

REFLEXIONES SOBRE EL
DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA:

INFORMES EN DERECHO SOLICITADOS POR LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA
(2010 - 2017)

Santiago de Chile
2017

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA
2017

ISBN: 978-956-8408-04-6

Fiscal Nacional Económico
Felipe Irarrázabal Ph.

Coordinadores
Mario Ybar A.
Sebastián Castro Q.

Editores
Felipe Belmar T.
Pía Chible V.

Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica
Huérfanos N° 670 Piso 8
Teléfono: 27535600
Santiago. Chile.

IMPRESO EN CHILE
Por Impresos Lahosa S.A. que sólo actúa como impresor

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA:

Informes en Derecho solicitados por la
Fiscalía Nacional Económica
(2010 - 2017)

EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN EL DERECHO SANCIONATORIO CHILENO

Juan Pablo Mañalich R.*

I. INTRODUCCIÓN.

La Fiscalía Nacional Económica me ha solicitado informar en derecho acerca del estatus y alcance del principio *ne bis in ídem* bajo el derecho sancionatorio chileno, en particular en cuanto a su configuración específica como estándar de derecho sustantivo y como estándar de derecho procesal, y ello desde el punto de vista de un eventual ejercicio concurrente de potestades sancionatorias tanto por parte de dos o más tribunales u órganos estatales nacionales como por parte de uno o más tribunales u órganos estatales nacionales y uno o más tribunales u órganos estatales extranjeros.

Para dar cumplimiento a dicho cometido, el presente informe se ocupa en primer lugar, del marco general relativo al ejercicio de potestades sancionatorias, en pos de establecer ciertos parámetros indispensables para la consideración comparativa del estatus de los estándares de legitimación propios del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionatorio. A continuación, se emprende una indagación pormenorizada en el fundamento y alcance del principio *ne bis in ídem* en el marco de referencia del Derecho Penal (y procesal penal), primero desde una perspectiva comparada y después en atención a las variables particulares del derecho chileno. Finalmente, el informe elabora una propuesta de adaptación de las implicaciones normativas del principio *ne bis in ídem* susceptibles de resultar operativas en el Derecho Administrativo sancionatorio chileno, con especial énfasis en algunos problemas particulares que se suscitan en el marco del régimen sancionatorio propio del derecho contravencional de la libre competencia.

II. PRIMERA PARTE: POTESTADES SANCIONATORIAS Y *NE BIS IN IDEM*

a) El marco del Derecho Sancionatorio

i. *Dos nociones de Derecho Administrativo sancionatorio*

Para los efectos del presente informe, la pregunta fundamental está constituida por la vigencia, y en su caso, el alcance que el principio *ne bis in ídem* puede reclamar en el

* Abogado de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn, donde también realizó estudios postdoctorales por la Fundación Alexander von Humboldt. Es profesor titular del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile.

marco de lo que aquí se denominará el “derecho contravencional de la libre competencia”. La vía más prometedora para enfrentar esa pregunta la representa un análisis preliminar del problema general relativo a la vigencia del principio *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio, para poder proceder, con posterioridad, a plantear la cuestión de la medida en que el derecho contravencional de la libre competencia, que en Chile aparece asociado al régimen jurídico establecido por el Decreto Ley N° 211 (DL 211), reconoce o ha de reconocer la vigencia de ese principio. Esto exige examinar, sin embargo, si acaso puede decirse que este derecho contravencional de la libre competencia constituye una instancia específica de Derecho Administrativo sancionatorio.

Plantear esta pregunta puede parecer fuera de lugar, por el hecho de que su respuesta parecería ser trivialmente afirmativa.¹ Pero los términos de la cuestión distan de ser inequívocos. Pues si existe un punto de vista intuitivamente accesible para perfilar una caracterización de las sanciones administrativas, en contraposición a las sanciones propiamente penales, es aquel relativo al órgano específicamente competente para su respectiva imposición: desde este punto de vista, cuentan como sanciones administrativas, *prima facie* al menos, aquellas susceptibles de ser impuestas por órganos de la administración del Estado.² En la doctrina chilena, justamente este ha sido el punto de vista favorecido para definir la “potestad punitiva administrativa” como “el poder con que actúan los órganos estatales no jurisdiccionales investidos de atribuciones para sancionar hechos ilícitos”.³

