

**VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*
EN EL SISTEMA DE SANCIONES ESTATALES
(PENALES Y ADMINISTRATIVAS):
INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD***

Francisco Victorino Castillo Vera

Abogado. Pontificia Universidad Católica de Chile

Profesor de Derecho Penal. Universidad Andrés Bello

Magíster © en Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa. Universidad de Chile

fcastillo@bcbabogados.cl

SUMARIO EJECUTIVO: *I.- Introducción. II.- Presupuesto de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. III.- Nociones generales acerca de la pena administrativa. IV.- Prohibición de doble sanción respecto de un mismo hecho. El principio non bis in idem y su vinculación con el principio de legalidad. V.- Presupuestos de aplicación del principio non bis in idem: La triple identidad de sujeto, hechos y fundamento. VI.- Consecuencias en el plano procesal del principio non bis in idem. VII.- Razonamientos posteriores.*

“A los jueces corresponde actuar como protectores de las garantías constitucionales evitando escudarse en la oscuridad de las normas o la falta de voluntad política de sus superiores.”

Eric Eduardo Palma ¹

I.- Introducción.

El presente ensayo, tiene por objeto ofrecer en perspectiva los argumentos a partir de los cuales es posible intentar sustentar razonablemente, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ley en nuestro ordenamiento interno, en aquellos casos en que la norma se reconoce autorizada para imponer respecto de un mismo hecho una doble sanción, sea que se trate de sanciones penales sucesivas o simultáneas, o bien éstas, junto a sanciones administrativas como por ejemplo ocurre con el artículo (art.) 55 inciso (inc.) 2º de la Ley N° 18045 de Mercado de Valores (LMV), que preceptúa lo

* Publicado en **Microjuris. Boletín N° MJD321. Doctrina. 07-01-2009.**

¹ PALMA, Eric. *La Constitucionalización del Proceso Penal en Chile y sus alcances en la Doctrina y la Práctica Procesal del siglo XIX.* Colección de Investigaciones Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, año 2004, N° 4, p. 52.

siguiente: “Por las personas jurídicas responderán además, civil, administrativa y penalmente sus administradores o representantes legales a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción.”, sin ser excluyente de otros ejemplos que a lo largo del trabajo se ofrecerán, que también colisionan con el respeto al principio *non bis in idem*.

Para cumplir nuestro objeto, en primer lugar, en breve, se comenta el presupuesto base de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, para luego, hacer referencia y delimitar el concepto de pena administrativa, enlazarlo con la prohibición de doble sanción respecto de un mismo hecho, vinculando esta última con el principio de legalidad, y por consiguiente su inconstitucionalidad. Finalmente, se abordan los presupuestos materiales y las consecuencias procesales de nuestro razonamiento, con especial referencia a la jurisprudencia constitucional española.

II.- Presupuesto de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.

Para los efectos de hallar sentido a la decisión de interponer un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad² de un determinado precepto legal, es necesario antes que todo comprender cuándo una determinada disposición no es aplicable por ser contraria a la Constitución Política de la República de Chile (CPR) en los términos descritos por el artículo 93 numeral 6° de nuestra Carta Fundamental.

Para ello, en primer lugar, corresponde definir con claridad cuál es el precepto constitucional afectado o vulnerado por aplicación de cierta disposición legal. Esto se puede presentar, bien sea porque se encuentra una manifiesta contrariedad con una determinada disposición constitucional, bien sea porque la contrariedad está velada en el sentido de ser descubierta sobre la base de una interpretación de un precepto constitucional que permita incorporar en su texto principios fundamentales que no es posible hallar a simple vista en la norma.

Para lo anterior, corresponde entonces interpretar el precepto legal cuestionado, y determinar si en el mismo existe cierta contrariedad con algún principio, que pueda verse reflejado a su vez en una contradicción con un precepto a nivel constitucional.

III.- Nociones Generales acerca de la Pena Administrativa.

El Estado para la protección de intereses valiosos, no sólo cuenta desde un punto de vista sancionador, con el derecho penal, éste constituye sólo una parte del sistema de sanciones estatales. Adicionalmente, el Estado dispone de las sanciones

² *Vid.* al respecto PEREIRA, Antonio-Carlos, *Teoría Constitucional*, Editorial Lexis Nexis, 2ª edición chilena, año 2006, ps. 233 y ss.

administrativas, las que junto con el derecho penal forman parte del gran sistema jurídico de sanciones estatales.³

Ahora bien, la pena administrativa puede ser concebida en un doble sentido. Por un lado tiene un contenido *procesal*, a partir del cual diremos que son penas administrativas aquellas sanciones que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico imperante, se imponen por una autoridad administrativa, sin intervención de los tribunales de justicia, no obstante su naturaleza punitiva. Por otro lado, también podemos concebirla desde un punto de vista *material*, según el cual, ésta dice relación con hechos que violentan la estructura, organización y funciones de la Administración, o bien atentan otros bienes jurídicos que, por hallarse íntimamente vinculados con ella, la afectan de manera directa.⁴

Luego, las penas administrativas, siguiendo una interpretación sistemática del art. 20 de nuestro Código Penal (CP), que hace referencia a ellas, pueden ser clasificadas en *gubernativas* y *disciplinales*. Las primeras, pueden ser definidas como aquellas por las que la autoridad administrativa está facultada para imponer a cualquier ciudadano; las segundas, por su parte, corresponden a las infringidas a quienes se encuentran vinculados con la organización administrativa por una relación de subordinación, que por ende los obliga al obedecimiento de ciertas normas de conducta que, como bien indica Cury, buscan mantener el orden al interior de la organización.⁵

La incógnita que corresponde dilucidar para los efectos del presente trabajo, dice relación ahora, con definir si existe o no cierto nivel de diferenciación entre las penas de carácter administrativo y las de carácter penal. Al respecto, en doctrina existe acuerdo mayoritario al momento de preguntarnos sobre la diferencia existente entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, señalando que es de carácter *cuantitativo*, cuando dice relación con penas administrativas gubernativas; y de carácter *cualitativo*, cuando se vinculan con penas administrativas disciplinarias.⁶

Para esta doctrina, la naturaleza de las penas disciplinales, cuyo objeto es preservar el funcionamiento adecuado de las organizaciones dentro de las cuales se aplican, no presuponen necesariamente la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, siendo suficiente para su imposición, con una falta de lealtad para con la

³ BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Akal/Iure, Madrid, 4ª edición, año 1997, p. 27.

