



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 10.571-21-INA

[7 de octubre de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DEL
ARTÍCULO 209, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 18.290

LUIS ENRIQUE JERÉZ FUENTES

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1801225506-K, RIT N° 178-2019, SEGUIDO ANTE
EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO

VISTOS:

Introducción

A fojas 1, Luis Enrique Jeréz Fuentes deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 209, inciso segundo, de la Ley N° 18.290, de Tránsito, en el proceso penal RUC N° 1801225506-K, RIT N° 178-2019, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El precepto legal cuestionado dispone:



“Si los delitos a que se refieren los artículos 193 y 196 de la presente ley, fueren cometidos por quien no haya obtenido licencia de conducir, o que, teniéndola, hubiese sido cancelada o suspendida, el tribunal deberá aumentar la pena en un grado”.

Antecedentes, gestión pendiente y conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

El actor consigna que, en el juicio sublite, fue acusado por el Ministerio Público como autor del delito de conducción en estado de ebriedad sin obtener licencia de conducir, establecido en el artículo 196, inciso primero, en relación al impugnado artículo 209, inciso segundo, ambos de la Ley N° 18.290, de Tránsito. Señala que el precepto será aplicado decisivamente por el Tribunal de Juicio Oral, agregando que esa aplicación vulnera lo dispuesto en el artículo 19 N°2, inciso segundo, y 19 N° 3, incisos primero y sexto, de la Constitución Política de la República, y en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En efecto, la norma opera como regla de agravación de la pena del delito establecido en el artículo 196, inciso primero, y como ha acontecido en el caso sublite, el Ministerio Público, solicitó se le impusiera la pena de 3 años de presidio menor en su grado medio, multa de 4 Unidades Tributarias Mensuales, la suspensión e inhabilitación para licencia de conducir por 2 años, más las accesorias legales, encontrándose pendiente la realización de la audiencia de juicio oral.

Luego, dicha aplicación agravada de la pena, infringe las normas constitucionales y supranacionales que consagran el derecho fundamental de a un procedimiento e investigación racionales y justos, y en la especie, deriva en una vulneración al principio del non bis in ídem, que prohíbe un doble juzgamiento o sanción por los mismos hechos, afectándose asimismo en el caso sublite los principios de dignidad personal, y de proporcionalidad, entendido este último como la necesaria adecuación o correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho y la reacción penal del Estado, así como la prohibición de excesos en dicha reacción punitiva.

En la especie, el actor afirma que, antes ya fue sometido a condena en sede infraccional, ante el Juzgado de Policía Local de Cunco, que lo condenó al pago de 3 UTM por la infracción gravísima de “conducir vehículo motorizado con certificado de revisión técnica vencida y sin haber obtenido licencia”, y ahora se configura una doble persecución y a una doble punición: en sede administrativa y en sede penal, y por los mismos hechos, lo que repugna a la normativa y principios constitucionales invocados. Así, existiendo ya condena administrativa, el órgano persecutor fiscal, aplicando el impugnado artículo 209, busca, además, en sede penal, privar de libertad al requirente, y con la pena aumentada en un grado, pasando ésta de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado medio. El sólo hecho que exista esta doble persecución en sedes distintas refleja la desproporción del tratamiento que



el legislador brinda al actor, y la necesaria declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado.

Tramitación y observaciones al requerimiento

El requerimiento fue admitido a trámite, y declarado admisible por la Primera Sala de este Tribunal Constitucional (fojas 30 y 51), misma que ordenó la suspensión en procedimiento en la gestión judicial invocada.

Conferidos los traslados de fondo a las demás partes y a los órganos constitucionales interesados, fueron formuladas oportunamente observaciones por el Ministerio Público, instando por el rechazo del requerimiento deducido en todas sus partes.

En su presentación de fojas 60, el persecutor penal manifiesta que no se vislumbran las infracciones constitucionales alegadas. Como se indicó, el requirente fue acusado como autor de manejo en estado de ebriedad sin haber obtenido licencia de conducir, y estima que la norma cuestionada lo afectaría en la igualdad ante ley, proporcionalidad y debido proceso, lo que en síntesis apoya en la existencia de un proceso infraccional seguido ante un Juez de Policía Local, por los mismos acontecimientos que se juzgan en sede penal; lo que, cree el actor, sería una doble persecución por un mismo hecho.

Sin embargo, indica el Ministerio Público, la supuesta afectación del non bis in ídem planteada, se encuentra cabalmente fuera de la órbita del inciso segundo del artículo 209 cuestionado, que no contiene elemento alguno que suponga o amenace la sanción doble que se objeta, desde que ésta derivaría en realidad, de la existencia de un procedimiento distinto de naturaleza infraccional. Esto, puede ser un elemento a ponderar por el tribunal oral penal, pero, en caso alguno, deriva de la aplicación del artículo cuestionado en esta sede de inaplicabilidad.

No puede, en consecuencia, pretender el requirente excluir reglas por la vía de la acción de inaplicabilidad, sin siquiera explicar en la especie cómo se configura un conflicto constitucional por la aplicación de la norma, al tiempo que sus garantías de defensa en nada se afectan en la sede penal subjudice.

Vista de la causa y acuerdo

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 18 de agosto de 2021, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el Relator, quedando adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia con la misma fecha.

**Y CONSIDERANDO:****I. Algunas referencias sobre el caso concreto.**

PRIMERO. Que, Rodrigo Sandoval Silva, abogado, en representación de don Luis Enrique Jeréz Fuentes, dedujo recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 9 inciso 2º, de la Ley 18.290, de Tránsito, pues a su juicio la aplicación de este precepto legal, en el contexto de la causa RIT Nº 178-2019, por el presunto delito de conducción en estado de ebriedad y sin licencia de conducir – establecido en el artículo 196 inciso 1º, en relación con el artículo 209 inciso 2º, ambos de la Ley Nº 18.290-, al vulnerar los artículos 19 Nº 2 inciso 2º; 19 Nº 3, inciso 1º y 6º de la Constitución Política de la República, y el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

SEGUNDO. En el mismo sentido, el actor, a foja 05, precisa que el precepto legal impugnado es decisivo en la gestión pendiente, toda vez que *“(...) al existir una Audiencia de Juicio Oral a realizarse en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, en la que necesariamente deberá conocerse del hecho punible contenido en la acusación y, en consecuencia, el fundamento fáctico y jurídico que la sustenta, entre ellas el precepto contenido en el artículo 209 inciso 2º de la Ley 18.290, la que opera como norma de agravación de la pena del delito establecido en el artículo 196 inciso primero del citado cuerpo legal”*.

TERCERO. A reglón seguido, a fojas 06 y siguientes, el requerente arguye que la aplicación del precepto legal impugnado infringe las disposiciones constitucionales precisadas, infringiendo el principio de igualdad ante la ley, el debido proceso y el principio de proporcionalidad de las penas, destacando a tal efecto lo siguiente:

1. Respetto de la supuesta infracción del artículo 19 Nº 3 inciso 6º de la Constitución política.

- El principio de proporcionalidad de las penas, se reconoce como garantía del derecho a un procedimiento y a una investigación racional y justa. En tal orden, indica que *“(...) resulta cuestionable que la aplicación, en el caso concreto, del precepto legal impugnado se ajuste al principio de proporcionalidad, en la medida que éste establece una prohibición de exceso en la relación punitiva del Estado, prohibición que aquí parece incumplirse”*.
- En esta línea argumental, sostiene que *“la falta de racionalidad es tal que, una persona puede verse enfrentada a una doble persecución y a una doble punición: en sede administrativa y en sede penal, por los mismos hechos (...)”*. Fundamenta que esta situación se evidencia en el caso concreto, toda vez que el Juzgado de Policía local de Cunco, ordenó la apertura de un procedimiento infraccional respecto de su representado (causa Rol 21.705-18-P), por los hechos ocurridos con fecha 07 de diciembre del 2018 – por conducir vehículo motorizado en estado de ebriedad, sin haber obtenido licencia de conducir-, la que culminó con sentencia condenatoria, obligándolo al pago de una multa de 3 Unidades



Tributarias Mensuales, suma que, según indica, fue ingresada en arcas municipales con fecha 16 de mayo del 2019. En contra punto, aduce que el hecho ya sancionado, se ve contenido nuevamente en el escrito de acusación del Ministerio Público, verificándose, por tanto, una segunda persecución, esta vez en sede penal, a su entender, intentando privar de libertad a su representado, pues la norma contenida en el artículo 209 inciso 2º de la Ley 18.290, aumenta en un grado la pena asignada al delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, pasando ésta de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado medio, esto es de 541 días a 3 años. De tal modo, a su juicio, el solo hecho que exista una doble persecución en sedes diferentes, reflejaría la desproporción del tratamiento que el legislador ha dejado en manos del ente persecutor.

- Finalmente, sobre este punto el actor indica que la investigación que sustenta el Ministerio Público, que debe sujetarse a parámetros de racionalidad y justicia, no puede utilizarse como una forma de volver a penar conductas que ya fueron sancionadas en sede administrativa, para incrementar la magnitud de la sanción, sin justificación racional. Hecho que, a su parecer, se traduciría en una infracción al principio del “non bis in ídem” en su vertiente procesal y amenaza con configurarse como una infracción al mismo principio en su faz material, hecho con el cual se infringiría lo dispuesto en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. Respecto de la supuesta infracción del artículo 19 Nº 2 inciso 2º de la Constitución.

- El actor señala, a foja 10, que la ineludible aplicación del precepto legal impugnado, a partir de la acusación presentada por el Ministerio Público, amenaza con infringir la prohibición de doble valoración, que debe alzarse como una expresión de la prohibición de exceso, en el contexto del ejercicio de las potestades sancionadoras y jurisdiccionales y, en consecuencia como una manifestación del principio de proporcionalidad, el debido proceso y la igualdad ante la ley.

II. De la fenomenología del riesgo y la concurrencia de dolo eventual en la conducción en estado de ebriedad y sin licencia de conducir.

- **De la fenomenología del riesgo en la conducción de vehículos motorizados.**

CUARTO. Es un hecho indiscutible que muchas de las actividades que los sujetos realizan, cotidianamente, conllevan un riesgo para las personas e, incluso, la sociedad, y la conducción vehicular no es la excepción. Al tratarse de una actividad de interacción humana, en la cual los sujetos participan desde múltiples posiciones (ya sea como conductores, pasajeros o peatones), actuando sobre un mismo escenario, la previsibilidad del riesgo resulta trascendental, tanto para promover un tráfico vial eficiente, como para distribuir las responsabilidades de cada uno de ellos. En virtud de lo anterior,



es de la esencia precisar un estándar de comportamiento vial de cada uno de estos sujetos, el cual está traducido en específicos deberes, todos los cuales obedecen a cuetsiones de cuidado por la vida y la integridad física de terceros en el uso de bienes nacionales de uso público como lo son las calles, deberes que se determinan de manera expresa y delimitada a nivel de leyes, las normas de Tránsito, derivando de ellos infracciones y delitos según la entidad de la reprochabilidad de su infracción. Es impreterible que, dicha actividad de conducción de vehículos motorizados debe desarrollarse en cumplimiento a ellas, a fin de precaver, restringir o evitar la ocurrencia de un hecho calificable como delito o infracción que afecten a terceros, como consecuencia de la generación antijurídica de un peligro, en una conducta que basta ser imprudente o culposa para ser punible, y que en lenguaje sencillo se traduce en el simple ejercicio del derecho de poder salir a la calle sin “normalizar” la posibilidad de morir en el intento por la mala conducción ajena de vehículos.

QUINTO. En virtud de lo anterior, surge, como norma especial, la Ley N° 18.290, sobre Tránsito, que establece la regulación para el tránsito legal por las vías públicas, destinadas al uso público o que sean de acceso público (artículo 1). Existiendo a tal efecto, una regulación, coherente, sistemática y necesaria, desde la perspectiva administrativa y penal, encontrándose consagrados entre los artículos 190 a 209 de la Ley N° 18.290, los hechos típicos, antijurídicos y culpables, así como las respectivas sanciones frente a hechos de conducción contrarios al ordenamiento de tráfico vial en Chile, anotada bajo el título <<de los delitos, cuasidelitos y de la conducción bajo la influencia del alcohol, en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas>>.

SEXTO. Que, en tal sentido, en el Párrafo 3 del Título XVII del la Ley N° 18.290, se establecen variantes de interdicción sobre la facultad de intervenir en el tránsito o circulación vial, como consecuencia de la conducción de vehículos motorizados, mediante sanciones administrativas (artículo 207) sanciones penales accesorias (establecidas en el artículo 208) un tipo delictivo específico como consecuencia del quebrantamiento de condena (conforme al artículo 209 inciso 1º) y, una circunstancia agravante específica de efecto extraordinario, aplicable exclusivamente sobre los artículos 193 y 196 de dicha norma, como consecuencia de la comisión del delito por quien no haya obtenido licencia de conducir, o que, teniéndola, hubiese sido cancelada o suspendida, caso en el cual el tribunal “deberá” aumentar la pena en un grado (artículo 209, inciso 2º).

SÉPTIMO. Que, por otra parte, en los artículos 199 a 206 de la Ley N° 18.290, ya singularizada, se establece un catálogo de ilícitos administrativos, precisándose gradaciones respecto a las infracciones o contravenciones ahí establecidas, distinguiéndose entre infracciones leves, menos graves, graves y gravísimas.

OCTAVO. Que, si bien, como se ha podido adelantar el tránsito vial, en sí, implica un sin numero de riesgos, como consecuencia de los múltiples factores



que inciden en dicha actividad humana, muchas veces desarrollada mediante la utilización, o con apoyo, de medios mecánicos y/o electrónicos; dicha actividad, asociada a la libertad de desplazamiento, y orientada a satisfacer intereses de relevancia social, requiere un punto de equilibrio entre el ejercicio de tal libertad y la garantía de la seguridad vial, además del respeto de la vida e integridad ajena, equilibrio que en el caso chileno es establecido, regulado y promovido por las normas legales ya citadas, que precisan un ámbito de intervención y deberes, asociados a la distribución de responsabilidades de quienes intervienen en la actividad de conducción, obedeciendo a un fin constitucionalmente legítimo, y además primario, como lo es el dar protección a la población y garantizar su vida e integridad (artículos 1° y 19, numeral 1°, de la CPR). De modo tal, que el hecho, para que derive en reprochado, deberá superar en el caso concreto un estándar de riesgo lícito o mínimo, además de concurrir en materia de tránsito el evidente elemento de la representación, actual o potencial, de la peligrosidad de la conducta. Así, el sujeto que ha incurrido en la conducta reprochada, incumplimiento de los mínimos deberes de cuidado establecidos a nivel de ley, deberá “responder” pues ha aceptado conscientemente así el riesgo de la producción del resultado, hecho que sin dudas, en el caso concreto, corresponderá al Juez del fondo determinar.