Ante esto, parece poco viable sostener que el derecho contravencional de la libre competencia, tras la reforma del DL 211 introducida por la Ley 19.911, que “despenalizara” las infracciones constitutivas de injusto monopólico,⁴ cuenta como un régimen de Derecho Administrativo sancionatorio por la sola circunstancia de que las bases de organización sobre las cuales descansa la jurisdicción del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia hacen posible calificar a éste como un órgano que, entre otras funciones, ejercería jurisdicción en un ámbito material de carácter contencioso-administrativo.⁵ A este respecto, puede ser ilustrativo tener en cuenta la caracterización del régimen creado por la ley alemana “sobre contravenciones al orden” (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*), de 1968, que prevé un primer momento de imposición administrativa de la sanción, eventualmente seguido de un momento propiamente judicial, como un régimen de sanciones que “se encuentran mucho más cerca del Derecho Penal que del administrativo”.⁶ Pues si esto vale para un régimen

¹ Véase por todos Valdés, *Libre competencia y Monopolio*, pp. 224 ss.

² Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, p. 153; así también Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 137, quien reconoce, no obstante, que “[e]xcepcionalmente, puede encomendarse a los jueces el castigo de las infracciones administrativas”.

³ Véase Rodríguez Collao, “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, pp. 128, 150 s.

⁴ Véase Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 238 s.

⁵ Así sin embargo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 226 s.

⁶ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, p. 66.

que sí contempla la posibilidad de imposición directa de la sanción por parte de un órgano no jurisdiccional, *a fortiori* tendría que valer también para un régimen que, como el del DL 211, sólo admite la imposición de sancionarse por parte de un órgano jurisdiccional.

Lo anterior sugiere la conveniencia de introducir una distinción entre dos nociones de Derecho Administrativo sancionatorio. En sentido estricto, puede entenderse como tal el régimen jurídico que habilita a órganos propiamente administrativos para la imposición (directa) de sanciones que cuentan como la consecuencia jurídica de determinadas infracciones no constitutivas de delito en sentido jurídico-penal, y que en caso de reclamación por parte de la persona sancionada puede dar lugar a un proceso propiamente jurisdiccional más o menos ajustado a la estructura de un procedimiento contencioso-administrativo. En sentido amplio, en cambio, cabría reconocer como parte integrante del Derecho Administrativo sancionatorio aquellos regímenes que hacen aplicables normas de sanción que no tienen carácter jurídico-penal -esto es, normas cuya aplicación no compete a órganos que ejercen jurisdicción "en lo penal"- y que refuerzan la reglamentación de determinados ámbitos de actividad, orientada a "consideraciones de afectación general", que es propia del Derecho Administrativo,⁷ independientemente de si la imposición de las sanciones en cuestión compete a órganos propiamente administrativos o a órganos propiamente jurisdiccionales (distintos, en todo caso, de los tribunales jurídico-penalmente competentes).

Sólo en la medida en que una distinción como la precedente tenga plausibilidad, tiene sentido caracterizar el régimen del derecho contravencional de la libre competencia como un régimen de Derecho Administrativo sancionatorio. Bajo esta hipótesis, en lo que sigue se revisarán las notas distintivas de semejante régimen jurídico.

ii. Género y especies del derecho sancionatorio

La discusión contemporánea acerca de la plausibilidad de un supraconcepto de derecho sancionatorio se encuentra principalmente circunscrita, en el marco de referencia de la tradición del derecho europeo-continental, al ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio.⁸ Dicha discusión concierne ante todo a la cuestión de cuál sería la relación que existiría entre el Derecho Administrativo sancionatorio, que regularía el ejercicio de una genuina potestad sancionatoria de la administración, y el Derecho Penal, que regularía el ejercicio del *ius puniendi* en sentido estricto.

Esta última contraposición, sin embargo, está lejos de ser generalizadamente aceptada. Pues bajo el influjo de las así llamadas concepciones de la demarcación cuantitativa, según las cuales la diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Ad-

⁷ En este sentido, por ejemplo, Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 125 s.