⁴ CURY, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005, p. 103.

⁵ CURY, *ibidem*.

⁶ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, año 2001, p. 86. Para el análisis de la posición extrema que sustenta una diferencia cualitativa entre la pena penal y la administrativa en sentido amplio, *vid.* CURY, Enrique, *op. cit.*, ps. 104 y ss.; *vid. tb.* JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, año 1995, ps. 6 y ss., ps. 66 y ss. *Vid. tb.* BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, ps. 26 y ss; Una posición intermedia, con especial referencia al derecho penal económico, encontramos en GARCÍA, Percy. *Derecho Penal Económico, Parte General, Prólogo de Jesús-María Silva Sánchez*. Ara Editores, Perú, año 2003, ps. 67 y ss.

institución, incluso de forma conjunta con una pena penal, sin que por ello, se esté vulnerando el principio *non bis in idem*.⁷

Por nuestra parte, compartimos lo dicho por Cury, para quien la diferencia entre la pena penal y la administrativa, sea gubernativa o disciplinal, es meramente *cuantitativa*.⁸ Decir que las penas administrativas en un sentido amplio tienen una naturaleza diferente de las penas penales, tiene por principal fundamento el supuesto contraste entre los intereses de la sociedad y el individuo, arguyendo que, mientras las penas penales protegen bienes jurídicos, las administrativas no, que solo buscan proteger el cumplimiento de meras obligaciones impuestas por razones de orden, es inaceptable, ya que la Administración, cada vez que toma una decisión, incluso arbitraria de “orden”, lo hace con el objeto precisamente de sustentar la protección de ciertos bienes jurídicos inherentes en la mantención de cierto “orden” asumido por la Administración como bien jurídico merecedor de protección.

Así entonces, como bien indica Cury, entre ambos “...sólo puede hacerse una distinción de *magnitudes*. El administrativo no es sino un injusto de significado ético-social reducido, que por tal razón sólo debe estar sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la de la pena penal.”⁹ En otros términos, estamos frente a un “*continuo de ilicitud*” en que la diferencia entre las penas contrastadas, sólo se refleja en el instrumento de sanción, justificado a propósito de existir una menor entidad en ciertas actuaciones, y que por eso, son llevadas a la autoridad administrativa a través de “la facultad de imponer penas, en un procedimiento expedito, aligerado de formalidades hasta donde sea prudente”¹⁰, pero en caso alguno, hemos salido del ordenamiento punitivo cuando el Estado a decidido imponer penas administrativas, puesto que, como bien advierte Matus, parafraseando a Zaffaroni, “...las leyes que establecen penas son siempre leyes penales aunque aparezcan bajo la máscara de legislación tutelar, sanitaria, administrativa o de otra índole. Aunque la ley disponga que los lobos son vacas, difícil resultará convencer a un lobo de que es un mamífero doméstico que da leche.”¹¹

A igual conclusión se puede llegar desde la interpretación del art. 20 CP, en virtud del cual “*no se reputan penas*, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.”

⁷ CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 114.

⁸ CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 106.

⁹ CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 107.

¹⁰ CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 109.

¹¹ MATUS, Jean Pierre. *La Ley Penal y su Interpretación*, Ediciones Jurídicas Congreso, Santiago de Chile, año 1994, p. 112.

Cuando el art. 20 CP manifiesta que “...no se reputan penas”, lo que está señalando es que formalmente no serán consideradas como tales, a pesar de participar de una idéntica naturaleza. Si el legislador, hubiese considerado esas reacciones jurídicas como cualitativamente diferentes de la pena criminal, el precepto legal lo habría consignado mediante la expresión “...no son penas” u otro análogo. La utilización del verbo “reputar” refleja el “carácter artificioso de la distinción, pues significa que a tales sanciones no se las tendrá por penas no obstante que naturalmente lo son”.¹²

Incluso, desde un punto de vista histórico, el origen de la pena administrativa, entendida como algo distinto de la pena criminal, y que por tanto, no estaría sometida a las restricciones que implica la amenaza e imposición de esta última, estableciendo de este modo una suerte de diferencia cualitativa entre una y otra, constituye un burdo disfraz de lo que en verdad reflejan una y otra, a saber, instrumentos de poder con que cuenta el Estado para el resguardo de sus intereses los que decide proteger para el desarrollo de una convivencia humana y pacífica. Como nos dice Cury, “...en rigor, el derecho penal anterior a la Ilustración era derecho administrativo, pues aunque las sanciones fueran impuestas por tribunales, los funcionarios judiciales estaban sometidos de tal manera a la Administración que sus decisiones se orientaban de acuerdo con las necesidades y exigencias de ésta.”¹³

Sólo con el advenimiento hacia un Estado liberal, fue correctamente separada la función punitiva, correspondiente al Poder Legislativo y Judicial del Estado, de la Administración, sin perjuicio del posterior proceso de intromisión de ésta última en espacios de libertades que, más que sacados del derecho penal, fueron traídos del mundo privado para ser conocidos y supervisados mediante los órganos administrativos, en atención a la supuesta legitimidad del Estado de disponer de sanciones para el adecuado cumplimiento de su expansiva actividad estatal. De esta forma, la separación del derecho administrativo sancionador del derecho penal, sólo puede interpretarse como una decisión por parte del Estado de decidir proteger sus intereses en base a criterios para establecer la responsabilidad, que no estén sometidos a los límites propios de un derecho penal de corte liberal, cuestión que ha traído como resultado indeseable en un sistema penal garantista, siguiendo a Ferrajoli, “un vaciamiento de casi todas las garantías penales y procesales y una creciente administrativización del derecho penal.”¹⁴

¹² CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 107. Cfr. con GARRIDO, Mario, *op. cit.*, ps. 84 y ss., para quien la conclusión es aceptada sólo parcialmente, ya que a su juicio si la sanción es disciplinaria, tiene su propia identidad vinculada al derecho administrativo, con una finalidad distinta: “su cometido es mantener una determinada organización capaz de funcionar, mientras que el derecho penal debe hacer posible la vida social”. En el mismo sentido cfr. POLITOFF, Sergio y otros. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición actualizada, año 2004, ps. 82 y ss.