- **Del dolo eventual en la conducción en estado de ebriedad y sin licencia de conducir.**

NOVENO. Que, sin perjuicio del carácter concreto del examen realizado por este sentenciador, es necesario realizar breve referencia en torno a la tipología de responsabilidad dolosa, específicamente, en torno al dolo eventual, que se articula sobre requisitos de peligrosidad respecto del bien jurídico tutelado – calificado en torno al riesgo-, elementos cognitivos y volitivos.

DÉCIMO. Que, en tal sentido, siendo desde ya jurídicamente reprochable, es imposible obviar que la verificación de un posible dolo o culpa con representación, en caso de la circulación vial mediante vehículo motorizado en estado de ebriedad, implicará el balance entre el nivel real de incidencia de la sustancia en las capacidades del imputado y la posibilidad de que un tercero pudiese haber visto lesionado sus intereses, físicos o patrimoniales, por la ocurrencia del hecho reprochado en infracción a un elemental deber de cuidado, sin perjuicio de la concurrencia en el mismo de causas basales autónomas y per se infraccionales, como no respetar una señalética de pare o ceda el paso, o una luz roja de semáforo. Es decir, el tipo subjetivo se sustenta en la representación de acción de conducción y la afectación por las consecuencias físicas del consumo de alcohol en un delito consumado, en una infracción ab initio de un deber de cuidado, por tanto existe no solo un reproche a tal desprecio por la diligencia, sino también una conexión entre el



resultado y la acción de conducción, conforme a los elementos del tipo objetivo de que se trate, que puede ser de los contenidos entre los artículos 193 y 196 de la ley de tránsito.

Cabe señalar que la producción del resultado dañoso en materia de tránsito es plenamente previsible, y que de concretarse el riesgo la lesión de derechos de terceros se produce en fracción de segundos, siendo usual que revista un carácter irreversible al traducirse en la muerte o en lesiones graves. Es eso lo que se busca evitar mediante la regulación de tránsito, y las sanciones infraccionales y penales, con todos sus elementos de graduación, son parte legítimamente de sus instrumentos regulatorios.

III. De los delitos de conducción vehicular en Chile.

UNDÉCIMO. Que, los delitos tipificados en la Ley N° 18.290 admiten algunas distinciones *“En primer lugar, se pueden reconocer tipos delictivos donde lo castigado es conducir un vehículo en contravención a determinadas reglas administrativas de circulación, los que aquí se denominan <<delitos de conducción vehicular>> establecidos en los artículos 193, 194, 196 y 209, inciso 1. En segundo lugar, los artículos 195 y 195 bis tipifican el infringir precisas obligaciones impuestas a quienes intervinen en el flujo vehicular, diferentes a las condiciones exigidas exclusivamente para <<conducir>> un vehículo, razón por cual se denominan <<delitos de incumplimiento de deberes en el tráfico rodado>>. Finalmente, se tipifican <<otros delitos contra la ordenación del tráfico>> previstos en los artículos 190, 191, 192, 192 bis, inciso 6º, 194 bis, inciso quáter, quinquies, sexies, septies, octies, y artículo 198, los cuales apuntan al castigo de una heterogénea gama de de conductas que interfieren en mayor o menor medida con el diseño institucional en materia de circulación vehicular”* (Bascur Retamal, G. (2020). Delitos contra la ordenación del tráfico vial en Chile. Revista de Estudios de la Justicia, (32), 105-178. doi:10.5354/0718-4735.2020.55622).

DUODÉCIMO. Que, conforme a lo que importa a este voto de mayoría, el Título IX, de la Ley N° 18.290, en el artículo 109 inciso 1º, se establece la prohibición general *“ninguna persona podrá conducir un vehículo cuando se encuentre en condiciones físicas o psíquicas deficientes”*. De lo que se sigue, cual es el bien jurídico protegido, en tanto condición sine qua non para generar condiciones de seguridad y riesgos previsibles, asociados a deberes regulados por ley en el tránsito vial. Ello por cuanto, una conducción bajo el efecto del alcohol o drogas, afecta las capacidades de reacción y de control sobre un vehículo, efecto biológico que redundará, ineludiblemente, en el adecuado dominio del vehículo durante su circulación (infringiendo de este modo, el principio contenido en el artículo 108 de la norma referida), afectando así la garantía de la seguridad vial.

DECIMOTERCERO. Que, en dicho orden, el legislador ha previsto un tipo base, que sanciona el conducir infringiendo la prohibición señalada



precedentemente, así como agravantes específicas, como la del artículo 209 inciso 2º, de dicha disposición.

DECIMOCUARTO. Que, siguiendo la misma línea argumentativa, la Ley N° 18.290 contempla requisitos, controles y procedimiento para obtener los diversos tipos de licencia de conducir, lo que implica garantía de idoneidad y seguridad. Además de existir en la misma ley un amplio conjunto de conductas prohibidas para todo conductor, entre las cuales hay figuras infraccionales y penales, algunas de peligro y otras de resultado, que reconocen como razón de su establecimiento la garantía y respeto de terceros para la cautela y protección de sus derechos (Ver en este sentido, sentencia Rol N° 1888, considerandos 18º, 19º, 20, 21º) en una actividad altamente riesgosa y dañosa, en contra de la integridad física y la vida de las personas, lo que significa que es claro y alto el reproche de figuras ligadas a actividad de conducción, lo cual a su vez tiene un correlato en la entidad de las sanciones, como ocurre en el caso de la agravante específica del artículo 209, inciso 2º.

A. Sobre el delito de conducción de vehículo motorizado en condiciones físicas o psíquicas deficientes. Configuración del delito consagrado en el artículo 196 inciso 1º, de la Ley 18.290.

DECIMOQUINTO. Que, como se ha adelantado, el artículo 196, inciso 1º de la Ley 18.290, establece una prohibición expresa de *“conducir vehículos bajo los efectos psicofísicos propios de la ingesta de alcohol”*, precepto que debe ser concordado con lo dispuesto en los artículos 109, inciso 1º y 110, inciso 2º del mismo cuerpo normativo, pues de ocurrir la hipótesis prohibida, ello implicará sobrepasar el umbral del riesgo permitido, en acciones propias de la conducción de vehículos motorizados. De tal modo, concurriendo **(a)** el hecho de la conducción, y **(b)** la infracción a los preceptos recién referidos, se configura la acción típica, que será gradada conforme al estado de deficiencia ocasionado por el consumo de alcohol.

DECIMOSEXTO. Que, en este orden, el legislador estableció un tipo base, donde el lugar de realización de la acción es un elemento típico implícito, en tanto hay dos elementos estructurales del tipo, que representan el elemento típico de contexto situacional, que da cuenta del umbral de riesgo permitido, pues de verificarse el reproche, se asume la ocurrencia de un peligro concreto -por infringir los deberes específicos de previsión y control de riesgo inherentes al rol de conductor-. Así, en el ordenamiento jurídico la figura base, de mera actividad, conlleva la sanción de la tentativa según las reglas generales *“(…) En el caso de que la persona se apreste a conducir bajo la influencia del alcohol, en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, el juez aplicará la sanción indicada en el artículo 193 o 196, disminuida o en grado de tentativa, según corresponda”* (artículo 182, inciso 3º de la Ley N° 18.290), por cuanto la distinción entre los actos preparatorios y ejecutivos será de relevancia.



DECIMOSÉPTIMO. Que, a reglón seguido, precisado el tipo base del delito, en relación al tipo subjetivo, es posible destacar que este es doloso, pues para dar principio a su ejecución es suficiente la representación de la acción de conducción y sufrir los efectos del consumo de alcohol. En esta misma línea, la profesora Tatiana Vargas Pinto señala que *“No parece haber dudas sobre el nexo objetivo entre la conducta peligrosa y la perturbación de bienes individuales, si se dan dentro del contexto de riesgo. Las interrogantes se plantean frente a exigencias subjetivas. Aún así, el dolo de peligro, el conocimiento de los riesgos para la seguridad vial, aparentemente cubren al menos conductas imprudentes respecto de la afectación de bienes individuales. De este modo, quien conduce en estado de ebriedad, y tiene dolo respecto de la conducción y del peligro para la seguridad vial, también puede representarse la posible lesión de la vida o de la salud de alguna persona”* (Vargas Pinto, T. (2020) *La progresiva objetivación de la responsabilidad penal a raíz de recientes modificaciones a la Ley de tránsito*. Ackerman n Hormazábal, I., editor. *Imputación penal y culpabilidad*)

B. Sobre la aplicación de la agravante específica establecida en el artículo 209 inciso 2º de la Ley 18.290, en el caso concreto, y la supuesta infracción de las normas constitucionales aducidas por el requirente.

DECIMOCTAVO. Que, el artículo 209, inciso segundo, impugnado en autos establece *“(...) Si los delitos a que se refieren los artículos 193 y 196 de la presente ley, fueren cometidos por quien no haya obtenido licencia de conducir, o que, teniéndola, hubiese sido cancelada o suspendida, el tribunal deberá aumentar la pena en un grado (...)”*. Esta norma permite reconocer tres supuestos, que derivan en una circunstancia agravante.

DECIMONOVENO. En relación al hecho de “ser sorprendido realizando la acción de conducción sin encontrarse habilitado administrativamente” esta situación, excepcionalmente, configura la hipótesis de ser agravante -dado que por regla general, manejar sin licencia de conducir implica sólo un ilícito administrativo, conforme al artículo 199, número 2-. Sin embargo, en el caso de incurrir en el delito de conducción bajo la influencia del alcohol, consagrado en el artículo 196, inciso 1º, comprobándose, adicionalmente, que ese hecho reprochado ocurrió sin encontrarse habilitado administrativamente para conducir, como en el caso de marras, ello implicará – como consecuencia del valor que el legislador le ha dado a la protección de bienes jurídicos individuales y sociales, vinculados con la salud y patrimonio de los sujetos- que el sentenciador del fondo, eventualmente, aplique el contenido de dicho precepto como una circunstancia modificatoria.

i. De la supuesta infracción al principio del “ne bis in ídem”

VIGÉSIMO. Que, en relación con la supuesta transgresión del principio del non bis in ídem, es dable considerar que tal como ha apuntado esta magistratura (STC Rol 3000, c. 7º), que *“(...) el principio non bis in ídem, en cuya*



virtud nadie puede ser juzgado ni condenado doblemente por un mismo hecho, deriva de la dignidad de la persona humana y encuentra cobertura primordialmente en el artículo 19 N° 3, de la Carta Fundamental, en tanto en el párrafo sexto, cuando previene que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, cuanto en el párrafo noveno, al prevenir que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Respecto al mismo, este Tribunal ha considerado que dicho principio, que importa que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede verse expuesto a sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución penal, es base esencial de todo ordenamiento penal democrático. Agregando que dicha interdicción del múltiple juzgamiento y la sanción se sustenta en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad, cuyo fundamento constitucional emanan de la naturaleza humana. Ha sostenido que su transgresión constituye un atropello a las bases de la institucionalidad, así como a la garantía de una investigación y un procedimiento racionales y justos” (STC Rol 4795, c. quadragésimo sexto) (En el mismo sentido, STC Rol 2045, c. 4º; 2254, c. 4º; 2773, c. 31º; 2186, c. 4º)

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, la garantía penal del “ne bis in ídem” implica una restricción de carácter procesal y una de carácter material o sustantiva establecida para el sentenciador. Así, la prohibición “ne bis in ídem”, implicará que el Juez de fondo resuelva si un hecho sometido a un proceso radicado dentro del ámbito de su competencia, ya ha sido resuelto, siguiendo para tal efecto la regla de triple identidad (sujetos, hechos y fundamentos), o si el comportamiento sancionado se describe o sanciona en diversas disposiciones sin fundamento para ello – en contravención con la prohibición de doble valoración-. De tal forma, el “ne bis in ídem” no prohíbe que un mismo infractor pueda ser objeto de dos sanciones por un mismo hecho, en tanto la imposición de una y otra sanción respondan a un fundamento jurídico diverso, como ocurre en el caso de marras.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, en el caso de autos, la aplicación del inciso 2º del artículo 209 de la Ley N° 18.290, se presenta como una agravante especial, como consecuencia de conducir sin haber obtenido la respectiva licencia. Cuestión que, a juicio del requirente, conforme a lo resuelto en causa Rol N° 21.705-2018, del Juzgado de Policía local de Cunco, que rola a fojas 26 y 27, haría devenir en contraria a la prohibición “ne bis in ídem” la aplicación del precepto impugnado, en el contexto de la causa penal que sirve de gestión pendiente a la presente inaplicabilidad, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 199 de la misma Ley, ya habría sido sancionado en sede administrativa, con una “multa de 3 UTM y a la suspensión de su licencia de conducir, por 45 días, cuando la obtenga”.

VIGÉSIMO TERCERO. Que, en tal sentido, la sanción a la que el requirente fue sometido como consecuencia de la causa seguida ante el Juez de Policía Local de Cunco, y la eventual aplicación del artículo 209 inciso 2º de la Ley N° 18.290,



no comparten el mismo fundamento ontológico, en atención a la configuración de los hechos normativos sancionables -pues en la causa penal, el hecho de conducir sin licencia, es una agravante especial que se emplea de forma accesoria- y, en cuanto a los bienes jurídicos tutelados (pues en el caso de la sanción administrativa el bien jurídico cautelado es la seguridad vial como interés colectivo y entendida como la simple ausencia de accidentes, en tanto que el bien jurídico tutelado por el delito del artículo 196 inciso 1º, en relación con la norma impugnada, involucra la tutela de un interés jurídico complejo y específico de estándar más alto, configurado no solo con la seguridad en las vías públicas, sino también con la proscripción del daño a la vida e integridad de terceros en infracción a los deberes de cuidado establecidos como estándar de prevención a nivel de ley). Por tanto, sólo comparten la identidad subjetiva, más no la identidad en la configuración normativa de los hechos, ni en su fundamento jurídico. De tal modo, en el caso concreto, estos sentenciadores estiman que no existe una doble valoración de un mismo hecho o circunstancia, sino que, en la configuración normativa el legislador intenta expresar, de forma completa, el desvalor asignado a la infracción cometida. En tal orden, si la sanción emana de uno o más órganos, ello no supone, per se, la concurrencia de una “punición múltiple”, que si se encuentra prohibida en el ordenamiento jurídico.