⁸ Para una visión comparada de la situación en Alemania, Francia, Italia y España, véase Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 53 ss. Véase también Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 162 ss.

ministrativo sancionatorio sería una de grado, y no de clase,⁹ en la discusión española ha tendido a imponerse la tesis que postula la existencia una única potestad sancionatoria estatal, que conocería estas dos manifestaciones alternativas.¹⁰ Esta tesis, por lo demás, fue expresamente validada por el Tribunal Constitucional chileno, el cual, por sentencia de 26 de agosto de 1996, Rol N° 244, declaró que

los principios ordenadores 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 (c. 9°).

De esta tesis de la doble manifestación de una única potestad sancionatoria o punitiva estatal se seguiría, tal como lo hace explícito el considerando recién transcrito, una consecuencia fundamental. Esta consecuencia consistiría en la incorporación de lo que tradicionalmente se conoce como el conjunto de “principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi*”, históricamente identificados con la emergencia del modelo ilustrado de Derecho Penal, al ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio. Pero ello no llega a ser afirmado sin ulteriores cualificaciones. Por el contrario, la opinión dominante en la discusión doctrinal española, que ha ido a la par de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de ese país, es que dicha aplicabilidad de los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi* tendría lugar con “matices”.¹¹ Precisamente, la necesidad de tal matización también ha sido expresamente proclamada, en atención a la aplicabilidad del principio de legalidad establecido en los incisos 7° y 8° del Art. 19 N° 3 de la Constitución chilena al ámbito del Derecho Administrativo sancionador, por el Tribunal Constitucional chileno, en su sentencia del 27 de julio de 2006, rol N° 480:

“Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado -el llamado *ius puniendi*- y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 19” (c. 5°).

En el marco de este informe no es posible ni necesario, empero, detenerse a evaluar los méritos o deméritos de la tesis de la unicidad de la potestad sancionatoria estatal.¹² Basta con considerar aquí que quienes se oponen a dicha tesis igualmente

⁹ Véase en la discusión alemana, por ejemplo, Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3/6 ss.

¹⁰ Así explícitamente García de Enterría/Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, pp. 163 ss., 167 s. Al respecto, y críticamente, Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 75 ss.; en igual sentido Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 19 ss.

¹¹ García de Enterría/Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, pp. 168 s. Crítica y pormenorizadamente al respecto, Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 143 ss.; Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 30 ss., 41 ss.

¹² Para una valoración crítica, contemporáneamente, García Cervero, *Derecho Penal Económico I*, pp. 66 ss.

reconocen la necesidad de reconstruir un marco de referencia común, que haga operativos parámetros de control del ejercicio de cualquier potestad estatal cuyo carácter sea auténticamente sancionatorio.¹³ La ventaja de este punto de partida es que así se redefine el problema material subyacente: no se trata de establecer si y -en su caso- cómo han de trasladarse “horizontalmente” los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi* desde el Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionatorio, sino más bien de identificar, en el nivel supralegal, cuáles son los estándares de control vinculantes para el ejercicio de cualquier potestad de carácter sancionatorio, procediéndose entonces a establecer modalidades diferenciadas (y en tal sentido matizadas) para su concreción “vertical” en el Derecho Penal, por un lado, y en el Derecho Administrativo sancionatorio, por otro.

Una estrategia de este tipo es recomendada incluso por partidarios de la tesis de una demarcación cualitativa entre la sanción penal y la sanción administrativa.¹⁴ Partiendo de la consideración elemental de que lo que distingue a la genuina sanción penal, frente a otras formas de sanción jurídica -incluida la administrativa- es una carga expresiva de un “reproche ético-social”,¹⁵ es posible sostener que esta carga se manifiesta en la considerable mayor gravedad o “aflictividad” que caracteriza al conjunto de las sanciones identificadas como penas,¹⁶ que se corresponde con la considerable mayor gravedad que caracteriza al conjunto de las infracciones identificadas como hechos delictivos en sentido jurídico-penal. Y que una diferencia de mayor o menor gravedad, asociada a una cierta simbología de lo penal, pueda llegar a constituirse como una diferencia de clase y no de grado,¹⁷ no debería sorprender, en la medida en que siempre hay un punto a partir del cual una diferencia cuantitativa puede volverse cualitativa. La diferencia, en efecto, se vuelve cualitativa en la medida en que, al ser expresiva de una carga de reproche ético-social, la sanción penal se configura, a diferencia de la sanción administrativa, como una reacción jurídica personalísima,¹⁸ que presupone la satisfacción de condiciones de reprochabilidad personal que resultan mucho más exigentes que la mera exclusión de la responsabilidad objetiva.