¹³ CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 101.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Editorial Trotta, Madrid, 6ª edición, año 2004, ps. 699 y ss.

En definitiva, la diferencia entre la pena administrativa y la pena penal, siempre ha sido y será de carácter meramente cuantitativo, constituyendo sólo una “cortina de humo” su aparente diferenciación cualitativa, debiendo exigirse por tanto, garantía de los derechos fundamentales de toda defensa en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador, incluida la presunción de inocencia del encausado, sin perjuicio de reconocer que dicho procedimiento ha de ser más expedito en su tramitación y resolución.¹⁵ Además, en base a esta misma conclusión ha de exigirse de la política criminal, el diseño de un programa en el que se establezca con precisión qué conductas se pretende sancionar criminalmente y cuáles, por el contrario, se consideran de un rango menor y por tanto, sólo merecedoras de sanciones administrativas.¹⁶

IV.- Prohibición de doble sanción respecto de un mismo hecho. El principio non bis in idem y su vinculación con el principio de legalidad.

Consecuencia directa de la existencia de una diferencia solo cuantitativa, entre la pena administrativa y la penal, es la prohibición de imponer ambas sanciones por la ocurrencia de un mismo hecho, lo que en doctrina se conoce como principio *non bis in idem*, en virtud del cual nadie puede ser castigado dos veces por un mismo suceso.¹⁷

Cuando el Estado, ha decidido intervenir y castigar un determinado hecho, atacando por dos flancos al encausado, está manifestando una de sus peores expresiones de codicia y arbitrariedad. En el mismo sentido Cury, para quien, “...la circunstancia de que algunas leyes y reglamentos acepten esa posibilidad significa sólo un abuso que se debe impugnar enérgicamente, evitando a toda costa elevarlo a la categoría de norma general.”¹⁸

En el derecho comparado, desde antiguo, es posible encontrar eco a la necesidad de impugnación de la vulneración del principio, y, así por ejemplo, en el derecho penal español, ya se ha dicho que, el principio *non bis in idem*, si bien no cuenta con una consagración normativa expresa a nivel constitucional, el Tribunal

¹⁵ CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 111.

¹⁶ BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, ps. 26 y ss. En las palabras del autor, implícitamente uno descubre su disconformidad con la imposición por un mismo hecho de una sanción administrativa y una sanción penal, en base a un criterio de menor entidad de los hechos merecedores de sanción administrativa que no justificaría su mayor desvalor.

¹⁷ Sobre el origen histórico del principio *non bis in idem* (no dos veces lo mismo), *vid.* DOMINGO, Rafael y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, Beatriz. *Reglas Jurídicas y Aforismos: Con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente*. Editorial Aranzadi, Pamplona 2000, p. 92. Los autores destacan como el principio, “si bien no está expresamente formulado en la Carta Fundamental Española, se ha encontrado un apoyo constitucional en el artículo 25.1 de la Constitución Española, al considerar que aquél no es sino una derivación de los principios de legalidad y tipicidad consagrados en este artículo.”; *Vid. tb.* CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 156.

¹⁸ CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 110.

Constitucional Español (TCE) ya ha elaborado jurisprudencia a partir de la cual, junto con elevarlo al máximo rango, le ha dado contenido.¹⁹

Igual reacción encontramos a nivel de Tratados Internacionales. El artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, por ejemplo, preceptúa lo siguiente: “Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y procedimiento penal de cada país.”²⁰

Se ha dicho que el principio *non bis in idem* constituye un principio general del ordenamiento, que configura un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, pues, aunque no se encuentra expresamente previsto en el texto constitucional, constituye una manifestación tanto del principio de legalidad – y del conexo principio de proporcionalidad – como del principio de presunción de inocencia.²¹

¹⁹ BRANDANA, José Ángel. *Sanciones administrativas y sanciones penales: La problemática del principio NE BIS IN IDEM*, en MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Editor). *Derecho Penal del Medio Ambiente. Estudios y Propuesta para un Nuevo Derecho Penal Ambiental Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, año 2004, p. 154.

²⁰ En términos casi idénticos, hallamos el art. 4, párr. 1º del Protocolo Adicional 7º del Convenio Europeo de Derechos Humanos del año 1950 y art. II - 110 del Proyecto de Constitución para Europa del año 2003.