VIGÉSIMO CUARTO. Que, en el caso de autos el Juzgado de Policía Local de Cunco, como consta a foja 27, sancionó al requirente por haber cometido las infracciones de **“conducir vehículo motorizado con certificado de revisión técnica vencida y sin haber obtenido licencia”**. En tanto, el Ministerio Público, a foja 20 y siguientes, acusa al imputado por los ilícitos de **“conducción en estado de ebriedad de vehículo motorizado sin haber obtenido licencia de conducir”**. Es decir, si bien la cuestión sometida al conocimiento y resolución del tribunal -Penal y Policía Local- se origina en el contexto del *control policial de un sujeto que conduce un vehículo motorizado*. De este hecho derivan diferentes consecuencias -infraccionales y penales-, cuyo conocimiento, conforme al factor materia, ha sido delimitado por el legislador, y radicado en diferentes sedes, a saber, Penal y Policía Local, respectivamente (cuestión que, atendido el principio de deferencia al legislador, no le corresponderá a esta Magistratura calificar).

VIGÉSIMO QUINTO. Así, siguiendo la misma línea argumentativa empleada por este Excelentísimo Tribunal Constitucional en la STC Rol 5121, c. 10º, en el caso concreto, la diversificación orgánica (concepto diferente al de punición múltiple. Ver en este sentido STC Roles 5932, c. 8º; 2254, c. 4º; 2773, c. 31º; 2186, c. 4º; 3000, c. 7º; 4779, c.7º) es consecuencia de la concurrencia de *“presupuestos fácticos diferentes”* (conducir con certificado de revisión técnica vencida y sin haber obtenido licencia de conducir y, por otra parte, conducir en estado de ebriedad sin haber obtenido licencia de conducir) conductas reprochables orientadas a cautelar bienes jurídicos diversos, y el distinto ámbito de



competencia de uno y otro Tribunal, por lo cual la premisa del principio invocado “*carece de congruencia con el aludido argumento de vulneración del principio ne bis in ídem*” pues sólo coincide, en este caso, la identidad subjetiva, siendo insuficiente ello para sobrepasar el baremo que se ha precisado para que una persona resulte doblemente sancionada (en este sentido ver STC roles 2045, considerando 41º, del voto disidente de rechazo; en votos de mayoría STC Rol 2402 y 2403, c. 20º; y en empate STC Roles 1960, 1961, 2018, 2236, en todas ellas el considerando 14º).

ii. De la supuesta infracción del artículo 19 N° 2, inciso 2º de la Constitución Política de la República.

VIGÉSIMO SEXTO. Que, el requirente, como se ha visto, indica que la supuesta vulneración al principio de doble valoración “*al alzarse como una prohibición de exceso en el marco del ejercicio de las potestades sancionadoras y jurisdiccionales (...)*” supone una vulneración de lo dispuesto en los artículos 19 N° 2, inciso 2º y 19 N° 3, incisos 1º y 6º de la Carta Fundamental, pero no precisa como, en el caso de marras, se verifica la referida infracción del artículo 19 N° 2, inciso 2º de la Constitución.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que este Excelentísimo Tribunal en su reiterada jurisprudencia ha señalado que “*La diferenciación de situaciones jurídicas resultará Constitucional, cuando además de tener un fin lícito, las consecuencias jurídicas de tal distinción resulten adecuadas y proporcionales al objetivo buscado (STC 1463 c. 33) (En el mismo sentido, STC 1951 c. 18)*”.

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, dicha concepción es coherente con el razonamiento expresado por este sentenciador en consideraciones previas, toda vez que no se infringe la prohibición de doble valoración, pues el proceso penal y administrativo sólo comparten una identidad subjetiva, por tanto se debe desestimar esta alegación.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6º, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- 1) QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES.**



- 2) **QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.**
- 3) **QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

DISIDENCIAS

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, quienes estuvieron por acoger el requerimiento por las siguientes consideraciones:

La impugnación

1°. Que, se solicita la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 209, inciso 2° de la Ley N°18.290, por considerar la parte requirente que la aplicación de la norma en el caso concreto ocasiona efectos contrarios a la Constitución Política, en especial, por vulnerar el principio non bis in ídem, consagrado en el artículo 19 N°3, inciso sexto, junto con el N°2 inciso segundo y N°3 inciso primero, ambos del mismo artículo y el artículo 5° inciso segundo, todos del texto constitucional;

2°. Que, el caso concreto, tiene su origen en los hechos ocurridos el 07 de diciembre de 2018 en la comuna de Cunco, los que originaron una infracción al tránsito como consta a fojas 24 del expediente constitucional: conducir vehículo motorizado sin haber obtenido licencia de conductor y certificado de revisión técnica vencido.

Por un lado, el requirente se encuentra condenado por el Juzgado de Policía Local de Cunco (causa Rol N°21.705-2018), como autor de una infracción gravísima por conducir vehículo motorizado con certificado de revisión técnica vencida y sin haber obtenido licencia, a una multa a beneficio municipal que asciende a 3 Unidades Tributarias Mensuales (fojas 27), la que se encuentra pagada el 16 de mayo de 2019 (fojas 28). Por otra parte, y con posterioridad al pago de la multa señalada, se inicia una investigación y se acusa al requirente, por el fiscal ante el Juzgado de Garantía de Temuco por el delito de conducción en estado de ebriedad de vehículo motorizado, sin haber obtenido licencia de conducir. En esta última sede, se encuentra pendiente la realización de la audiencia de juicio oral ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, bajo el RIT N°178-2019, que constituye la gestión judicial pendiente en estos autos constitucionales;

3°. Que, en este sentido, la requirente considera que existe una doble persecución y una doble punición en su contra, por los mismos hechos en sede



administrativa y penal. En la sede penal, el precepto legal impugnado establece el aumento de la pena cuando en la comisión de ciertos delitos no se haya obtenido licencia de conducir o en caso de tenerla, esta haya sido cancelada o suspendida. Y teniendo presente que, en la especie, ya fue condenado por el mencionado Juzgado de Policía Local por no haber obtenido licencia de conducir.

De este modo, el requirente estima que los hechos ya han sido castigados por el derecho administrativo sancionador y “se ven hoy contenidos en el escrito de acusación del ente persecutor, motivando una segunda persecución, esta vez en sede penal, buscando privar de libertad a mi representado [...]”, lo que a su juicio refleja la desproporción del tratamiento que el legislador ha dejado en manos del ente persecutor (fs. 8), lo que también supone a su juicio, infringir la doble valoración que “debe alzarse como una expresión de la prohibición de exceso en el marco del ejercicio de las potestades sancionadoras y jurisdiccionales, y en consecuencia como una manifestación del principio de proporcionalidad, el debido proceso y la igualdad ante la ley (fs. 10);

4°. Que, el precepto legal objetado contiene un agravamiento de la pena si el sujeto conduce un vehículo de tracción mecánica en estado de ebriedad sin tener la correspondiente licencia, sea por no haberla obtenido o por encontrarse cancelada o suspendida. A su vez el artículo 199 N°2 de la Ley N°18.290 califica como infracción o contravención gravísima conducir sin haber obtenido la licencia de conductor. En un caso estamos ante una conducta delictiva que corresponde conocer al juez con competencia en lo penal, y en la otra situación es competencia del Juez de Policía Local, dos aspectos muy distintos, ciertamente, donde no cabe la superposición. En este sentido, o lo juzga el tribunal del orden penal o bien lo hace el juez de Policía Local, pero lo que no puede ocurrir es que lo juzguen y sancionen ambos. Allí se estaría ante un exceso del jus puniendi del Estado;

El ne bis in Ídem y el caso concreto

5°. Que, esta Magistratura Constitucional ha señalado que el principio ne bis in ídem tiene su sustento constitucional en la dignidad de la persona y del respeto a los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, así como también cautelar la existencia de un procedimiento racional y justo (STC Rol N°2045, c.4);

6°. Que, el objeto del examen de constitucionalidad en estos autos consiste en determinar si ha habido una lesión al principio ne bis in ídem en cuanto se ha impuesto una sanción de multa al requirente en sede infraccional, y posteriormente en sede penal se le acusa criminalmente, ambas situaciones procesales basadas en los mismos hechos;

7°. Que, no es tolerable constitucionalmente sancionar a un sujeto dos veces por el mismo accionar, siendo el principio enunciado una garantía fundamental ante la persecución reiterada y un eventual doble castigo, lo que tiene lugar por la



dualidad de procedimientos lo que está prohibido en nuestro ordenamiento constitucional;

8°. Que, en el caso considerado concurren los elementos que configuran la doble incriminación, esto es, mismo sujeto, mismo hecho y mismo fundamento, en lo que dice relación con la imputación de conducir sin la licencia respectiva. Al efecto, el requirente fue condenado en un procedimiento infraccional como transgresor de una conducta gravísima, esto es, por conducir vehículo motorizado con certificado de revisión técnica vencido y sin haber obtenido licencia, y por la misma acción la justicia penal lo juzgará, de acuerdo a lo cual de dictarse sentencia condenatoria deberá el juez penal, por aplicación del artículo 209 de la ley del tránsito, aumentar la pena en un grado;

9°. Que, por consiguiente, en virtud del principio ne bis in ídem resulta contrario a la Carta Fundamental la aplicación del precepto legal impugnado puesto que sería aplicar una pena agravada por una acción que ya fue castigada en Policía Local, en lo que atañe a la conducción sin licencia.

Respecto a la conducción en estado de ebriedad, dicho comportamiento podrá ser juzgado atendido que no ha existido un enjuiciamiento al efecto. Toda esta situación ha sido ocasionada considerando que en su oportunidad el juez de la jurisdicción de policía local no se declaró incompetente, lo que debió hacer por concurrir un hecho que reviste los caracteres de delito, materia que la ley no entrega a su conocimiento;

10°. Que, en conclusión, de aplicarse en el caso concreto el precepto legal cuestionado, se vulneraría el principio ne bis in ídem y por lo tanto acarrearía efectos contrarios a la Constitución. De tal modo, que estos jueces constitucionales están por acoger el requerimiento deducido por los términos expuestos.

Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro señor NELSON POZO SILVA, quien estuvo por acoger en mérito únicamente de las siguientes razones:

1.- Que por razones metodológicas es necesario abordar el dilema constitucional planteado en esta causa en términos de visualizar la opción de que estemos en presencia de dos procesos paralelos en sedes diferentes o sencillamente, ante un doble enjuiciamiento que involucra el non bis in idem.

I.- SOBRE LA DICOTOMÍA GARANTÍA / DERECHO.

2.- El non bis in idem ha sido calificado como una garantía, en otras ocasiones se lo ha entendido como un derecho, en lo que ha constituido un debate común en torno a esa cuestión. Lo anterior obliga a que se efectúen consideraciones sobre el tema que, sin embargo, no ingresarán a la cuestión a escudriñar acerca del significado,



sentido y alcance de las palabras garantía y derecho, o de la conveniencia del uso primordial de alguno de esos términos. El uso de cualquiera de los dos términos, debe interpretarse que se habla de ellos como sinónimos, lo cual no es equivoco debido a que denotan un significado de transmitir: **las limitaciones normativas que se imponen al poder coercitivo estatal.**

Desde una visión del sujeto sometido a proceso, la realidad indica que poco importa si se le dice que posee un derecho o una garantía de prohibición de bis in idem. Su interés es poder acceder, de manera efectiva, a mecanismos de protección de ese derecho o de esa garantía. Resultan claves en su utilidad las palabras del procesalista Daniel Justo Pastor, quien, al referirse a esta clásica dicotomía pone de relieve que, independientemente de convencionalismos lingüísticos, "...no se trata de confundir los dos conceptos para anular a ambos. Se trata de que rijan, se llamen como se llamen. Otra y última vez: lo decisivo es únicamente el alcance de la prohibición que siempre es uno, y se lo trata como derecho o como garantía".*

Ambas palabras significarán lo mismo, principalmente nos referiremos al non bis in idem como una garantía, porque entiendo que es la mejor manera de expresar que estamos frente a un muro protector constituido en favor del individuo y que las fuerzas estatales no deben traspasar. Tal límite se encuentra dirigido por igual al legislador (al aprobar normas), como al poder administrador y al juzgador (al dictar reglamentaciones y de sancionar o sentenciar).

3.- Hablo de una garantía que, a nivel constitucional (en España por ej. por mandato jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional), le adjudica al ciudadano los medios procesales adecuados para evitar ser sometidos dos veces a lo mismo. En la práctica, no es diferente que decir que tiene el derecho fundamental a no ser juzgado ni procesado dos veces por un mismo hecho, siempre y cuando tal derecho vaya acompañado de los mecanismos procesales adecuados para que el ciudadano los pueda hacer valer ante la autoridad.

4.- No es del caso aseverar que, la posición de calificar el non bis in idem como una garantía unitaria, lo que quizá conlleve a una relativización de aquella división de ella en dos vertientes: la material y la procesal. Con ello se acentúa la idea de que la vulneración de cualquiera de esas manifestaciones debe ser desvalorada de igual manera por el ordenamiento jurídico.

Un efecto posible de integrar a la garantía en un concepto único, es el de, v. gr., interpretar que cuando alguna norma, nacional o internacional, consagra su protección, más allá de la terminología normativa empleada, debe entenderse siempre que abarca las dos vertientes.

* Daniel Justo Pastor, "¿Nuevas tareas para el principio ne bis in idem?, en la cultura penal homenaje al profesor Edmundo Hendler, Anitva y Teseco (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p.499.



5.- Finalmente cabe decir que, desde el punto de vista de su estructura típica, y en la clásica distinción, como enseña Ferrajoli, “entre garantías negativas (de los derechos de libertad) y garantías positivas (de los derechos sociales), unas consistentes en límites o prohibiciones de lesión, otras en vínculos u obligaciones de prestación”, puede ubicarse el non bis idem, en principio, como una **garantía negativa**, con obligaciones para los órganos estatales consistentes más en un no hacer que en llevar a cabo prestaciones positivas.[†]

II.- LA NECESIDAD DE UN DETERMINADO MODELO FILOSÓFICO JURÍDICO DEL CASTIGO

6.- Un segundo nivel de análisis, comienza por subrayar la importancia que pueda poseer la adopción de un concreto modelo punitivo iusfilosófico. Al igual que en el punto anterior, aquí no me limitaré a afirmar que la adopción de un modelo claro y conceptualmente consistente funciona, como un valioso aliado en el camino de la comprensión del fenómeno.

7.- Un contexto histórico de posguerra, entre otros, propició el desarrollo del sistema universal y regional de protección de derechos humanos fundamentales, al mismo tiempo que coadyuvó al fenómeno de creación de un nuevo paradigma de Constitución, democrático y garantista.