Que el derecho chileno está comprometido con semejante diferenciación cualitativa, a nivel de diseño legal, resulta algo difícil de negar si se tiene a la vista lo dispuesto en el Art. 20 del Código Penal: “No se reputan penas [...] las multas y

¹³ Reconocidamente Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 151 ss.

¹⁴ En este sentido Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 137 ss., 146, 156 ss.

¹⁵ Así Kindhäuser, *LPK-StGB*, vor § 1, n.m. 1; véase también Hassemer/Neumann, *NK-StGB*, vor § 1, n.m. 209, 218 ss., 236 ss. Nótese, de paso, que esta asociación de una carga expresiva de un reproche ético-social no es algo que deba identificarse con el contenido de la respectiva descripción de la forma de comportamiento ilícito (véase sin embargo Rodríguez Collao, “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, p. 140, quien pretende encontrar en ello un argumento para refutar la tesis de una diferenciación cualitativa), sino que cuenta como un dato intrínseco a la forma de sanción que se identifica, en sentido estricto, con la noción de “pena”. Célebremente al respecto Feinberg, *Doing & Deserving*, pp. 95 ss., distinguiendo entre *punishments* y *penalties*.

¹⁶ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 162 ss.

¹⁷ Así Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 125 s.

¹⁸ Al respecto Mañalich, “La pena como retribución”, pp. 152 ss., 156 ss., 168 ss.

demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.¹⁹ Y que esta definición de la parte general del Código Penal no representa una definición legislativa aislada, se ve decisivamente confirmado, por ejemplo, por la contundencia de algunas declaraciones legislativas más recientes. Para mencionar dos ejemplos suficientemente representativos: el Art. 133 de la Ley 18.046, sobre sociedades anónimas, dispone que el establecimiento de una eventual responsabilidad indemnizatoria “es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan”; en tanto, el Art. 58 de la Ley 18.045, sobre mercado de valores, expresamente prevé la posibilidad de una acumulación de la imposición de sanciones administrativas y sanciones penales, en la medida en que alguno de los hechos investigados también sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los Arts. 59 y 60 de la misma ley.²⁰

Aquí resulta fundamental, en todo caso, enfatizar que la mayor gravedad del delito y, correspondientemente, de la sanción penal ha de reconocerse como una característica global, esto es, del respectivo conjunto, sin que la misma se vea falseada por la posibilidad de que existan, aisladamente, infracciones administrativas que pueden juzgarse como tanto o más graves que determinados hechos delictivos en sentido jurídico-penal, o bien de que existan, aisladamente, sanciones administrativas que puedan resultar tanto o más gravosas que determinadas sanciones penales.²¹ A este respecto, no deja de tener sentido la idea de que la connotación distintivamente estigmatizadora de la sanción penal se encuentra sobre todo asociada, mucho más que a la específica clase de mal de cuya irrogación se trata, a la ritualidad específica del proceso penal como el contexto institucional para su eventual imposición.²²