²¹ BRANDANA, José Ángel, *op. cit.*, p. 155. *Vid.* por ejemplo el fallo de Tribunal Constitucional de España 2/1981 del 30 de enero, en que se dice: “El principio general del Derecho conocido por «non bis in idem» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración. Tal principio está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones y se encuentra implícitamente recogido en el artículo 25 de la Constitución.” En otro pronunciamiento: 77/1983, del 3 de octubre señaló: “1. Los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d), finalmente, la subordinación a la autoridad judicial. 2. La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control «a posteriori» por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las Leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ello, y c) la necesidad de respetar la cosa juzgada. 3. El principio «non bis in idem» determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la

Como bien lo advierte Huerta a propósito del derecho penal español, "...el principio de legalidad penal propio de un Estado democrático de Derecho incluye en su seno la prohibición de todo exceso por parte de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*; exceso en el que se incurriría, indudablemente, de imponerse a una persona un doble castigo por unos mismo hechos y con idéntico fundamento, ya que la función de garantía de la libertad individual que está llamado a cumplir el derecho contenido en el art. 25. 1 C.E. se vería francamente distorsionada o rebajada si se admitiera la posibilidad de limitar dicha libertad más allá de lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido de evitación de comportamientos socialmente nocivos."²²

Efectivamente, el principio de legalidad, erigido como pilar basal de toda estructura punitiva de corte liberal, involucra toda proscripción de abuso por parte del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, y por tanto, como la pena administrativa y la penal, sólo se diferencian cuantitativamente, siendo ambas manifestación del *ius puniendi*, su doble aplicación por unos mismos hechos, es manifestación clara de ejercicio abusivo de la facultad de castigar inherente a todo Estado, toda vez que, con ello, el ciudadano destinatario de la norma, no cuenta con la certeza necesaria sobre lo que debe o no hacer, sobre cómo se le castigará o no por la comisión de ciertos hechos, sobre las magnitudes de la pena que se le impondrá, en otras palabras, no recibe el mensaje de seguridad jurídica desde el Estado, sino por el contrario, toma noticia de un comportamiento ambiguo y arbitrario por parte de éste último, que al final del camino, importa sobretodo vulneración del principio de legalidad.

Empero, como bien adelantáramos, por la vulneración del principio *non bis in idem*, no sólo se afecta el principio de legalidad, sino que, además los principios de proporcionalidad²³ y de presunción de inocencia,²⁴ incluso el de intervención mínima.²⁵ Cada vez que el Estado decide atacar al sujeto dos veces por la ocurrencia de un mismo hecho, desconoce que la sanción que se impone al sujeto debe ser proporcionada a la gravedad del delito, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetos político criminales perseguidos, porque cuando castiga doblemente un comportamiento, lo que uno interpreta del Estado es, que no calculó correctamente la primera sanción, y que por ende le queda espacio para seguir castigando al individuo sin que todavía la pena impuesta sea desproporcionada.

apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado."

²² HUERTA, Susana, *Principio de Legalidad y Normas Sancionadoras en El Principio de Legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, año 2000, p. 53.

²³ Vid. GARRIDO, Mario, *op. cit.*, ps. 49 y 50;

²⁴ Vid. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno, Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 2002, ps. 78 y ss.

²⁵ Vid. GARRIDO, Mario, *op. cit.*, ps. 40 y 41.

Semejante razonamiento es inaceptable y genera un nivel de incertidumbre jurídica peligroso en un Estado de Derecho.

A partir de la primera sanción impuesta, uno ya conoce lo que a juicio del Estado fue proporcionado a la comisión del delito, todo lo demás, no será manifestación de justicia sino que, manifestación de arbitrariedad. Ahora, esto último, es al mismo tiempo, síntoma de afectación del principio de inocencia. Imaginemos un sujeto que ya fue absuelto en un juicio legalmente tramitado, obteniendo sentencia firme y ejecutoriada que declara su inocencia. Porqué estaría autorizado el Estado a encontrar como artilugio la posibilidad, ahora de perseguirlo mediante otra vía de sanciones, que también es manifestación del sistema de castigos estatales. Un comportamiento así del Estado, no puede sino ser entendido como una transgresión burda a la inocencia ya decretada y al principio de intervención mínima, puesto que si ya eligió el Estado que el medio adecuado para la preservación de cierto bien jurídico era mediante una pena penal, no puede luego retrotraerse de aquello, para considerar que además necesita de una pena administrativa por ejemplo, como medio de control social adicional en la preservación de un determinado interés jurídico-penalmente valioso.

Ahora bien, el desarrollo dogmático jurídico-penal, como es habitual, tiene velocidades mayores que, aquellas a las que responde el desarrollo jurisprudencial, y por tanto, si en nuestro ordenamiento jurídico, todavía no encuentra acogida la inclusión del principio *non bis in idem* al interior del principio de legalidad, encontrando a través de aquello, justificación a la revisión a nivel constitucional de las situaciones de doble sanción que la legislación ordinaria presenta por idénticos hechos, mucho menos la tendrán, los intentos por incorporar otros principios también vulnerados, cuestión que motiva, al menos en esta oportunidad, la decisión de concentrarnos en el principio *non bis in idem* como principio inherente al de legalidad y tipicidad.^{26 27}

²⁶ Para ver el desarrollo jurisprudencial español de principios distintos al *non bis in idem*, y sus nacientes intentos por vincularlos con el principio de legalidad, *vid.* HUERTA, Susana, *op. cit.*, ps. 58 y ss, en que la autora señala que "...aunque la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad del ilícito penal o administrativo y la de sus correspondientes sanciones no se mencione explícitamente en el art. 25.1 C.E., no por ello ha de considerarse extraña al derecho a la legalidad que en dicho precepto se reconoce.", lo que confirma la sentencia STC 136/1999 del Tribunal Constitucional Español que en su fundamento 21 señala: "Pues bien, la sanción impuesta a los recurrentes ha sido impugnada por éstos desde la doble perspectiva que acabamos de apuntar, de la legalidad y la proporcionalidad de esta medida. En efecto, según nos consta, los demandantes de amparo denuncian en este proceso constitucional que la sanción que les ha sido impuesta vulnera sus derechos a la legalidad penal (art. 25.1 C.E.) y a las libertades de comunicación, de expresión y de participación en la actividad pública (arts. 20 y 23 C.E.) y en ambos casos por dos motivos: Porque el tipo aplicado no respeta los principios de taxatividad, certeza y previsibilidad y porque la sanción resulta desproporcionada, al ser innecesaria la reacción penal y excesiva la pena impuesta.", sin perjuicio de votos particulares, entre los que destacamos a modo de ejemplificar, la incipiente acogida, el voto redactado por el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien anticipa: "...dos advertencias conviene poner en el umbral del razonamiento. Una, que el principio de proporcionalidad no figura por su nombre en la Constitución.