8.- Resultan esclarecedoras las observaciones sobre dicho proceso, lo expuesto por el constitucionalista mexicano, Salazar Ugarte, el cual efectúa al enumerar las principales características generales de tal “ola de constitucionalismo democrático”[‡].

“En términos generales los elementos de un modelo constitucional y democrático (surgido y madurado en los países de Europa occidental pero, luego, adoptado por América Latina y, después de la caída del muro de Berlín, en Europa del Este) son los siguientes: a) la vigencia de constituciones escritas, consideradas como normas supremas y caracterizadas por su rigidez; b) un amplio catálogo de derechos fundamentales (las más de las veces contenidos a través de formulaciones de principios susceptibles de ser interpretadas); c) principio de separación de poderes; d) mecanismos de control y garantía constitucionales en manos de tribunales especializados (Cortes o Tribunales Constitucionales), y e) constitucionalización de las instituciones y reglas propias de la forma de gobierno democrática (voto igual y libre partidos políticos, regla de mayoría, protección de los derechos de las minorías políticas, etc)”.

En el marco enunciado se han desarrollado un cúmulo de teorías y de pensamientos que, con diferencias entre sí, ofrecen similares posibilidades de

[†] Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, un discurso sobre derechos y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 112.

[‡] Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su definición distinción”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Manuel Atienza (dir.) Marcial Pons, Alicante, 2011, p. 290-291.



salvaguarda de la garantía, unitaria y negativa, de non bis in idem. Y ello resulta aplicable tanto desde perspectivas más bien positivistas que incorporen valores éticos (independientemente de la medida en que lo hacen) a las normas (dentro o fuera de una teoría constitucionalista), como desde posiciones inclinadas al iusnaturalismo ya que, en rigor, lo cierto es que todas estas teorizaciones, matizadas y sin llegar a sus manifestaciones extremas, permiten incorporar la visión del non bis in idem que ha adoptado este previniente.

9.- Por ejemplo los importantes puntos de coincidencia que el autor citado más arriba describe entre dos de las más importantes teorías: el garantismo y el neoconstitucionalismo, tomando como primer punto de encuentro entre ambas la aceptación del importante cambio de paradigma jurídico mencionando, en donde el imperio de normas constitucionales reemplaza al vetusto imperio de la ley, que queda así sujeta (formal y materialmente) a la Constitución, que a su vez, es entendida especialmente como protectora de derechos fundamentales. Dice Salazar Ugarte⁵: *“...los documentos constitucionales que nos ocupan incorporan, como parámetro de validez material o sustantiva de las decisiones secundarias, “principios de justicia” abstractos e indeterminados referidos, sobre todo, a los derechos fundamentales de las personas. Estos derechos, de esta manera, se colocan en una situación de jerarquía superior al resto de las normas y decisiones jurídicas.*

Y más específicamente, en conexión directa con los fundamentos principales que justifican la existencia del non bis in idem como garantía negativa: *“La idea elemental compartida es que el poder político se debe limitar a través de instituciones y mecanismos jurídicos para ofrecer garantías a las libertades y derechos básicos de las personas. La “teoría del poder” que descansa detrás de ambas aproximaciones es la misma y apuesta por el sometimiento del poder político a los rigores del Derecho”.*

10.- Cabe advertir cómo la idea descrita del non bis in idem cabe perfectamente en el modelo garantista/positivista de Luigi Ferrajoli, con su conocida posición de entender el derecho penal como un manifestación del poder estatal que, entendida como un mal necesario, debe ser reducida a su mínima expresión.

Más aún con la positivización del “non bis in idem” en las respectivas constituciones políticas.

En relación con esta corriente, desde una postura afín a la que vengo aludiendo, lo señala Carpio Briz^{**}, que “desde la Constitución se esbozan los rasgos fundamentales del sistema punitivo debido a su carácter normativo, su orientación axiológica y su función política fuertemente determinada por el contexto preconstitucional; tal y como se ha planteado la doctrina italiana (“refiriéndose principalmente a la obra de Bricola, scil”), y, en España, a partir de la obra de Santiago Mir”.

⁵ Salazar Ugarte, Pedro, op.cit., p. 231.

^{**} Carpio Briz, David; “Non bis in idem, y un derecho fundamental del ius puniendi español frene a la superposición de sanciones administrativas y penales, Tesis doctoral U. de Barcelona, 2011.



11.- En concreto, la adopción de cualquiera de las posiciones expuestas (o de cualquier otra que tenga como punto de partida el respeto por los derechos fundamentales del individuo) se muestran idóneas para cumplir con la pretensión de adoptar un modelo viable en el cual desarrollar y a partir del cual interpretar y entender la tensa relación que se plantea entre la garantía objeto de análisis y el ius puniendi estatal. Todas ellas ofrecen diversos caminos para llegar, a mi criterio y en lo que aquí interesa, al mismo fin: limitar la natural tendencia del poder estatal a expandirse.

III.- CRITERIO INTERPRETATIVOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

12.- Los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos acuden a diversas fórmulas para plasmar la garantía non bis in idem. A partir de ellas, se ha ido desarrollando una fructífera labor interpretativa por parte de los tribunales internacionales llamados a decidir y aplicar los instrumentos mencionados. Dicha labor no puede ser soslayada a la hora de buscar soluciones que puedan ser de utilidad en la problemática ahora estudiada.

Lo dicho no constituye impedimento para señalar que ni en el ámbito nacional ni en el internacional se ha logrado cumplir de manera acabada con el postulado de consagrar soluciones coherentes y sistemáticas con relación a la tutela del non bis in idem. El camino ha sido más bien oscilante, tanto en la caracterización de la garantía, como en su contenido y alcances. Ello se traduce en decisiones que se muestran, por un lado, incongruentes en su estructura lógica interna y, por otro, contradictorias con respecto a decisiones anteriores del propio tribunal de que se trate.

13.- Los motivos de dicho diagnóstico obedecen a múltiples factores, no siempre fácil de determinar, ya que se trata de tribunales de diversa composición y cuyas características, como se irá analizando a medida que este fallo avanza, varían entre unos y otros. A riesgo de caer en una generalización inadecuada y sin pretensiones de exhaustividad, puede mencionar las siguientes causas: diferentes redacciones en los textos de los convenios; diversas tradiciones jurídicas que conviven, tanto en las redacciones como en los tribunales las propias dificultades ya señaladas para definir qué es el non bis in idem y, también, en ocasiones, a políticas criminales subyacentes un tanto erráticas, que generan jurisprudencia vacilante. Estamos ante un concepto que dificulta el proceso de distinción de la multiplicidad de supuestos que pueden encuadrar en él.

14.- Ello atenta contra una fiel caracterización del non bis in idem y, por lo mismo es que, junto con lo que ya se expresó en el motivo anterior acerca de los conceptos garantía/derecho, resulta necesario ahora dedicar algunas palabras a las enseñanzas que provienen de esenciales principios interpretativos del derecho internacional de los derechos humanos.

A efectos de que la cuestión no quede en planteamientos abstractos, estimo conveniente abocarme a las redacciones que vienen establecidas normativamente en el art. 4 del Protocolo del CEDH, el art. 8.4 de la CADH y el art. 14.7 del PDC y P, que adoptan el non bis in idem como una verdadera garantía o derecho humano del individuo, de manera semejante a como se hace en este caso específico.



IV.- EN EL ÁMBITO EUROPEO. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

NON BIS IN IDEM EN UN SENTIDO ESTRICTO.

15.- La base normativa sobre la cual el Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado una profusa labor jurisprudencial de la garantía, viene dada por el art. 4 del Protocolo 7, adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuyo resguardo más bien restrictivo del non bis in idem ha sido “corregido”, de alguna manera, por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de decisiones jurisdiccionales que han significado la progresiva ampliación del marco protectorio de la interdicción.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como en general los demás órganos internacionales, han sido vacilantes, pasando de reconocer la garantía en términos amplios en su vertiente material, transitando luego el camino inverso y culminando, en sus últimos precedentes, con una verdadera admisión de la vertiente procesal de la garantía, en una posición reiterada en al menos dos de sus últimas decisiones, de cercana data.

No es el propósito de esta prevención efectuar un repaso exhaustivo de los antecedentes del TEDH, sino intentar extraer algunos de los principios que, entiendo, surgen de sus decisiones y reflexionar acerca de ellos.

16.- Se puede señalar el año 1976 como punto de inicio de las cuestiones que interesan y que, en el seno del TEDH, luego se fue consolidando de manera progresiva. Tanto el contenido y alcance de lo que debe entenderse como material penal, a través de los llamados “CRITERIOS ENGEL” que marcan la pauta en tal sentido. El tribunal ha ido decantando parámetros para determinar, en los casos concretos, si existe o no una infracción de carácter penal.

17.- Que, al respecto, resulta pertinente efectuar tres consideraciones: la primera es, que indudablemente el intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos coloca al derecho sancionador administrativo a la par del derecho penal, de acuerdo con el criterio convencional descripto; la segunda, muy significativa, es que llega a aceptar la doble imposición de multas (la primera penal y la segunda de carácter tributario) con entidad aflictiva suficiente como para que se enmarquen en la clase de “infracciones penales”. La tercera consideración se vincula con la circunstancia de que los últimos dos criterios ENGEL pueden funcionar alternativa o acumulativamente a los efectos ya aludidos. Lo dicho se vincula con la **vieja discusión de si existen diferencias cualitativas entre las infracciones penales y las administrativas, y en su caso en qué consisten**. Sólo cabe afirmar que las pautas dadas por el TEDH deben ser entendidas como un valioso criterio a tener en cuenta en tal sentido.

18.- Es en el asunto “**Fischer v. Austria**”, donde el TEDH realiza tres aportes de significación : primero destaca que habrá identidad de infracciones cuando ambas posean en común los elementos esenciales que las tipifican, sin exigir identidad absoluta entre las sanciones para que se produzca un bis in idem; en segundo lugar, resalta la regla de que no es relevante el orden cronológico entre los dos procedimientos en vistas a la aplicabilidad de la garantía , y, por último, se hace



mención expresa de que el Protocolo 7 también contempla la manifestación procesal de la garantía estudiada.

Creo oportuno realizar una digresión metodológica sobre el tenor literal de las redacciones con que viene formulada la garantía en el ámbito de la Unión Europea, ya qué puede aportar datos de interés a la hora de comparar las infracciones, buscando determinar la existencia del elemento “idem” contenido en la interdicción. El art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea utiliza la misma expresión que el P7 (se alude al vocablo infracción), difiriendo ambos del texto proveniente del art. 54 de la Convención de aplicación del Acuerdo Schengen, que se refiere a mismos hechos (al igual que en la CADH). El TJCE ha fijado parámetros para establecer la configuración de esos “mismos hechos”, que consisten básicamente en que, ante un conflicto en donde un Estado se deba enjuiciar a un individuo que antes lo haya sido en otro Estado de la UE, el criterio aplicable sería que las autoridades judiciales del segundo estado acusador pongan énfasis, para corroborar la presencia o no de un bis in idem proscripto, más que en las calificaciones jurídicas dadas en cada Estado, en “...los hechos materiales, que por los vínculos en el espacio, en el tiempo y por su objeto forman un conjunto indisociable...”

19.- De ese modo, el régimen de la Unión Europea respeta la soberanía de los Estados parte, al no entrometerse en sus respectivas legislaciones internas, adecuadas.

Volviendo al TEDH, es tópico recurrente en sus antecedentes el de buscar “equilibrar” la **tensa relación existente entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador**, lo que a su vez tiene (o debería tener) influencia en el derecho español, **como luego se verá con mejor detalle**. Por ahora alcanza con dejar enunciado que, casi al mismo tiempo que España ratificaba el protocolo 7, el TEDH procedía al dictado de dos resoluciones muy importantes sobre la garantía de non bis in idem:

Por un lado, la recaída en el caso nombrado “**Zolotoukhine v. Rusia**”, que ha venido a consagrarse en un verdadero leading case en la materia, no sólo por su contenido jurídico, sino también por la importancia que reviste el hecho de haber sido producción jurídica de la Gran Sala de Estrasburgo en pleno.

Este asunto tuvo la particularidad de haber sido decidido dos veces por el TEDH. En un primer procedimiento, sustanciado ante la Sección Primera del tribunal, el Gobierno ruso aducía como argumento defensivo el de considerar que no podía hablarse de una vulneración del non bis in idem, por tratarse de un caso que, en jurisdicción interna, había culminado con una absolución parcial del peticionario, por más que ello haya sido en un segundo procedimiento penal previo en donde el peticionario si había sido condenado.

Para el Gobierno ruso no se podía hablar del dictado de dos sanciones por un mismo hecho puesto que en rigor no se había llegado a una condena. Se coloca así en una posición que entiende al non bis in idem como una garantía de exclusivo contenido material, es decir, un sujeto enjuiciado dos veces, pero condenado en una sola oportunidad.

El TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) descarta tal enfoque y, haciendo hincapié claramente en una vertiente procesal de la garantía, considera que,



si bien es cierto que el demandante fue finalmente absuelto, igualmente, el non bis in idem se vio afectado por el solo hecho de haber sometido a una persona a dos procesos penales por el mismo hecho. El tribunal europeo pone el acento en la existencia de riesgo de nueva sanción penal más que en la condena en sí misma.

En cuanto a la exigencia de sentencia firme, el TEDH expresa que esa firmeza deviene de haber agotado o en su caso no haber interpuesto los recursos ordinarios previstos en el derecho doméstico estatal, excluyendo las vías impugnatorias extraordinarias.

20.- Que una valoración general del precedente examinado, remito al completo trabajo que, acerca de esta sentencia, ha elaborado el autor español Carpio Briz^{††}, quien, con buen juicio, resalta la circunstancia de que dicho fallo muestra al tribunal ejerciendo un maduro ejercicio autocritico con relación a su jurisprudencia anterior, procurando establecer criterios uniformes acerca de tres cuestiones esenciales: a) **el concepto de derecho penal**, en donde se reiteran los criterios “Engel”, b) **la interpretación del término infracción a los fines de determinar la identidad de hechos**, en donde luego de pasar revista a los criterios que el propio TEDH había adoptado en decisiones anteriores (especialmente en los casos “Gradinger”, “Oliveira” y “Fischer”) termina inclinándose por una visión que se acerca más a una postura naturalística que normativa, **exigiendo hechos idénticos o hechos que en sustancia sean los mismos, independientemente de su calificación legal**, y c) **la determinación precisa (y su protección) del non bis in idem procedimental**.

