comportamiento para la protección de un mismo bien jurídico. Al menos, el legislador debe procurar establecer los mecanismos para evitar que una persona se vea doblemente sancionada y/o juzgada por el (los) mismo(s) fundamento(s) y hecho(s).

De este modo, se está admitiendo un límite a la libertad del legislador: si bien puede establecer una multiplicidad de penas, no puede pretender que todas ellas sean impuestas a un mismo sujeto, por un mismo hecho y con idéntico fundamento. En otras palabras, el legislador queda también obligado por el *ne bis in idem*.

Así se entiende mejor que desde esta misma posición por rechazar los recursos de inaplicabilidad, se cite la jurisprudencia de su par colombiano⁶², cuando afirma que el *ne bis in idem*

*“no es sólo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales (...) Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos. Dicha permisión puede materializarse de diferentes formas, todas contrarias a la Constitución. De tal manera que la única forma en que el legislador viola dicho principio no se contrae a la autorización grosera de que quien hubiere sido absuelto en un juicio penal puede volver a ser juzgado exactamente por la misma conducta ante otro juez nacional cuando un fiscal así lo solicite, mediante una acusación fundada en el mismo expediente. El principio non bis in ídem, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción”*⁶³.

Ahora bien, la controversia sobre una eventual vulneración de la prohibición de *bis in idem* se va a resolver en cada caso dependiendo, en gran medida, del alcance que se le otorgue a la afirmación previa sobre la libertad que se reconoce al legislador “*para definir los bienes jurídicos que pretende cautelar*”. Pues si esa libertad le permitiera *definir* o *denominar* de distinto modo lo que materialmente constituye un mismo interés o bien jurídico, entonces fácilmente se podría superar la restricción que impone el principio *ne bis in idem* a través de un verdadero fraude de etiquetas. Sin embargo, es bien evidente que este no es un subterfugio

⁶² En SSTC Rol N° 1968, considerando 39° y Rol N° 2133, considerando 25°, votos suscritos por los mismos pero con otro ministro redactor.

⁶³ CC Colombia C-115-08, fundamento 4.1.

que se pretenda emplear, pues en cada voto de rechazo de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se ha argumentado latamente para demostrar que los bienes jurídicos son diversos en cada una de las disposiciones concurrentes: en el caso de la Ley N° 19.886, se afirma que la condena previa al pago de indemnizaciones se debe a un despido injustificado y tiene como fundamento la necesidad de sancionar el atropello al trabajador, mientras que la exclusión del Registro Oficial de Contratistas constituye una causa de inhabilidad debida a la falta de idoneidad para contratar con la Administración⁶⁴. De modo similar, en relación con el artículo 207 letra b) de la Ley N° 18.290, luego de acentuar que el derecho a movilizarse por las vías públicas mediante vehículos motorizados consiste en una actividad riesgosa, necesariamente regulada y que no corresponde al ejercicio de una libertad natural, se concluye que:

“el fundamento de la pluralidad de infracciones está orientado a apreciar un disvalor diferente a aquel que incurre en una infracción común de tránsito”; pues ellas *“demuestran el incumplimiento del mínimo esencial que todo conductor debe tener: respeto por los derechos de terceros puesto en peligros potenciales por conductores que manifiestan un alto nivel de desaprensión y desafección de la norma”*⁶⁵.

Así, la suspensión de la licencia de conducir es prácticamente despojada de su carácter sancionatorio para entenderla como un efecto o consecuencia necesaria por el hecho de carecer de los requisitos mínimos que se exigen para concederla: respeto por los derechos de terceros puestos en peligros potenciales⁶⁶.

En otros casos se califica la supuesta sanción como una “medida de protección” en un caso concreto. Por ejemplo, así se justifica la clausura por reincidencia en las infracciones sancionadas por los inspectores del Trabajo, en el caso de una empresa de buses cuyas infracciones a la legislación significaban la exposición a peligro de pasajeros y otros conductores y vehículos que transitan por las vías públicas:

*“cuando el Código del Trabajo le encarga a la Dirección del Trabajo fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral, en especial, de las normas de higiene y seguridad, la facultad no sólo para sancionar, sino para poner pronto remedio a situaciones que puedan resultar riesgosas para los bienes jurídicos que están detrás de la legislación infringida, cosa que hizo mediante la aplicación de la sanción de clausura”*⁶⁷.

⁶⁴ STC Rol N° 1968, considerandos 42° y 43°, y Rol N° 2133, considerandos 27° y 28°.