Una interpretación de nuestra Carta Fundamental, también permite comprender incorporado el principio del *non bis in idem* al interior de los principios de legalidad y tipicidad. Al respecto el artículo 19 N° 3 incisos (incs.) 6 y 7 CPR señala lo siguiente: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que la nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”

En primer lugar, la norma constitucional citada, hace referencia a la expresión “delito” vinculándolo con sólo una “pena”, que para dar cumplimiento al principio de legalidad debe ser promulgada antes de realizada la conducta. En otras palabras, podemos entender que, el Constituyente, siempre tuvo previsto que, un delito sólo podemos comunicarlo necesariamente con una única pena, y cuando hace referencia a la expresión “delito” lo hace en referencia a un hecho objeto de sanción estatal en sentido amplio,²⁸ sea esta penal o administrativa, por cuanto ambas forman parte de un “continuo de ilicitud”.

Luego, hace referencia a “una ley”, dando cuenta que basta para castigar cierta conducta con una sola ley y no con otras posteriores que se hagan cargo de sancionar

Dos, que es ésta la primera vez que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de un precepto penal por considerar desproporcionada la sanción prevista, juicio de proporcionalidad que había siempre rehusado a pesar de habérselo propuesto muchas veces y algunas con una desmesura más ostensible, como luego se verá...”; y el voto del Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera quien señala: “...la Sala sentenciadora no impone las penas como restricción necesaria en una sociedad democrática a la libertad de expresión -cual sucede, v. gr., en los llamados delitos de opinión-, sino como consecuencia del reproche que supone colaborar con un grupo terrorista mediante actos de apoyo material claramente eficientes para el logro de sus fines. Desde esta perspectiva, no cabe estimar irrazonable o desproporcionada la gravedad de la penas y, en particular, de las privativas de libertad, habida cuenta de que los hechos enjuiciados tienen un carácter intimidatorio que se proyecta universalmente sobre el espacio electoral -excede de la mera coerción individual-, constituyendo, además, colaboración con una banda armada que se dedica a realizar y materializar actos de amenaza. A lo que cabe añadir que, desde otro prisma, el de la legalidad penal, los recurrentes ni han impugnado la gravedad de las penas, ni han aducido específicamente la falta de consumación en la ejecución del delito.”; Vid. *tb.* VALENCIA, German. *Derecho Administrativo Sancionador y Principio de Legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, año 2000, ps. 158 y ss.

²⁷ En materia de vulneración del principio de proporcionalidad, ya se han esbozado nuevos criterio en la jurisprudencia constitucional española, que de alguna forma morigeran, os primeros pronunciamientos. Así por ejemplo, STC 2/2003, requiere la efectiva reiteración sancionadora y no basta la mera declaración de imposición de la sanción, luego si se ha procedido a descontar la anterior sanción, ya no habrá sanción desproporcionada. Vid. al respecto JÁEN, Manuel. *Estudios Penales. Principios, Sistemas de Consecuencias Penales, Jurisdicción Universal, Nuevas Formas de Criminalidad, Proceso Penal, y otras Cuestiones de Actualidad Penal*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, año 2006. p. 63.

²⁸ En un sentido parecido, CURY, Enrique. *Ley Penal en Blanco*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, año 1998, ps. 144 y ss.

el mismo hecho delictual.²⁹ De ser así, es decir, de surgir con posterioridad “una ley” que importe una pena más favorable, será esta la ley aplicable y no las dos de forma conjunta, simultánea o sucesiva, puesto que en cuanto ellas digan relación con penas administrativas y/o penas penales, como, insistimos, forman parte de un *continuo*, existe el imperativo de preferir aquella que sea más favorable para el imputado.³⁰

Nuestro Tribunal Constitucional no ha tenido pronunciamientos concretos sobre el alcance del principio de legalidad y la posibilidad de contener en él, por ejemplo el principio *non bis in idem*.³¹ Sólo tangencialmente se han hallado pronunciamientos iniciales acerca de su alcance en lo que para el presente ensayo interesa, y así por ejemplo existe un voto de prevención del ministro Jorge Correa, en que plantea la posición contraria a la defendida en este documento, señalando que no es dable entender que en los incisos 7º y 8º del artículo 19 Nº 3 CPR están incorporadas las sanciones administrativas.³²

No compartimos tal razonamiento, y por el contrario, nos sumamos al camino razonado en otro voto de prevención por los ministros Marcelo Venegas y Enrique Navarro, quienes han señalado: “Que específicamente en materia sancionatoria este mismo Tribunal ha señalado que `los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado`. Así se ha consignado que `entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de

²⁹ ORTÍZ, Luis. *Delincuencia Económica*. Revista Problemas Actuales de Derecho Penal, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco, mayo 2003, ps. 207 y ss.

³⁰ Vid. BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, ps. 55 y ss.

³¹ TC 479/2006 y TC 781/2007

³² Al respecto, el ministro Jorge Correa indica: “Que si intentamos dilucidar la intención o espíritu del artículo 19 Nº 3, ella también nos conduce a rechazar la tesis de asimilar el estatuto constitucional de las penas con el de las sanciones administrativas. Desde luego, se han citado en los razonamientos cuarto y sexto de esta prevención la doctrina de dos de los más influyentes redactores de este precepto y ambos coinciden en que el precepto no se dictó para aplicarse más allá de lo penal. Al revisar las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en que se discute el contenido de esta norma, resulta claro el propósito de los comisionados de aplicar algunos de sus incisos más allá del ámbito penal. Así, por ejemplo, ocurrió con el justo y racional procedimiento, aunque reconociendo diferencias según lo que se tratara de juzgar. Esta voluntad, en cambio no se manifiesta respecto de los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19. Si se revisan los ejemplos y situaciones que los Comisionados ponen al discutirlos se advertirá que ellos consisten en casos estrictamente penales, salvo una de don Alejandro Silva Bascuñán quien propone que la garantía de la irretroactividad cubra no sólo las sanciones penales, sino toda sanción. La propuesta se deja para una posterior discusión, la que luego no se verifica, al menos según el registro de sus actas según consta en actas de la sesión 212. Don Enrique Evans, activo participante en ese debate reconoce en su obra *Los Derechos Constitucionales*, páginas 129 y 130, que se propuso extender las garantías de los tres últimos incisos a toda sanción, pero que ello no se concretó.” Punto 9º de su prevención; TC 479/2006.