Al abordar la protección procesal y el alcance de la palabra perseguido contenida en el art. 4 del P7, el TEDH refiere que la prohibición para evitar un bis in idem cobra vigencia ante tres posibles situaciones: a) **la de ser perseguido**, b) **la de ser juzgado** y c) **la de ser condenado dos veces por los mismos hechos**. Ello nos lleva a la conclusión parcial de que, con relación al segundo hecho, aparentemente no habría obstáculos procesales para invocar la garantía desde los comienzos mismos del procedimiento, siempre que haya habido una sentencia firme anterior, e independientemente de que esta segunda persecución sea calificada internamente como penal o administrativa.

En el caso “Ruotsalainen v. Finlandia”, es la segunda de las decisiones recaídas en Estrasburgo, luego de que España ratificara el P7. En ella se destaca incluso un mayor grado de protección de la manifestación procesal del non bis in idem, al entender que una segunda multa en sede tributaria posee entidad aflictiva suficiente para ingresar en terreno “penal”. Confirma también el tribunal la plena aplicabilidad de los tres criterios ENGEL a los efectos de determinar **cuándo hay “imputación penal”**, efectuando una valiosa exégesis del segundo de los criterios, afirmando que cuando se trata de previsiones legales dirigidas a la totalidad de la población, que vayan más allá de una compensación y, por el contrario, posean un contenido preventivo y sancionador, su carácter deberá ser considerado penal, más allá del nomen iuris que reciba localmente.

21.- Que, independiente de la rama del derecho en que el legislador de cada país decida regular una conducta determinada, lo decisivo para el tribunal europeo

^{††} Carpio Briz, David, op.cit., p. 32



viene dado por el contenido nuclear de la conducta y el grado aflictivo que para el individuo significa.

Resulta atinente traer a colación una sentencia relativamente reciente (2012), del TJUE, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Sad Najwyzszy (Tribunal Supremo de Polonia), pero que reviste interés para este asunto, ya que lleva adelante una interpretación de los criterios Engel que termina aceptando una doble imposición sancionatoria en perjuicio de un sujeto. Sin ingresar en el análisis profundo de los hechos del caso, sólo es dable decir que para responder como lo hace, el TJUE somete al escrutinio de los criterios Engel a una sanción administrativa impuesta a un ciudadano polaco, concluyendo que no revestía naturaleza penal y, por ende, no se atentaba contra la interdicción del non bis in idem. Esta decisión se opone a la posición del TEDH que se está que está desarrollada en este voto particular.

V.- FACULTADES RECURSIVAS DEL ACUSADOR ANTE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

22.- En otro plano de análisis, parecería ser que la casuística de Estrasburgo se muestra, a priori, ajena a la problemática planteada hoy en día, en lo cual los colocaba en una posición incómoda en relación con la tutela de derechos humanos.

Hacia finales de 2011 la tendencia sufrió un giro positivo, en el seno del Tribunal Supremo español, mientras que la situación del Tribunal Constitucional español en principio no ha variado y no ha habido decisiones nuevas, subsistiendo una distancia considerable entre la doctrina que surge de sus decisiones y la que deriva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo expuesto adquiere relevancia y debe vincularse con la coyuntura actual del sistema jurídico-constitucional español, fundamentalmente luego de la ratificación del Protocolo 7 del CEDH, en diciembre de 2009, hecho que sin dudas impone la obligación, a los tribunales españoles, de tener especial cuidado a la hora de fijar pautas interpretativas que puedan colisionar con las que provienen de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos humanos.

La jurisprudencia imperante en los dos principales tribunales españoles. La perspectiva en estudio no se restringirá al tratamiento del non bis in idem, sino que también hace referencia a la problemática vinculada con los alcances del recurso de casación de la parte acusadora en la jurisprudencia española que, si bien tradicionalmente no ha sido vinculada al asunto del non bis in idem en España, se encuentra estrechamente relacionada con nuestro caso subjudice.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

23.- En el terreno del non bis in idem, la insistencia del máximo intérprete constitucional español al dejar un papel secundario en su manifestación formal o procesal contraviene la doctrina que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, situando a España ante un riesgo cierto de ser condenada (nuevamente) en Estrasburgo.

Digno de destacar, es que el non bis in idem ha sido incorporado, prácticamente desde sus comienzos, en el vocabulario de las sentencias del Tribunal Constitucional, como un verdadero derecho fundamental integrado en el sistema jurídico-constitucional español. A este primer paso le han sucedido decisiones



vacilantes en cuanto al entendimiento de la garantía llegando a un punto, en el cual puede afirmarse que el balance es negativo. En tal sentido y trazando un paralelo, no resulta complejo advertir que, al mismo tiempo que en Estrasburgo se puede observar una clara tendencia jurisprudencial progresiva (en sentido de una acabada protección de derechos humanos), el constitucional español ha seguido un camino inverso, puesto que de la mano de pronunciamientos declamatorios de la garantía han venido adoptando decisiones denegatorias de amparo y restrictivas de los derechos de los peticionantes.

En este tópico se sigue principalmente a la autora Mercedes Pérez Manzano, no obstante, el hecho de que, como más adelante se expondrá, algunas de las posiciones por ella asumidas pueden no ser compartidas. El camino recorrido por el TC con relación a la garantía, tiene un auspicioso punto de partida con su consagración como derecho fundamental, en la STC 2/1981. Sin embargo, a partir de allí, lo cierto es que el TC desarrolla un marco teórico en el cual, desde que la garantía se ve sensiblemente debilitada.

El primer paso en tal sentido constituye la diferenciación entre sus dos manifestaciones, la procesal y la material, luego completado, en uno de los “leading case” en esta temática (STC 177/1999), donde se deja bien claro que, cuando se habla de garantía constitucional de non bis in idem, se hace referencia a su vertiente material. Fundada en los **mandatos de previsibilidad y de proporcionalidad** de las sanciones dicha vertiente constituye, a ojos del TC, el verdadero derecho fundamental del ciudadano, quedando relegada a un segundo plano la faceta procesal, vista más bien como un indicador meramente formal que posee utilidad sólo para la determinación de la prelación que el ordenamiento penal tiene sobre el administrativo, y que este último debe respetar.

Al priorizar la faceta sustancial, el Tribunal Constitucional admite que la técnica de la compensación entre dos sanciones, cuando la administración no ha respetado el orden de prelación mencionado, es adecuada y suficiente para respetar la proporcionalidad que da sustento fundacional a la interdicción. Es decir, en tanto y en cuanto se respete la proporcionalidad en la sanción efectivamente impuesta, la vulneración del orden de prelación, por se, no alcanza para que se configure un bis in idem prohibido.

24.- En relevante pronunciamiento (STC 152/2001), el Constitucional colige que la no denuncia, en el proceso penal, de la finalización de un expediente administrativo anterior, sería un artilugio al que el imputado echa mano como técnica defensiva para evitar la más gravosa sanción penal. La conducta del sujeto, (que, vale recalcar, ya ha sido sometido a dos procesos por el mismo hecho, y sancionado en uno de ellos), viene a ser considerada como causante de las deficiencias procedimentales, por encima, incluso, de la evidente descordinación existente entre los órganos estatales.

Tal manera de razonar se acerca a una vulneración del derecho de defensa, desde que pone en mente del imputado una especie de obligación que entra en fricción con el derecho constitucional que le asiste a declarar o dejar de hacerlo. Resulta un contrasentido castigar el silencio de un sujeto que ni siquiera tiene obligación de decir verdad en un proceso penal.



25.- Finalmente, se debe evaluar la última decisión pertinente del TC en la materia, que termina por ofrecer un panorama completo de la visión que dicho tribunal posee de la garantía. Será resumida, no sin antes precisar que resulta aconsejable tener en cuenta que dicha sentencia fue dictada antes de que España ratificara el Protocolo 7 del CEDH, lo cual puede tener algún tipo de incidencia al comparar los criterios que de ella se pueden extraer con los que derivan de la jurisprudencia del TEDH, que ya han sido estudiados.

Con la pretensión de “sentar doctrina”, se constituye el pleno del TC para zanjar el asunto sometido a decisión. Como bien señala Muñoz Clares^{##}, de acuerdo a los criterios que el tribunal venía manejando en precedentes anteriores para casos semejantes, a priori daba la impresión de que el Constitucional iba a dictar un fallo haciendo lugar al amparo solicitado. Ello no ocurrió, y el TC optó finalmente por apartarse de sus posiciones previas.

El asunto presentaba un peticionario en una situación aparentemente más ventajosa que en precedentes previos, caracterizada, principalmente, por su manera diligente de actuar durante la sustanciación de los procedimientos instruidos en su contra. El primer proceso iniciado fue el penal, en donde se incoaron diligencias previas contra el peticionario por conducir con exceso de alcohol en sangre. Meses después, se inició el procedimiento administrativo sancionador, en cuyo expediente el ciudadano dio a conocer la existencia de las diligencias penales iniciadas. El organismo administrativo entendió, equivocadamente, que en sede penal había recaído una resolución absolutoria, lo que habilitaba la prosecución del procedimiento administrativo hasta llegar, en definitiva, al dictado de una sanción firme.

En jurisdicción penal, el acusado hizo conocer la existencia de la sanción administrativa, invocando la garantía de “non bis in idem” mediante la interposición de una excepción previa de cosa juzgada. Sin embargo ello no impidió que el juicio avanzara y se dictara sentencia en su contra, culminando, eso sí, con la utilización del mecanismo compensatorio de sanciones, lo cual fue suficiente para que el TC denegara tutela constitucional por no haberse conculcado, a su juicio, el non bis in idem sustancial.

26.- La paradoja del caso es que el TC debía tomar una decisión en donde, por un lado, tenía un individuo diligente a quien nada podía reprochársele y, a la inversa, un poder administrativo altamente negligente. Nuevamente el perjudicado fue el ciudadano, y así el máximo tribunal español, al igual que en casos anteriores, denegó el amparo con razonamientos de menor calibre.

Tanto el TC como la Audiencia Provincial de La Coruña aceptan que hubo un error de la administración pero, de todos modos, hacen cargar las consecuencias de dicho error sobre el ciudadano, a quien no basta con exigirle que se someta a cuanta jurisdicción exista sobre el mismo hecho, sino que también se le pide que cumpla con notificaciones y actuaciones que incumben a los órganos estatales. Inadmisiblemente, no hay ninguna consecuencia para la autoridad o funcionario administrativo que incurrió en error.

^{##} Muñoz Clares, José; *Ne bis in idem y derecho penal*, DM, Murcia, 2006, p. 116.



Esta jurisprudencia del TC sirve como banco de prueba de algo de lo que ya se habló: **la división del non bis in idem en dos la debilita y diluye, facilitando las posibilidades de su vulneración por parte de los organismos titulares del ius puniendi estatal, quienes en ocasiones terminan ejerciendo de manera desviada un poder que justamente no se les ha conferido para otra cosa que para proteger las esferas de libertad de las personas.** Tanto la jurisprudencia del TC como la doctrina partidaria de distinguir las dos vertientes se colocan, involuntariamente, en una actitud teórica proclive a aceptar dichas posibilidades de quebramiento de la garantía.

Por lo demás, el razonamiento que ahora se observa esconde una evidente contradicción, desde que si se asume como válida la división antedicha es porque **se acepta la coexistencia simultánea o sucesiva de dos procedimientos pero no así la doble sanción, surgiendo patente la siguiente pregunta: ¿Cuál sería el propósito del segundo procedimiento si no el delegar a una decisión eventualmente sancionadora? Si se prohíbe una segunda sanción, ello debe traer como corolario natural la proscripción del segundo de los procedimientos previos, que justamente reconoce como uno de los resultados posibles el de culminar en una sanción.**

VII.- EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL.

27.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha estado exenta de vaivenes. Así, por un lado y como se irá exponiendo, existen precedentes que reconocen expresamente la aplicabilidad, en el sistema español, del “**double jeopardy**” **anglosajón**, lo que implica interceder en amparo del acusado ante el riesgo que tiene afectada la repetición de un nuevo juicio penal, cuando ya ha sido absuelto en primera instancia.

Paralelamente, existe también otro grupo de sentencias del TS que han originado la intervención del TEDH, culminando en condenas para España. Se trata de sentencias absolutorias, con posteriores recursos de parte acusadora que desembocan en decisiones del TS anulando las absoluciones y condenando. En tales decisorios, el TS ha procedido, previa habilitación de su propia competencia en casación, a dictar sentencias que, desde la óptica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encuadran erróneamente como “jurídicos” motivos que en realidad eran “fácticos”, sin respetar las exigencias que dicho tribunal internacional requiere para tales motivaciones impugnativas.

28.- Debe decirse que las condenas del TEDH han generado cambios saludables en el derecho interno español. Primero ha sido el **TC quien acomodó sus decisiones a la jurisprudencia internacional**, y finalmente **también el propio TS hizo lo propio.**

Así, las cosas, un primer repaso de los criterios sostenidos por el Supremo en los años noventa indica que, en el ámbito de defensa de derechos humanos, dicho tribunal trazaba un recorrido que no sólo cumplía con el estándar que más tarde vino a instituir el Tribunal de Estrasburgo, sino que ofrecía un perímetro protector aún más extenso para el individuo, cuando decía: “...**el derecho al “non bis in idem” procesal se encuadra, como derecho fundamental del acusado, En el derecho a un proceso con las debidas garantías reconocido por el artículo 24 de la Constitución Española, e impone una consideración restrictiva de los vicios de forma prevenidos en el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM), cuando su alegación**



por la acusación pueda conllevar que el acusado, cuya inocencia o condena menor se ha declarado en un primer juicio, se pueda ver sometido injustificadamente a un segundo juicio por los mismos hechos, no provocado por él y con riesgo real de ver agravada su situación (“double jeopardy”).

Se trataba de un caso en donde la acusación particular, luego de una condena de instancia que consideraba exigua, entabló recurso de casación ante el Supremo español, invocando quebramiento de forma (art. 850 LEC), por entender que no se había producido prueba por ella ofrecida de manera injustificada. El TS consideró que estaban en juego las garantías judiciales del art. 24 de la Constitución Española, estableciendo también la prevalencia constitucional del derecho de defensa del acusado, por encima de los derechos del órgano acusador.

Una posible inteligencia de esta decisión jurisdiccional podría llevar al entendimiento de que, si el sujeto ha sido absuelto en un primer juicio, **queda evidentemente obstaculizada la vía recursiva del acusador** por los motivos del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se trata de aparentes quebramientos de forma, “no probadas por el acusado y que impliquen un riesgo real de ver agravada su situación. Estos dos últimos requisitos, esenciales, implican una consagración amplísima de la garantía procesal del non bis in idem, con el plus agregado de diferencias respecto a las jurisdicciones internacionales, que exigen la presencia de previa sentencia firme para que cobre operatividad. De tal modo, lo pronunciamientos del Tribunal Supremo se colocaban en una posición de vanguardia en materia de protección de garantías del sujeto sometido a proceso penal.