⁶⁵ STC Rol N° 2045, voto disidente, considerando 12° (y 49°). Similar, STC Rol N° 1960, voto por rechazar, considerando 30° ss. y especialmente 46°; STC Rol N° 2108, voto por rechazar, considerando 29° ss.

⁶⁶ STC Rol N° 1960, voto por rechazar, considerando 46°.

⁶⁷ STC Rol N° 2346, voto por rechazar, considerando 63°.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como decíamos al comenzar, nadie pone en duda la vigencia del *ne bis in idem* en nuestro ordenamiento jurídico, pero lo que sí resulta discutido es su fundamento, su soporte constitucional y su alcance o incidencia en situaciones concretas.

En cuanto a la primera de estas cuestiones discutidas, los diversos caminos terminan por confluir, en último término, en el principio de proporcionalidad para proscribir una doble sanción. Sea que sus exigencias impliquen al legislador desde un primer momento y a la hora de establecer la sanción por un ilícito, sea que se dirija más bien al juez al decidir sobre la aplicación de diversas sanciones posibles.

Por otra parte, el análisis de nuestra jurisprudencia constitucional nos permite advertir que la diversidad de pareceres no dice relación con la configuración del principio ni sus exigencias, sino más bien con la constatación en cada caso de si estamos o no frente al *idem*, a “lo mismo” a la hora de establecer varias sanciones: para algunos los supuestos enjuiciados terminan por sancionar dos veces lo mismo, mientras que para otros cada sanción corresponde a un diverso contenido de *injusto*.

Incluso, en ciertos casos se llega a cuestionar si estamos frente al *bis*, esto es, a una duplicidad de sanciones, pues algunas consecuencias que impone la ley no son consideradas sanciones propiamente tales.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, Luis, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 8 (1983), pp. 9-46.
- CANO CAMPOS, Tomás, *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador, *Revista de Administración Pública* 191 N° 156 (2001), pp. 191-249.
- CANO MATA, Antonio, Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas, en *Revista de Administración Pública* N° 119 (1989), pp. 199-232.
- COUSIÑO MACIVER, Luis, Derecho penal chileno. Parte general. Tomo I (Santiago, 1975).
- CUERDA RIEZU, Antonio, Concurso de delitos en el borrador de anteproyectos de Código Penal de 1990, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo 44*, N° 3 (1991), pp. 821-866.
- CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal. Parte General (Santiago, 2005).
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio “*ne bis in idem*” (Barcelona, 1998).
- ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal. Parte general, Tomo I (Santiago, 1998).
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, Tribunal constitucional y derecho penal: un estudio crítico, en *Estudios Constitucionales Año 12* N° 2 (2014), pp. 187-238.

- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (trad. Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, 2001).
- GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem* material y concurso de leyes penales (Barcelona, 1995).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional (Madrid, 1985).
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Gonzalo, El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, en *Estudios Constitucionales Año 11 N° 2* (2013), pp. 229-282.
- GARCÍA PLANAS, Gabriel, Consecuencias del principio *non bis in idem* en Derecho penal, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales Tomo 42 N° 1* (1989), pp. 109-124.
- GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal. Parte General, Tomo I (Santiago, 2009).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ALARCÓN JAÑA, Pablo (coords.), Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (Santiago, 2014), pp. 567-586.
- HUERTA TOCILDO, Susana, Principio de legalidad y normas sancionadoras, en *Actas de V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (2000), pp. 11-79.
- HUERTA TOCILDO, Susana, El derecho fundamental a la legalidad penal, en *Revista española de derecho Constitucional N° 39* (1993), pp. 81-113.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, Principio constitucional *ne bis in idem*: a propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003, en *Actualidad jurídica Aranzadi N° 584* (2003), pp. 1-5.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, El principio: *non bis in idem* (Madrid, 2003).
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno, en *Revista de Estudios de la Justicia N° 15* (2011), pp. 139-169.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, en *Política criminal Vol. 9 N° 18* (2014), pp. 543-563.
- MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem* y derecho penal. Definición, patología y contrarios (Murcia, 2006).
- ORTIZ QUIROGA, Luis y ARÉVALO CUNICH, Javier, Las consecuencias jurídicas del delito (Santiago, 2013).
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* (Valencia, 2002).

- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad (Santiago, 2010).
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General (Santiago, 2004).
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Ne bis in idem*: significados constitucionales, en *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal* (2003), pp. 885-903.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal, en *Revista de Administración Pública N° 126* (1991), pp. 253-293.
- RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes, El principio *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador. Sector medioambiental (Saarbrücken, 2011).
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios (Madrid, 2012).
- SUAY RINCÓN, José, La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia, en *Justicia Administrativa N° Extraordinario* (2001), pp. 7-28.