las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”.³³ Por lo demás, a igual conclusión ha llegado la Excma. Corte Suprema de Justicia la que ha dicho en relación con el punto que, “...el principio de reserva o legalidad, como límite de la potestad punitiva del Estado, apreciado para los efectos del presente análisis, bajo su vertiente de la tipicidad, - y de acuerdo con cuyo enunciado, ninguna conducta puede sancionarse sin que previamente haya sido descrita en la ley -, se encuentra previsto como un derecho fundamental de las personas en el inciso final del precitado artículo 19 N° 3 de la Constitución; y su aplicación tiene lugar tanto en el ámbito de la potestad sancionatoria penal que ejercen los Tribunales de Justicia, en quienes radica la atribución exclusiva para imponer penas, como en aquel de la potestad sancionatoria administrativa, que se reconoce a la Administración del Estado para sancionar determinadas conductas infraccionales”.³⁴

Los razonamientos precedentemente expuestos, son la base necesaria a partir de la cual de forma natural, posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional debieran admitir la inclusión en el principio de legalidad de la prohibición de doble sanción por un mismo hecho, toda vez que sus deducciones surgen desde la idea de un Estado de Derecho como elemento de interpretación e inspiración, pudiendo entonces extraer del contexto de la Carta Fundamental que consagra el principio de legalidad, otros principios subsumidos en los expresamente señalados como lo es el principio *non bis in idem*. Pero valga la siguiente advertencia de Cury: “...la tarea de desenvolver esa idea y hacerla aplicable a los casos particulares de que conoce, es una de las más difíciles, pero también de las más altas que compete a la jurisprudencia. En ella, entre otras, se concreta su renovada función de “decir el derecho”, desde la ley, pero “hacia el hombre”.³⁵

V.- Presupuestos de aplicación del principio non bis in idem: La triple identidad de sujetos, hechos y fundamento.

Visto entonces que, el principio *non bis in idem* resulta ser un principio inherente al principio de legalidad, y que por tanto, también es merecedor de protección constitucional, corresponde evaluar los presupuestos de aplicación del mismo, por cuanto, si bien la fórmula del principio es clara en su enunciado, determinar las situaciones en que resulta aplicable, requiere de cierto esfuerzo interpretativo que tampoco haga devenir en aprovechamiento del mismo. Al respecto, pertinente es aclarar que la proscripción de doble sanción se da en un doble plano,

³³ Punto 5° de su prevención; TC 479/2006.

³⁴ Corte Suprema, 8 de diciembre de 2005, Rol Corte N° 4404 - 2005, considerando vigésimo quinto.

³⁵ CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 146.

uno de presupuestos y otro de resultados, una vertiente material que servirá de presupuesto de las consecuencias en el otro plano, el procesal.

El plano material del *non bis in idem*, implica que nadie puede ser condenado dos veces por los mismos hechos y con idénticos fundamentos, esto es, que la imposición a un mismo sujeto de una doble sanción penal, o de una sanción penal y otra administrativa, o de dos sanciones administrativas, como consecuencia de un mismo comportamiento que afecta a un bien jurídico lesiona el derecho fundamental contenido en el principio de legalidad. En otras palabras, como presupuesto de aplicación del principio *non bis in idem*, se exige una triple identidad: del hecho, del sujeto y de fundamentos, a lo que algunos agregan, la inexistencia de una relación de sujeción especial.³⁶

En relación con la comprobación de la identidad del hecho, es importante definir a qué nos referimos cuando hablamos de “identidad del hecho”. Pues bien, el hecho, a nuestro juicio, apunta a una conducta típica, puesto que en caso contrario, no se justifica sanción alguna. Así entonces, la identidad del hecho o identidad fáctica estará presente cuando el tipo del delito que explica la pena penal, es el mismo conjunto de presupuestos objetivos y subjetivos exigidos para la imposición de una pena administrativa. Todo lo anterior, con independencia de otros elementos adicionales al hecho, como por ejemplo, el resultado, o calificación por el resultado se incorporen en alguno de los dos institutos.³⁷

Ahora bien, desde una perspectiva de la teoría de los elementos negativos del tipo³⁸, es posible tomar resguardos mayores de situaciones en que, la doble persecución del Estado, sufre un primer impasse ante la autoridad judicial o la administrativa, según sea la que inicie la primera investigación, en que se exima de responsabilidad por encontrarse justificada la conducta, toda vez que la conducta no alcanza siquiera a ser típica, atendido que la justificación integraría el tipo en cuanto elemento negativo. Así por ejemplo, la ocupación de una zona no habilitada para fines urbanísticos a damnificados por una catástrofe natural, autorizada administrativamente por la Municipalidad, precisamente justifica la conducta de ocupación de zona no habilitada para fines habitacionales, haciendo que esta no sea típica, y no pudiendo el titular del inmueble ocupado, iniciar nuevo proceso, ahora penal, por los mismos hechos de ocupación, toda vez que estos habrían estado autorizados.³⁹ También habrá identidad del hecho, y por ende proscripción de una doble sanción, cuando todos los elementos que describen la disposición administrativa, se encuentran presentes en la disposición punitiva, a pesar que esta incorpore elementos adicionales no contenidos en la primera, puesto que en un supuesto así, la parte descrita en la norma administrativa, de ser sancionada también

³⁶ Vid. HUERTA, Susana, *op. cit.*, p. 56; *vid. tb.* BRANDANA, José, *op. cit.*, p. 155.