29.- Ya en 1996, el Tribunal Supremo español había asumido dicha postura, en una decisión que colige (acertadamente) que los errores del tribunal del juicio y del acusador público no pueden justificar la anulación de una sentencia favorable a la persona sometida a proceso sin vulnerar el non bis in idem, Se lo enmarca en el art. 24.2 de la Constitución Española, vinculándose también con el derecho a ser juzgado sin demora.

Los alcances de esta jurisprudencia van aún más allá. Así, en otro pronunciamiento el Tribunal Supremo insiste con los mismos argumentos y entiende vulnerada la garantía aun en una etapa procesal previa a la sentencia de fondo, lo cual constituye toda una novedad. Se lee: “Por lo demás es principio generalmente aceptado en el proceso actual que los propios errores no pueden dar lugar a derecho procesal alguno y menos pueden ser fundamento de la privación de un derecho a la parte contraria. Por tanto, haber otorgado a la acusación la posibilidad de retrotraer la situación procesal a un momento precluido del procedimiento vulnera el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en la que acuerda a la acusación un derecho inexistente para reparar sus propios errores en contra del inculpado”.

Referencias expresa al “double jeopardy” se encuentra también en diversos pronunciamientos de tribunales inferiores de España, así como también en trabajos de autorizada doctrina. En tal sentido, Silva Sánchez ha aportado argumentos como para considerar incluido dicho instituto dentro de las bases constitucionales del derecho español, manifestando que:



“Resulta así que la tradición anglosajona, a diferencia de los países del civil law, recogió el principio non bis in idem con mayor fidelidad a su formación en Derecho Romano, refiriéndolo a la prohibición de acusaciones ulteriores que imputen la misma infracción por la que el imputado ya fue sometido a juicio, aunque éste no concluyera por sentencia...”^{§§}

30.- La óptica sobre el tópico esclarece que en estos razonamientos confiere al ciudadano un velo protectorio que, desde la perspectiva que se ha asumido, es sin duda el deseable en un Estado constitucional de derecho. La cuestión de si se trata o no de un non bis in idem se analizará más adelante, pero parecería ser, hasta una cuestión de nomen iuris que, aunque es deseable que sea resulta, tampoco debe ser un límite como para que el intérprete acepte que la línea trazada en los precedentes señalados sea la correcta.

Carpio Briz^{***}, aun cuando no se manifiesta en este sentido, también advierte acerca de los padecimientos que el sujeto enjuiciado puede sufrir ante la multiplicidad de intentos punitivos en un mismo proceso:

“El sistema procesal-penal español, a diferencia de la double jeopardy, sí permite, en el marco de un mismo proceso, revisar en segunda instancia la absolución lograda inicialmente (STC 1/2009). Lo que prohíbe el TC es la reiteración de procesos, sin embargo, entiende que no se da ese segundo proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero es anulado en virtud del régimen de recursos legalmente previsto. Este sistema conduce a situaciones de cierto hostigamiento para los enjuiciados propiciadas por una ponderación que, entre los derechos del acusado y el ius ut procedatur de las víctimas, suele favorecer el interés de éstas (SSTC 218/2007; 23/2008)”.

El párrafo recién transcrito comienza asumiendo que, debido a la posibilidad de revocar absoluciones en un mismo proceso, el double jeopardy no tiene cabida en el proceso penal español, en una aseveración que se muestra contradictoria con la jurisprudencia reseñada del Supremo así como con lo señaló Silva Sánchez. Luego, esto se articula con una segunda idea, consistente en el reconocimiento de que ello ocasiona un auténtico hostigamiento para el ciudadano sometido a proceso, lo que a su vez se vincula con la tercera idea, que viene dada por la presencia de una suerte de confrontación entre “derechos del imputado vs. Derechos de la víctima”, interpretado Carpio Briz que el Tribunal Constitucional se decanta, en última instancia, por proteger el interés de estas últimas.

31.- Más allá de lo deseable que el autor referido profundizara un tanto más en el asunto, lo cierto es que abre un abanico de interrogantes y de muy compleja resolución. Primero una cuestión procesal: ¿Se encuentra dentro del terreno de lo indiscutible que el double jeopardy es un instituto completamente ajeno al sistema español? Segundo, una cuestión de política criminal: ¿Estaría dispuesto a asumir el TC que, en última instancia, la suya es una verdadera toma de posición ideológica en la cual priman los derechos de la víctima por sobre los del sujeto sometido a juicio?

La primera pregunta es respondida en forma negativa ya que, luego de repasar la jurisprudencia del Supremo español, se ha visto que existen fundamentos de peso tanto para favorecer como para desechar la vigencia del double jeopardy en España.

^{§§} Silva Sánchez, Jesús María, “Double Jeopardy”, en Tiempos de Derecho penal, BdeF, Montevideo, 2009,

^{***} Carpio Briz, David, op.cit., p. 33



La segunda pregunta, por su parte, debe ser tomada con mucho cuidado y requeriría un estudio complementario.

Sólo puede decirse que una respuesta afirmativa no sólo equipara a la víctima con el imputado en el proceso, sino que la sitúa por encima de él, en una idea que, a pesar de estar actualmente en boga, resulta muy difícil de aceptar, ya que echa por tierra las bases mismas de los sistemas jurídicos de tradición liberal, incluidos los Códigos de procedimiento que, como el español, se enrojan en dicha vertiente. Tal escenario, para ser viable, debería ir acompañado, además y necesariamente, de una reforma no sólo de tales normas procesales, sino de las propias constitucionales que las preceden, con lo cual sólo podría pensarse como una posibilidad de *lege ferenda*.

Corresponde indagar la mirada ahora en el segundo grupo de casos a los que se hacía mención anteriormente: éstos que generaron condenas contra España por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que aconsejan que se les haga un recuento en el siguiente párrafo.

Anteriormente se hizo referencia a que tanto el TC como el TS habían sido receptivos a los consejos del TEDH y de la doctrina en materia de recurso de casación, evidenciándose un diálogo entre los tres tribunales que se ha visto plasmado en una serie de pronunciamientos del Supremo español. Pondré énfasis en uno de los últimos casos decididos por el TS, en el cual se condensa la doctrina más actualizada sobre la cuestión, con remisiones expresas a fallos tanto del TC como del mismo TS.

32.- Las circunstancias fácticas del caso no difieren de las tratadas en la jurisprudencia del TEDH ya expuestas. Su núcleo argumental, el Tribunal termina por aceptar que los recursos de casación (y de apelación), tal cual rigen en la actual LECrim, no poseen la capacidad extensiva como para satisfacer las exigencias del TEDH acerca de las garantías del art. 6 del Convención Europea de Derechos Humanos, por lo cual la **única solución posible, en el marco de la ley procesal vigente, sería la de confirmar la absolución del acusado.**

Resultan esclarecedores algunos de los párrafos de la sentencia, por lo que creo adecuado traerlo aquí: “Decíamos en la sentencia de esta Sala 1423/2011, de 29 de diciembre, que **“las pautas hermenéuticas que viene marcando el Tribunal Constitucional – que recoge a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – al aplicar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (en concreto: intermediación, contradicción y oralidad) y también del derecho de defensa en el proceso penal, hacen muy difícil la revisión de la convicción probatoria del Tribunal de instancia en los casos en que concurren pruebas personales en el juicio celebrado en la instancia.** Hasta tal punto ello es así, que cuando el reexamen de la sentencia recurrida no se circunscribe a cuestiones estrictamente jurídicas es poco plausible que operen los recursos de apelación y casación para revisar las sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia.

33.- Luego, en lo que sería su doctrina preponderante, se lee: “La jurisprudencia de una Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así, en las SSTs 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, y 1106/2011, de 20 de octubre, además de las ya reseñadas 1215/2011, de



15 de noviembre , y 1223/ 2011, de 18 de noviembre, en las que comentamos, se ha considerado que no procede la condena ex novo en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia **cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación.**"

Las consecuencias de esta posición son claras: sólo podrán ser analizadas con plena libertad, en instancia de apelación o casación, los recursos de la parte acusadoras que se basen exclusivamente en "**cuestiones jurídicas**", mientras que las "**cuestiones fácticas**" que impliquen pruebas personales y pongan en juego la inmediación o el contradictorio, o si se quiere con mayor rigor, **el derecho a ser oído**, directamente se encuentran vedadas en estas instancias, debido a las barreras propias de la ley procesal. De tal manera, el único camino posible es la confirmación de la absolución. No es exagerado afirmar que, jurisprudencialmente, se ha producido una verdadera reconfiguración del recurso de casación en España, siendo pertinente indagar, a partir de ahora, si no sería oportuno plantear la posibilidad de rechazar formalmente este tipo de recurso por parte de los tribunales superiores o, incluso, por parte del juzgado o la audiencia que absolvió en primer término.

Además, si a esto se suma la inteligencia que proviene del primer grupo de fallos del TS, lo cierto es que el acusador chocará con más límites aún, desde que cuando su intención sea la de procurar la anulación de sentencias absolutorias por infracciones formales, ellos sólo sería procedente ante vicios provocados por el propio imputado, y nunca cuando impliquen dar una nueva oportunidad al acusador, por errores propios o por errores del tribunal o juez sentenciador (errores de los órganos estatales). Se habla, evidentemente, de double jeopardy o **doble riesgo de condena**.

34.- El panorama es más complejo si se toma en cuenta que, de acuerdo con el "**in dubio pro reo**", será muy complicado encontrar supuestos en donde los vicios de forma hayan sido provocados por el propio acusado. En tal sentido, cabe pensar en supuestos de connivencia dolosa entre imputado y órganos estatales, o de ejercicio ilegal o abusivo del derecho de defensa que induzca a error al Juez (lo cual se puede enlazar con la doctrina que, desde la Corte IDH, se ha venido a calificar como "**cosa juzgada fraudulenta**").

Quedará entonces subsistente para el acusador la posibilidad de recurrir invocando errores iuris, no provocados por actividad alguna del acusado, y en los que no cabría declaración de nulidad y nuevo juicio oral, sino el dictado de condena directa por el tribunal superior. Pero, en este supuesto, no podrán discutirse más que cuestiones estrictamente jurídicas, por aplicación de los principios de identidad física del juzgador y de concentración de los actos de debate y la sentencia, que impiden al tribunal ad quem el examen de pruebas vinculadas con el principio de inmediación, del cual los otros dos son meras derivaciones.

35.- En síntesis, sobre este punto, el "**double jeopardy**", sumado a la doctrina del TEDH incorporada como propia por el TS y el TC recuden fuertemente las posibilidades del órgano acusador de acceder a la segunda instancia por motivos fácticos. A ello agrego que, en los casos nebulosos o dudosos, los límites que



proviene de cualquiera de los modelos analizados, más las pautas también allí descritas, sumados al resto de las garantías que el imputado posee en todo proceso penal, circunscriben al mínimo las chances recursivas del acusador, resultando casi impensable, que subsista el juicio de reenvío dentro del proceso penal español.

De lege ferenda, cabría preguntarse si no resultaría aconsejable que el legislador español opte, a fines de dejar el campo allanado a la seguridad jurídica, por derogar expresamente las facultades recursivas del acusador en los límites indicados por la jurisprudencia señalada, o bien adopte un simple modelo recursivo pleno, lo que implicaría la realización de un nuevo debate oral en segunda instancia, debiendo en tal caso suprimir legalmente el actual modelo español, como ha dicho el TS.

VIII.- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH).

36.- Las circunstancias y motivaciones que rodean las decisiones de la CIDH son asumibles hasta cierto punto, ya que por lo general viene precedidas por un contexto histórico en América Latina (“de excepción” o de “anormalidad”), que, ha influido en las elaboraciones teóricas del Tribunal Interamericano. En el asunto que aquí nos convoca, ello ha ocasionado el efecto de dejar prácticamente inoperante el non bis in idem.

37.- El asunto “Green v. United States”, constituye el precedente quizás más citado en jurisprudencia, tanto en aquel país como en otros, configurando su principal aporte el de expresar uno de los principales fundamentos del double jeopardy.

Por su lado, la valiosa doctrina que se ha preocupado por extraer las principales características del “double jeopardy”, que cobra operatividad primordialmente en cuatro tipos de supuestos, descritos por Hendler y de los cuales, de acuerdo con los límites de este laudo, únicamente interesa el supuesto alternativo, pero sólo en lo referido a aquellos casos de nuevos juicios posteriores a absoluciones.

La doctrina que analiza los precedentes americanos coincide al alegar que, una vez dictada una absolución, sea por el jurado o sea por el juez, contra ella no cabe recurso del órgano acusador que lleve a un nuevo juicio, por más que se constaten errores y sin importar la clase de errores de que se trate. Es decir, la decisión no puede ser cuestionada en una instancia superior.

Por ejemplo en la doctrina argentina, el autor Manuel Garrido⁺⁺⁺ se ha expuesto una idea similar, señalando que: *“Si los funcionarios y funcionarias a quienes el Estado confiere esas amplísimas facultades de injerencia que el proceso penal permite, no actúan diligentemente, si no investigan seriamente, o si son corruptos o corruptas, parece difícil arribar lisa y llanamente a la conclusión de que esas decisiones no valen y habilitar una nueva persecución”*.

⁺⁺⁺ Manuel Garrido en (<http://WWW.pensamientopenal.com>)



38.- Sierna Martínez^{###}, pero describiendo el sistema angloamericano: *"En los Estados Unidos, así como es absoluta la regla que proscribe una nueva persecución por el mismo delito y con posterioridad a una absolución, también lo es ... la que prohíbe el recurso del acusador público contra la sentencia absolutoria. La Corte ha dejado bien establecido que el acusador público no tiene el poder de apelar una absolución, pues ello importaría someter al imputado a un nuevo juicio por el mismo delito"*.

Hay que decir, sin embargo, que tampoco el double jeopardy es una regla absoluta. Como se sabe, el federalismo estadounidense posee caracteres bien acentuados, en términos que los diferentes estados federados tienen facultades para dictar sus propias normas penales sustantivas, por ejemplo, en donde las Provincias sólo tienen permiso constitucional para dictar las normas de carácter procedimental.

Pues bien, esto puede generar superposiciones normativas entre el gobierno federal y los estados federados, lo que de hecho acontece con el double jeopardy, que es posible de sufrir excepciones al aplicarse la **"doctrina de la doble soberanía"**, que permite que un sujeto sea procesado dos veces por un mismo hecho, cuando este último es considerado delito por ambos sistemas normativos.

39.- No obstante, lo expuesto, y como asevera el profesor Alberto Bovino^{§§§}, "existen ciertas costumbres o reglas que, en general, son respetadas. Así, por ejemplo, se respeta la práctica de no iniciar la persecución penal en el ámbito federal si ya ha sido iniciada en jurisdicción estatal por el mismo hecho", es decir que la propia excepción a la operatividad del double jeopardy posee limitaciones que surgen de la actuación coordinada de ambas esferas de competencia, como también es puesto de resalto por la doctrina angloamericana.

Todo este cúmulo de conocimientos que proviene de la jurisprudencia estadounidense ha sido ciertamente tenido en cuenta, pero lo cierto es que los diversos ordenamientos procesales han experimentado profundos cambios en los últimos cincuenta años, pasando de tener tonalidades profundamente inquisitivas hasta llegar a manifestar, actualmente, un matiz marcadamente mixto, con predominio "inquisidor" en la etapa de la investigación y con un mayor influjo del modelo acusatorio en la etapa del juicio oral.

40.- Como una lógica aproximación general, cabe decir que en Estado Unidos de América no es menester "esperar a que exista un veredicto para que la garantía pueda ser invocada", sino que "...el riesgo surge a partir del momento en que el Jurado ha sido instalado y presto juramento, con la variante de que, si se trata de un juicio sin jurados, entonces recién existe riesgo a partir del momento en que el juez comienza a recibir la prueba en el juicio.

Es decir, que el instante en donde el double jeopardy obtiene su máximo rendimiento viene a coincidir con el inicio mismo del juicio oral, paradigma del

^{###} Sierna Martínez, Agustina, en obra colectiva Las Garantías Penales y Procesales, enfoque histórico-comparado, Hendler Edmundo (comp.) UBA, Ed. Del Puerto, B.Aires, 2001, p. 175-207.

^{§§§} Alberto Bovino, ; La persecución penal pública en el derecho anglosajón, en Revista Penal y Estado, N°2, 1997, Ed. del Puerto, Argentina.



modelo adversarial y acusatorio. Es, entonces, desde este momento en que tenemos acusación propiamente dicha, precisando así el límite de tiempo a partir del cual la garantía puede ser invocada.

Así también lo entiende Carrió^{****}, quien, con palabras que nos traen a la memoria el considerando 10° del caso de Mattei, señala: Que en el derecho estadounidense, la garantía constitucional contra el doble juzgamiento empieza a operar justamente a partir de la acusación penal. Una vez que el imputado ha sido llevado a juicio, éste tiene derecho a que su situación sea resuelta.

41.- En España el juicio por jurados también está consagrado constitucionalmente y posee un mayor grado evolutivo, ya que ha sido regulado legalmente para todo el país, para determinado tipo de delitos y con un Jurado “puro”.

La definitiva implementación de este instituto es una eventualidad sobre la que no es posible aventurarse en el actual momento, pero sí afirmarse que su incorporación al plexo normativo procesal viene siendo reclamada por numerosas y calificadas voces del ámbito jurídico y, aún más importante, por sectores de la Sociedad y operadores jurídicos.

Sin que ello indique una toma de posición en la cuestión, cabe destacar que quizá uno de los principales motivos que hace que la propuesta del “Sistema de Juicio por Jurados”, resulte atractiva se relaciona con la participación ciudadana en el seno del poder judicial, lo cual conlleva la idea de “democratización” y, en última instancia, la imposición de límites a la frecuente discrecionalidad (que a veces se deforma en arbitrariedad) judicial. Uno de los autores clásicos del derecho inglés, Sir William Blackstone^{****}, decía lo siguiente:

“Nuestra ley, por tanto, ha colocado sabiamente esta barrera fuerte y doble, consistente en una imputación y un juicio por Jurado, situada entre las libertades de las personas y la prerrogativa de la corona. Para preservar el equilibrio admirable de nuestra constitución era necesario conferir el poder ejecutivo de las leyes en el príncipe: Sin embargo, este poder puede ser peligroso y destructivo de la constitución misma, si se ejerce sin verificación o control”.

IX.- DOBLE JUZGAMIENTO POR UN MISMO HECHO EN SEDE JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO.

42.- Como he tenido oportunidad de adelantar, en la América Latina no parecería ser especial objeto de interés deducir que el fenómeno de la duplicidad de procedimientos que involucra al binomio denominado penal-administrativo, constituye una especie de vulneración del non bis in idem.

Julio Maier^{***} ha dicho que los casos de superposición de sanciones, serían

^{****} Carrió, Alejandro; Garantías constitucionales en el proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 16.

^{****} William Blackstone, citado por Sierna Martínez, op.cit. p. 195.

^{***} Julio Maier, Derecho Procesal Penal Argentino, Tomo Ib, Fundamentos, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 401.



un supuesto de lo que él llama límites para la aplicación del principio, en los siguientes términos:

"La aclaración más sencilla en estos supuestos... consiste en comenzar admitiendo que no se trata de establecer una identidad, por comparación, sino de reconocer excepciones a la aplicación de la regla, cuando están presentes las identidades (eadem persona-eadem res) requeridas por ella. Significa lo mismo afirmar que estos casos constituyen un permiso excepcional del orden jurídico, para perseguir más de una vez, a una misma persona y por un mismo hecho".

Luego de examinar los avances que en enfoque práctico en el análisis del non bis in idem ha ido manifestando en Europa, resulta muy difícil aceptar los fundamentos, desde que ello implicaría admitir que los propios ordenamientos procesales o, aún, el legislador, tendrían la poderosa facultad de dejar virtualmente inoperante a una garantía constitucional.

X.- ACOTACIONES DOCTRINALES FINALES EN TORNO AL DOUBLE JEOPARDY

43.- Como se habrá podido anticipar, una de las posibles soluciones que desde aquí se plantearán para solventar las deficiencias argumentativas que rodean la cuestión, viene dada por las alternativas que brinda el double jeopardy, la cual, como se ha dicho, puede ser perfectamente **traspolable a los sistemas continental y español y porqué no chileno**.

La primera cuestión que debe analizarse viene dada por la viabilidad del traslado / importación del mecanismo procesal-constitucional del double jeopardy al derecho interno. De ser afirmativa la respuesta, el segundo ítem a responder se relaciona con la intensidad de tal importación, es decir, hasta qué punto puede resultar ella posible (o aconsejable), de acuerdo a los esquemas normativos en general.

Por mi parte, no veo problema alguno, e incluso sería una práctica aconsejable, la de incorporar herramientas provenientes de otros sistemas jurídicos cuando la Constitución y los códigos procedimentales lo permiten y, sobre todo, cuando de ello deriva una mayor protección para los derechos de las personas. Más aún en los tiempos que corren, en un mundo cada vez más globalizado en materia de derechos, en los que la tendencia es justamente la de integrar y no la de escindir. No se trata, claro está, de extirpar una institución determinada en un lugar para incorporarla sin más en un medio distinto, sin tener en cuenta las particularidades propias del sistema que hace las veces de receptor.

En tal sentido, parece evidente que el double jeopardy encuentra su espacio de comodidad en el lugar que ocupa el non bis in idem procesal.

Mientras que en España la posición del TC no debería ser un obstáculo para llegar la misma conclusión. Es decir, en teoría, nada impide defender y con muy buenos argumentos que la vertiente procesal de la garantía posee idéntico estatus jerárquico que la sustancial, en ambos sistemas.



44.- De tal manera, si se acepta que el double jeopardy tiene cabida en las Constituciones, el siguiente paso es posar la mirada un tanto más abajo en la pirámide jurídica, precisamente en los sistemas procesales penales de cada país, a efecto de encontrarle algún sitio de operatividad. Vale decir que los procedimientos comparados, con diferencias entre sí, poseen una particularidad común, que no es otra que compartir notas predominantemente acusatorias en la etapa del juicio oral. Dicho de otro modo, es en esta fase en donde las notas características del sistema acusatorio brillan con mayor nitidez, en un marco general que ha venido a ser denominado como **proceso mixto**.

En tal etapa es en donde lucen las principales semejanzas con el due process del país del norte de América, cuya naturaleza acusatoria aparece más marcada y en donde, es factible hablar de acusación a partir del instante en que el primer testigo presta juramento, en juicios llevados a cabo ante jueces técnicos, o bien cuando los integrantes del jurado cumplan con tal acto procesal, en un juicio por jurados.

En el debate oral, es decir, en la parte crítica del proceso, es en donde la institución del double jeopardy adquiere plena vigencia, y esto no puede ser de otra manera, ya que, en los Estados Unidos de América, la etapa oral (si es que es posible hablar estrictamente de etapas en tal régimen) constituye el "hábitat natural" del double jeopardy.

45.- A partir de ese momento es, además, donde aparece con mayor fuerza el derecho del acusado a que haya una decisión definitiva que ponga fin al estado procesal de incertidumbre en que se encuentra. Allí es donde también cobran plena relevancia los principios de publicidad, inmediación, oralidad, concentración e identidad de juzgador. De tal modo a partir de ese momento, si no hay ninguna actividad procesal del imputado, que no implique ejercicio del derecho de defensa que cause nulidades, esa moneda que ha sido lanzada al aire con la acusación no puede ser luego frenada y lanzada nuevamente, ya que ello implica la reiteración de un riesgo para el acusado, en abierta contradicción al non bis in idem.

46.- Luego viene otra cuestión de no menor complejidad, que es la de cotejar cuáles de las derivaciones del double jeopardy pueden ajustarse al proceso penal de los otros. Este es un punto embarazoso, ya que se necesitaría una explicación más detallada del instituto estadounidense. Creo igualmente que, con lo estudiado hasta aquí, se pueden enumerar algunas de esas implicancias. En tal sentido tanto la proscripción del recurso acusador ante absoluciones (que no hayan sido originadas pro actividad ilícita del acusado) como la imposibilidad de retrotraer el debate a etapas anteriores (sin que ello haya sido solicitado por el acusado), son dos de los principales efectos que naturalmente deberían ser de aplicación para el caso de aceptar el double jeopardy.

47.- En el sentido expuesto, hay que decir que una de las principales consecuencias del instituto estadounidense, quizá la más relevante, de evitar la retrogradación a etapas anteriores luego de absoluciones, y ha tenido algunas experiencias en Europa, aunque de la argumentación de los tribunales no queda claro si se trata de una aplicación directa del double jeopardy o bien de la suma de



muchos otros institutos, lo que resulta verdaderamente confuso.

También se debe recordar, por lo demás, que los orígenes de esta institución provienen del derecho romano, de raíz latina, que luego fue paradójicamente tomado por el derecho anglosajón. Es decir, que existen razones de tradición histórica que avalan lo que aquí se propone.

Ha sido expuesta por Alejandro Carrió^{§§§§} y configura, una alternativa razonable para resolver la cuestión en la etapa del juicio oral, antes o después de que recaiga decisión final pero siempre luego de que haya acusación, en los términos ya analizados. El mismo autor luego señala que en los avatares procesales anteriores a esa etapa, es decir en la instrucción, no habría impedimentos constitucionales para que **el sistema de nulidades funcione como instituto procesal, con capacidad para retrogradar la causa a instancia anteriores, independientemente de que ello perjudique al acusado y aunque no haya sido solicitado por él.**

Esto último, no obstante, debe ser tomado con precaución, ya que ha sido criticado por autorizada doctrina.

Pastor ofrece su propia solución al respecto: el “**principio de descalificación procesal del Estado**”, que con la pretensión de operar a lo largo de todo el proceso penal y con una única solución para todos los casos, sin dudas constituye un esquema coherente y armónico, con la ventaja de brindar una solución unitaria a todo tipo de vulneración de derechos fundamentales del individuo, incluidos los casos que se vienen analizando. La presencia de errores de derecho material en la sentencia constituye el único supuesto en donde el superior podrá condenar al imputado antes absuelto.

48.-Este modelo ofrece la ventaja, en relación con la propuesta aquí expuesta, de que amplía la frontera protección del individuo dentro de la cual el ius puniendi estatal no puede ingresar, pero también deja prácticamente inaplicable el sistema de nulidades previstos en la legislación procesal, así como también las vías recursivas del acusador, tanto público como privado, ante sentencias absolutorias e inclusive ante sobreseimientos en etapa instructora. Todo ello conlleva el obvio cuestionamiento de si estamos ante un modelo que pueda ser viable hoy y ahora, en los sistemas procesales comparados.

A partir de ese momento es, además, donde aparece con mayor fuerza el derecho del acusado a que haya una decisión definitiva que ponga fin al estado procesal de incertidumbre en que se encuentra. Allí es donde también cobran plena relevancia los principios de publicidad, inmediación, oralidad, concentración e identidad de juzgador. De tal modo a partir de ese momento, si no hay ninguna actividad procesal del imputado (que no implique ejercicio del derecho de defensa) que causa nulidades, esa moneda que ha sido lanzada al aire con la acusación no puede ser luego frenada y lanzada nuevamente, ya que ello implica la reiteración de un riesgo para el acusado, en abierta contradicción al non bis in idem.

Luego viene otra cuestión de no menor complejidad, que es la de cotejar

^{§§§§} Alejandro Carrió, op.cit., p. 197.



cuáles de las derivaciones del double jeopardy pueden ajustarse al proceso penal de los otros dos países. Este es un punto embarazoso, ya que se necesitaría una explicación más detallada del instituto estadounidense. Creo igualmente que, con lo estudiado hasta aquí, se pueden enumerar algunas de esas implicancias. En tal sentido tanto la proscripción del recurso acusador ante absoluciones (que no hayan sido originadas pro actividad ilícita del acusado) como la imposibilidad de retrotraer el debate a etapas anteriores (sin que ello haya sido solicitado por el acusado), son dos de los principios efectos que naturalmente deberían ser de aplicación para el caso de aceptar el double jeopardy.

49.- Así, Daniel Pastor**** ha objetado esta solución (así como las otras que se han venido aportando en la doctrina), al afirmar que en realidad el non bis in idem nunca ha sido la respuesta para sostener que el reenvío es intolerable, y que, además, todos los ensayos que desde la doctrina han intentado dar respuesta a la cuestión, constituyen en realidad “impedimentos condicionados” de retrotraer la causa hacia estadios anteriores, ya que siempre terminan admitiendo excepciones a la operatividad del non bis in idem. Dice el autor.

“Lo que impide, una y otra vez, una salida adecuada para el asunto examinado parece estar en el hecho de que siempre se condiciona la prohibición de reenvío, siempre parece que, bajo algunas patologías del procedimiento, por más que sean bien extraordinarias y limitadas, el reenvío tras la anulación de una absolución estaría permitido para estos casos... según todas las interpretaciones de esta jurisprudencia a veces se puede volver atrás y a veces no. La línea divisoria no es precisa, la suerte de la decisión dependería de unas comprobaciones más o menos abiertas tendentes a determinar si los actos irregulares a renovar son esenciales o insustanciales...”