³⁷ En el mismo sentido de exigir un hecho típico, BRANDANA, José, *op. cit.*, p. 156.

³⁸ Vid., ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Traducción de Enrique Bacigalupo, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, año 1979, *passim*.

³⁹ GARCÍA, Percy, *op. cit.*, ps. 642 y ss.

en sede penal, lo estaría siendo doblemente atendido que el delito absorbería el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa.⁴⁰

Así por ejemplo, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Valores y Seguros: “Las personas o entidades diversas de aquellas a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, pero sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por esta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones: ...2) Multa a beneficio fiscal, hasta por un monto global por entidad o persona equivalente a 15.000 unidades de fomento...”. Luego, el precepto citado, establece una sanción de carácter administrativo, que puede aplicarse a quien infrinja, por ejemplo, las prohibiciones consignadas en el inciso primero del artículo 85 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores (LMV), que hace referencia a la prohibición para quienes en razón de su cargo o posición tengan acceso a información reservada de las sociedades clasificadas, y se valgan de la misma para obtener para sí o para otros, ventajas económicas de cualquier tipo; o bien a quien infrinja la prohibición del artículo 165 LMV, efectuando transacciones operaciones de valores de oferta pública, de cualquier naturaleza en el mercado de valores o en negociaciones privadas, para sí o para terceros, directa o indirectamente, en las que usare deliberadamente información privilegiada.

Sin embargo, ocurre que esos mismos hechos están configurados como un delito, específicamente en la letra e) del art. 59 LMV, para el caso de información reservada, y, en la e) del art. 60 LMV, para el caso de información privilegiada, sancionados con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo y presidio menor en cualquiera de sus grados, respectivamente, y por lo tanto, toda vez que la autoridad administrativa y la jurisdiccional deciden perseguir el mismo hecho, constituyen el reflejo del mismo persecutor, el Estado, quien a través de distintos “brazos” busca establecer responsabilidades, vulnerando de este modo el principio *non bis in idem*.

Lo mismo podrá decirse de cada delito que decida perseguirse por el Ministerio Público, en que previamente la Superintendencia decida establecer una sanción administrativa, toda vez que responden al mismo razonamiento, aunque, como ya en derecho comparado se ha advertido: “No obstante, no puede dejar de reconocerse que los órganos penales, al enjuiciar el caso, se encontraban en una situación paradójica, pues, aunque no podían dejar de condenar penalmente al recurrente, dado su sometimiento estricto a la ley en el ejercicio de su función jurisdiccional, tampoco

⁴⁰ PÉREZ, Mercedes. *El Derecho Fundamental a no padecer Non bis in idem y las sanciones en protección del medio ambiente en Estudios sobre la Protección Penal del Medio Ambiente en el Ordenamiento Jurídico Español*, Editorial Comares, Granada, España, año 2005, p. 84.

podían dejar de ser conscientes de que la sanción penal por ellos impuesta al mismo podía suponer una reiteración sancionadora constitucionalmente prohibida por el *principio de legalidad*⁴¹ Así entonces, actualmente en cada situación como la esbozada, nos hallaremos en una encrucijada, mientras el legislador, que es a quien corresponde establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva por la Administración y por la jurisdicción penal para evitar la reiteración sancionadora, no construya los límites claramente.⁴²

En relación con la identidad subjetiva o de sujeto, nuestra preocupación al menos de *lege lata*,⁴³ y considerando lo dispuesto en el art. 58 del Código Procesal Penal que establece en su inciso 2º que: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”, no se dirige a situaciones en que la sanción administrativa se impone a la persona jurídica, puesto que ello deja sin posibilidad de hallar identidad subjetiva con la persona natural por la imposición de la pena penal. De esta forma, sería perfectamente posible imponerse posteriormente la sanción administrativa a la persona jurídica, por cuanto no se identifica con la persona natural castigada.⁴⁴

Así vistas las cosas, nuestra inquietud debe dirigirse a situaciones en que a una misma persona natural, se imponga una doble sanción por un mismo hecho. Al respecto, lo importante es señalar que la identidad de sujeto se dará independiente de la calidad especial que el tipo penal señale para el sujeto activo. Así por ejemplo, la calidad de “contador” del tipo descrito en el art. 100 del Código Tributario (CT), que lo sanciona al confeccionar o firmar cualquier declaración o balance o que como encargado de la contabilidad de un contribuyente incurriere en falsedad o actos dolosos, puede perfectamente identificarse con la calidad de “funcionario de una institución sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros” que altera o desfigura datos o antecedentes en los balances, libros, estados, cuentas, correspondencia u otro documento cualquiera o que oculten o destruyan estos

⁴¹ PÉREZ, Mercedes, *op. cit.*, p. 89. Lo cursivo es nuestro.

⁴² PÉREZ, Mercedes, *ibidem*.

⁴³ De *lege ferendae*, el establecimiento de sanciones estatales directas a la persona jurídica, implican un reconocimiento de la teoría del órgano, y por ende, también debieran considerarse las sanciones que se imponen a la hora de evaluar las sanciones de las personas que actúan en su representación. *Vid.* ORTÍZ, Luis, *op. cit.*, ps. 211 y ss.; *vid. tb.* BARBERO, Marino. *¿Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas?*, Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, año 9, N° 33 a 36, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, ps. 397 y ss., CARGÍA, Percy, *op. cit.*, ps. 662 y ss.

⁴⁴ BRANDANA, José, *op. cit.*, p. 156. *Cfr.* con BACIGALUPO, Enrique, *La Responsabilidad Penal y Sancionatoria de las Personas Jurídicas en el Derecho Europeo en Derecho Penal Económico*. Director EL MISMO, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, año 2000, ps. 61 y ss., en que se explica acabadamente las nuevas tendencias en materia de responsabilidad de la persona jurídica sin consideración del principio non bis in idem en algunos países europeos; *Vid. tb.* BAIGÚN, David. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, año 2000, *passim*; y, MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos. *Derecho Penal Económico, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, año 1998, ps. 27 y ss.

elementos, con el fin de dificultar, desviar o eludir la fiscalización, del art. 159 de la Ley General de Bancos.