También debe ser objeto de mayor debate determinar si, tanto el non bis in idem como la cosa juzgada, son garantías que deben prevalecer siempre y en todos los supuestos o si, por el contrario, se pueden aceptar excepciones a las mismas.

Por otro lado, también pueden darse casos de verdaderas situaciones en donde la colisión de derechos sea real, que no han sido objeto de estudios en este fallo, pero que implican un fenómeno jurídico que debe ser tenido muy en consideración. Piénsese en tal sentido en la difícil relación existente, en un proceso en el cual sus etapas han sido cumplidas de manera legítima, entre las garantías del imputado y los derechos de las víctimas en el juicio, un supuesto que a menudo suele ser tomado como paradigma de la dicotomía antedicha. Se ha citado a Carpio Briz, quien hizo mención al fenómeno, como también lo ha hecho la Corte IDH, al mostrar la dicotomía (que aquí se calificó de aparente) en el “**caso Almonacid Arellano**”.

50.- Si aceptamos que el non bis in idem no es una garantía o derecho absoluto, y que la idea de conflicto de derechos es ínsita a cualquier ordenamiento moderno de derecho, se deben aportar herramientas primero para la identificación del conflicto, ya que se ha visto que muchas veces la dicotomía es ficticia, y ulteriormente, constatada la existencia de un verdadero choque de derechos, es

**** Daniel Pastor, op.cit.,p. 505



aconsejable poder contar con instrumentos para que el margen de vaguedad se achique, y así la ponderación entre derechos pueda ser resulta, en el caso concreto, de manera solvente.

51.- Por último, el verdadero problema de aceptar que existen excepciones al principio se manifiesta no tanto en el campo teórico, sino más bien en la praxis cotidiana, lugar en donde se corre el peligro de caer en la pendiente resbaladiza de ampliar de manera indefinida los supuestos “excepcionales”, dejando así vacío el respeto de la garantía, que constituye la regla. Este uso indiscriminado de casos de no aplicación termina desdibujando el fin para el que ha sido necesaria su creación. Pero en todo caso se trata de un problema de la aplicación práctica y no de los institutos de la cosa juzgada o del non bis in ídem o del double jeopardy en sí mismos, acerca de los cuales no veo problemas en aceptar que sean pasibles de sufrir excepciones, al menos en los ámbitos procesales-constitucionales en donde hoy les toca moverse.

52.- En el caso concreto, la falta de racionalidad de la norma se constata en el hecho que puede enfrentar una doble persecución y una doble punición: en sede administrativa y en sede penal, por los mismos hechos. En efecto, el dilema constitucional deducido consiste en que la aplicación de la norma se traduce en una afectación al principio de igualdad ante la ley, proporcionalidad y garantías connaturales del debido proceso.

XI.- CASO CONCRETO

53.- Que el quid del problema consiste – en el caso concreto – que el precepto legal impugnado sufre un desajuste con el principio de proporcionalidad, en la medida que este establece una prohibición de exceso en el reacción punitiva del Estado, prohibición que se incumple en el presupuesto fáctico. Además, la falta de racionalidad es tal, que un persona puede verse enfrentada a una doble persecución y a una doble punición: en sede administrativa y en sede penal, por los mismos hechos tal y como queda de manifiesto en la presente causa (fojas 7 del requerimiento).

54.- Que los hechos ya han sido castigados por el derecho administrativo sancionador y además son constreñidos mediante la acusación del ente persecutor, configurando una segunda persecución, en sede penal. De este modo, el artículo 209, inc. 2°, de la Ley de Tránsito N°18.290, aumenta en un grado la pena asignada al delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, pasando en concreto de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado medio.

55.- La invocación del principio non bis in ídem cobra especial relevancia, ya que se activa el derecho administrativo sancionador propio del ámbito administrativo bajo el prisma que la misma conducta esta sancionada como delito por el derecho penal, configurándose una superposición de reglas y valoraciones aplicables a unos mismos hechos.

Finalmente, la aplicación del precepto legal implica una doble valoración en su carácter de prohibición, excediendo el marco del ejercicio de las potestades



sancionadoras y jurisdiccionales, afectando el principio de proporcionalidad, situación de por sí controvertida en la doctrina y en la jurisprudencia.

XII.- PARTICULARIDADES PARA ACOGER.

56.- En cuanto al fundamento, partiremos recordando el modo en que la Constitución reconoce el principio del non bis in ídem tanto en su vertiente material como procedimental. A partir de esta definición constitucional y convencional desarrollaremos “qué es lo mismo” y “qué no lo es” y cuándo concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento normativos. En este caso, realizaremos un ejercicio de aplicación simple de esta concurrencia de elementos a partir de una previa sanción administrativa aplicada respecto de los mismo hechos.

Se utilizan diversas denominaciones (non bis in ídem y ne bis in ídem) para identificar la idea de un doble juzgamiento. Se trata de la configuración de un viejo principio jurídico posterior al siglo II D.C. de contornos no tan claros que se adapta a dos fórmulas que son sinónimos (ne y non) pero que al ser castellanizados generan un entendimiento diverso. Si la noción es “ne” se traduciría en “para que no (o que no) dos veces o en (o por) lo mismo”. Si la iniciamos con “non” diría “no dos veces en (o por) lo mismo”. Esta expresión imperativa final es la que se sugiere utilizar en la idea de identificar un principio y a ella nos adaptaremos.

Este principio no tiene una consagración constitucional expresa en nuestro ordenamiento, lo que se diferencia de otros textos fundamentales que lo han incorporado con claridad. [Por ejemplo, ver los artículos 29 de las Constituciones de Colombia, Bolivia (art. 117), Costa Rica (art. 42), Ecuador (art. 76), Estados Unidos (enmienda 5º); México (art. 23) o Panamá (art. 32), entre tantos otros]. La realidad de un ordenamiento que no los incorpora obliga a indagar como se ha entendido este principio dentro de nuestra Constitución, a partir del pronunciamiento directo o indirecto que nuestra jurisprudencia ha tenido al efecto (STCs 2133, 2896, 3054, entre otras).

Por una parte, se estima que el principio del non bis in ídem no está en la Constitución, pero se desprende directamente del inciso segundo del artículo 5º de la Constitución, como uno de los derechos respecto de los cuales todos los órganos del Estado están obligados a respetar y promover, por su innegable conexión con derechos convencionales que lo reconocen expresamente.

Por la otra, se sostiene que sustenta en una vulneración mediata del artículo 1º (dignidad humana), del artículo 5º inciso segundo (“los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”), el debido proceso (artículo 19, numeral 3º), todos de la Constitución. Y, adicionalmente, del igualmente interpretable e implícito principio de proporcionalidad.

57.- **CONEXIÓN CONVENCIONAL DEL NON BIS IN ÍDEM MEDIANTE EL ARTÍCULO 5º INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN.** El ordenamiento convencional el que refleje con nitidez los alcances de este principio. El artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica 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”.

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

Por lo anterior, estas reglas convencionales establecen una conexión con los criterios materiales que se deben encontrar incorporados en el ordenamiento constitucional. De esta manera, es posible advertir que el principio del non bis in ídem puede ser estimado como “una regla de doble reconocimiento” de un derecho convencional expreso que se asocia a uno constitucional igualmente explícito (por ahora en el artículo 19, numeral 3º de la Constitución), cumpliendo la exigencia del ordenamiento interno, esto es, “derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales” (artículo 5º de la Constitución).

Ya hemos sostenido la vía complementaria y convencional del contenido expreso desde los artículos 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a través del artículo 5º inciso segundo de la Constitución. Cabe ahora especificar las normas constitucionales internas, lo que traducido en el primer estándar material del non bis in ídem implica que no es posible sancionar a una persona dos veces en lo mismo. De este modo, “ningún delito se castigará con otra pena”(artículo 19, Nº 3). Este es un mandato dirigido al legislador penal que puede vulnerar cuando establece otras penas por los mismos sujetos, hechos y fundamentos, vulnerando el principio de legalidad penal, señalado en el inciso 8º, numeral 3º del artículo 19, de la Constitución. Esta vertiente material puede complementarse interpretativamente como una infracción al principio de tipicidad puesto que el dilema radica en la configuración normativa de los ilícitos.

En cuanto a la vertiente procesal del principio de non bis in ídem, por una parte, están las reglas del debido proceso puesto que sería una garantía de un procedimiento e investigación racional y justo. Sin embargo, podríamos entender que una de las variantes del principio se encuentra consagrado de modo indirecto al establecer la prohibición de que el Presidente de la República y el Congreso Nacional pueda “hacer revivir procesos fenecidos” (frase final del inciso primero del artículo 76 de la Constitución).

Este precepto viene reiterándose en la larga trayectoria constitucional chilena como una manifestación del principio de cosa juzgada. [Art. 108 de la Const. de 1833 y art. 80 de la Const. de 1925 en los mismos términos que la actual.] Para la doctrina implicaba “una consagración del principio de la cosa juzgada y de la inviolabilidad de los derechos declarados por la autoridad competente para todos los otros poderes soberanos”⁺⁺⁺⁺. Asimismo, el art. 73 (actual 76 de la Constitución vigente) prohíbe, en términos absolutos, al Presidente y al Congreso “hacer revivir procesos fenecidos” y

⁺⁺⁺⁺ Manuel Carrasco Albano, Comentarios sobre la Constitución Política de 1833, Imprenta y Librería del Mercurio, pp. 182-183



es indudable que la prohibición alcanza a la ley, dado que dichas autoridades no pueden hacer reabrir un proceso concluido, ni por acto separado ni por acción conjunta que se exteriorice por medio de la ley”####.

De este modo, con base normativa concreta, es posible advertir que los fundamentos que explican el principio non bis in ídem se relacionan en la Constitución chilena con el principio de legalidad penal y de tipicidad, en su dimensión material, y con el debido proceso y la cosa juzgada en la vertiente procedimental del principio non bis in ídem material. Y en ambas circunstancias, complementadas por los tratados internacionales que regulan específicamente la materia.

58.- LA TRIPLE IDENTIDAD PARA OTRA SANCIÓN DE “LO MISMO”

La pregunta fundamental en toda causa de esta naturaleza, en donde se combinan reglas punitivas superpuestas, es saber precisar cuándo nos encontramos frente a “lo mismo”. Es esencial antes de analizar la prohibición del “bis”, el despejar el “idem”. Y respondemos de modo genérico, que “lo mismo”, o el “idem”, se equipara a la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento. Basta que falte una de ellas para que los supuestos punitivos operen con independencia y no se anulen constitucionalmente por el principio del non bis in ídem.

El sujeto sancionado debe ser el mismo

El sujeto debe ser, necesariamente, el mismo. A efectos de adelantar un juicio combinado de criterios aplicados al caso concreto, no tenemos duda alguna que concurre identidad del mismo sujeto sancionado en sede administrativa e imputado en el ámbito penal: el Sr. Luis Enrique Jerez Fuentes. Respecto de las demás personas que se hicieron parte, en la argumentación del caso concreto lo identificaremos.

Los hechos por los cuales se le condena o sanciona deben ser lo mismo

También debe haber una misma identificación de los hechos. “Se considerará que existe un solo hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad (criterio finalista) y sea valorado unilateralmente en un tipo (criterio normativo)”.§§§§§ Esta definición resulta extremadamente clave en un caso como el analizado. Hay un conjunto de hechos que tienen, en regla de principio, una voluntad relativamente similar. Sin embargo, en cuanto mandatos normativos no se valoran como si fueran parte de un mismo acto o hecho.

Ello exige coordinar qué hechos son parte de las normas por los cuales es sancionado doblemente, lo que analizaremos en la perspectiva del caso concreto.

El mismo fundamento

Alejandro Silva Bascuñán (2002), Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VIII, Segunda edición, p.124.

§§§§§ Alarcón, Lucía (2010), Principio non bis in ídem, en Lozano Cutanda, Blanca (2010), Diccionario de sanciones administrativas, Lustel, Madrid, p.765,



A primera vista, habrá un “mismo” fundamento cuando el bien jurídico tutelado sea de idéntico tenor en ambos ordenamientos penal y administrativo que orientan la punición. Sin embargo, tan sencilla conclusión no permite avanzar en la distinción de casos complejos. Por lo mismo, un aspecto indiciario, y que en este caso concurre expresamente, es que resulta razonable pensar que haya identidad del bien jurídico protegido cuando se deriva de la misma ley sectorial.

Esa aproximación es tan solo inicial puesto que la doctrina sugiere que “la identidad de fundamento comporta, en realidad, dos identidades: identidad de bien jurídico o interés público protegido e identidad de lesión o ataque a ese bien”****. En tal sentido, un hecho podría generar múltiples infracciones a diversos bienes jurídicos o diferentes hechos pueden vulnerar un solo bien jurídico. Por tanto, habrá que estar analizando cómo mediante el o los castigos se logre sancionar toda la ilicitud y se reproche todo el daño ocasionado al bien jurídico.

XIII.- CONCLUSIONES

59.- Que la consecuencia de lo anteriormente razonado, denota que el principio “ne bis in idem” requiere la precisión de naturaleza constitucional, no sólo desde una mirada del principio de legalidad, sino que, además, desde la perspectiva de la proporcionalidad. Sin embargo, al efectuar la precisión de que este juicio de necesidad no le corresponde hacer al legislador, sino al juez como estándar de adjudicación, dado que no se trata de una cuestión de proporcionalidad abstracta el dilema constitucional deducido, sino, más bien, concreta. Por lo tanto, no está en manos sólo del sentenciador realizar dicha operación deductiva, sino que precisa que el legislador sin vulnerar el ne bis in idem regule de manera general si la pena aplicable al imputado incurre en la retribución punitiva, mediante la cual se le castiga.

60.- Que en virtud del principio referido precedentemente la pena punitiva cubre empíricamente el fundamento de una segunda sanción, toda vez que el efecto del castigo consistente en asegurar cognitivamente los estándares de actuación mediante el cual existe una doble punición, llevan a este previniente a acoger el requerimiento a fojas 1 sólo en virtud del argumento de la concurrencia de la vulneración del principio non bis in idem previsto implícitamente en el artículo 19 N°3 inc. 6° de la Constitución Política, razón que lleva a acoger el requerimiento de fojas 1 y siguientes.

Redactó la sentencia el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, y la disidencias, los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y NELSON POZO SILVA, respectivamente.

**** Alarcón. Lucía, La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador, Iustel, Madrid, p.51



Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 10.571-21-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, señores GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el País.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.