En materia de identidad de fundamento, la doctrina y jurisprudencia coinciden en que con esto se hace referencia a los bienes jurídicos tutelados por las respectivas normas, de manera que, la divergencia de intereses protegidos podría dar lugar a una doble sanción sin vulneración del principio *non bis in idem*.⁴⁵

La solución en este punto, a nuestro juicio, se encuentra en la comprensión de la entidad del injusto del delito, puesto que su antijuridicidad, absorbería la antinormatividad de la infracción administrativa, independiente de entender que los intereses jurídicos protegidos por una y otra disposición sean diferentes.

Así entonces, toda vez que el Estado decide sancionar administrativamente conductas que además cuentan con una sanción penal, está buscando castigar cierto hecho por afectar un bien jurídico de carácter colectivo inmaterial o institucionalizado, dejando al órgano penal, la persecución por la afectación del bien jurídico inmediato o interés directamente tutelado. Sin embargo, en la persecución penal, la sanción impuesta, contiene inherente la protección del bien jurídico colectivo, ya que en caso contrario, no contamos con una constatación real de su peligro o afectación.⁴⁶ Como bien dice Martínez-Buján, “aplicadas a delitos de peligro abstracto que tutelan bienes jurídicos supraindividuales inmateriales o espiritualizados, con respecto a los cuales resulta difícilmente concebible la tipificación de una lesión o de una puesta en concreto peligro, toda vez que la vulneración de dichos bienes nunca tiene lugar con una acción típica individual, sino a través, en su caso, de una reiteración generalizada de conducta; de ahí que, desde la perspectiva del bien jurídico inmaterial colectivo, la acción individual carezca de necesaria lesividad.”⁴⁷ De esta manera, corresponde entender que el injusto penal absorbe al administrativo, cuestión que como veremos tiene implicancia en las consecuencias en el plano procesal del *non bis in idem*.

VI.- Consecuencias en el plano procesal del principio non bis in idem.

Establecidos los presupuestos de la triple identidad para la prohibición de coexistencia de dos sanciones por un mismo hecho, en el caso en que se den ambas, forzosamente una de las dos debe decaer. La pregunta entonces, radica en analizar cuál prevalecerá sobre la otra.

Cuando los hechos sean constitutivos de injusto penal y administrativo, la sanción penal es absolutamente prioritaria y excluye la sanción administrativa, de tal

⁴⁵ PEREZ, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en Bis In Idem y las Sanciones en Protección del Medio Ambiente*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, año 2002, ps. 101 y ss.

⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Aspectos Puntuales de la Dogmática Jurídico-Penal*. Prólogo de Juan Fernández Carrasquilla, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, año 2007, ps. 279 y ss., en que enfatiza el principio de protección del bien jurídico con sus bases en el contrato social como fuente de toda teoría constitucional, incluso para la precisión de los bienes jurídicos colectivos.

⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, *op. cit.*, p. 98.

manera que, entonces, a la autoridad administrativa le estaría vedado pronunciarse sobre sanciones administrativas hasta no existir previamente un pronunciamiento por el órgano penal.⁴⁸ Luego, a nuestro juicio, de haber condena penal, desde nuestra mirada la situación es clara, la autoridad administrativa debiera conformarse con que su interés protegido por vía administrativa, ya se encuentra cubierto en la sanción penal, que será reflejo del bien inmediato, y por lo tanto, le estaría prohibido perseguir la sanción administrativa, atendida su clara vulneración del *non bis in idem*. De haber absolución penal, la situación es un tanto más compleja, por cuanto dependerá de las razones que fundan la absolución, toda vez que, si estas derivan de hallarse acreditada una causal de justificacón por ejemplo, la licitud de la conducta, se transmite a todo el resto del ordenamiento jurídico. Si la absolución penal se consigue como consecuencia de un abandono de la acción por ejemplo, quedaría intacta la posibilidad de persecucón en sede administrativa.

La situación inversa, como bien lo indica VALENCIA, "...la previa imposición de una sanción administrativa excluye la posterior sanción penal, siempre que concurra la triple identidad conocida."⁴⁹ En otras palabras, si un Estado ha tomado la decisi3n de imponer una pena administrativa, a la que llegó de forma más expedita, atendido los menores niveles de respeto de las garantías que en la práctica se presenta, deberá renunciar a imponer una pena penal en la medida que se cumplan la identidad de sujeto, hecho y fundamento.

VII.- Razonamientos posteriores.

El actual estado de la jurisprudencia constitucional a nivel local, a nuestro entender, no permite extremar el alcance de los principios que forman la base del sistema penal y que se encuentran consagrados a nivel constitucional. Y por ello, la búsqueda por vincular al principio de legalidad, por ahora, sólo el principio *non bis in idem*, responde a que el desarrollo de otros principios en su interior es todavía prematuro. Lo anterior, es sin perjuicio de entender ciertamente que, cada vez que se impone una doble sanción por la ocurrencia de unos mismos hechos, existe una desproporci3n inherente que refuerza el argumento de vulneraci3n del principio *non bis in idem*, como así mismo, en los casos en que por ejemplo, se obtenga una sentencia absolutoria en materia administrativa, a la que le siga una investigaci3n criminal por los mismo hechos, *ab initio*, se presenta una vulneraci3n del principio de inocencia, toda vez que aquello que no resultó ilícito para el ordenamiento administrativo sancionador que exige menos para castigar, con mayor razón no resultará ilícito para el ordenamiento punitivo.

⁴⁸ HUERTA, Susana, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁹ VALENCIA, Germán, *op. cit.*, p. 173.