¹⁹ Véase al respecto Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno* I, pp. 39 s. Que en la disposición se emplee la fórmula “no se reputan” en vez de “no son” (véase Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 221 s.) de ningún modo alcanza a revertir la evidencia de que el legislador chileno reconoce una diferencia cualitativa entre pena y sanción administrativa. El pleonismo al que llega Valdés, al hablar de una “pena penal” (*ibid.*, p. 225) -a lo cual subyace, implícitamente, la contradicción en los términos que supondría hablar, como contrapartida, de una “pena no penal”- cuenta como un indicio fuerte de la inadecuación de su comprensión de la diferencia supuestamente sólo cuantitativa (*ibid.*, pp. 217 ss., 228) entre una y otra forma de sanción. A favor de la comprensión de la referencia a las sanciones impuestas “en uso de atribuciones gubernativas” como designación de sanciones administrativas en sentido estricto, véase Rodríguez Collao, “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, p. 135; y Piña, *Derecho Penal*, pp. 121 s., quien también recurre, empero, a la poco afortunada noción de “penas penales” (*ibid.*). Sobre la “inelegancia” de dicha expresión, véase Rodríguez Collao, *op. cit.*, p. 124, con nota 8, quien prefiere hablar de “penas criminales”.

²⁰ La protesta de Piña, *Derecho Penal*, p. 128, en cuanto a que esta última disposición haría posible una vulneración del principio *ne bis in idem* da por sentado lo que su argumento debería probar. Al respecto *infra*, 5.2.

²¹ En este sentido Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 145 ss., 158 ss.

²² Por ende, en contra de lo sugerido por García Cavero, *Derecho Penal Económico* I, pp. 68 ss., así como también por Piña, *Derecho Penal*, pp. 125 ss., no es la posición nuclear o periférica, en relación con la definición de “la identidad normativa de la sociedad”, de la respectiva norma (de comportamiento) sancionatoriamente asegurada lo que permite determinar si la correspondiente norma de sanción ha de pertenecer al Derecho Penal o al Derecho Administrativo, sino al revés: cuáles de esas normas son nucleares y cuáles no, se deja reconocer una vez que se advierte cuáles de ellas se encuentran penalmente reforzadas. Y esto quiere decir, en lo fundamental, que se tratará de aquellas normas cuyo eventual quebrantamiento necesariamente habrá de establecerse en el marco de la ritualidad específica del proceso penal.

Esto último se plantea de modo especialmente acuciante, toda vez que el Derecho Administrativo sancionatorio encuentra en la multa su forma de sanción por antonomasia, la cual también tiene una posición relevante en el catálogo de penas de los sistemas jurídicos contemporáneos, en circunstancias de que las multas administrativas usualmente alcanzan cuantías que superan por mucho la de las penas pecuniarias legalmente previstas. Como advierte Huergo Lora, aquí son dos cuestiones diferentes las que necesitan ser explicadas.

Por un lado, la elevada magnitud de algunas multas susceptibles de ser impuestas como sanciones administrativas, que se deja explicar en atención exclusiva a la elevada magnitud económica (del objeto y de las ganancias) de las operaciones constitutivas de las infracciones cuya comisión da lugar a su imposición.²³ Ya sea que el énfasis se ponga en la eventual finalidad disuasoria de la imposición de la multa en cuestión, o bien en la exigencia de “seriedad” de la respuesta sancionatoria a la correspondiente infracción, es inequívoco que su cuantía ha de situarse en un nivel congruente con el de la significación pecuniaria de la infracción respectiva.²⁴ Ello explica, adicionalmente, por qué su imposición puede no sólo recaer sobre la o las personas naturales responsables de la infracción, sino también sobre las personas jurídicas involucradas en la misma.

Y por otro lado, la reducida cuantía de determinadas penas de multa, previstas por los códigos penales o las leyes penales especiales, puede explicarse ante todo como un resabio de lo que cabría llamar un modelo de “Derecho Penal administrativo”, el cual surgiera, una vez superada la representación de un “Derecho Penal de policía”,²⁵ determinado por la circunstancia histórica de la inexistencia de un régimen administrativo sancionatorio general, ante lo cual las legislaturas habrían tendido a optar por “penalizar” aquello que, desde un punto de vista cualitativo, estaría mucho más cerca de constituir una infracción administrativa.²⁶ El criterio de diferenciación, en todo caso, pasa por la específica carga afflictiva asociada a la sanción propiamente penal. Como sugiere Kindhäuser:

²³ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, p. 161 s.

²⁴ De ahí, por ejemplo, que el Art. 26 del DL 211 reconozca, en su letra c), “el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción” como criterio de determinación de la cuantía de la multa.

²⁵ Al respecto Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 157 s.

²⁶ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, p. 162. En el marco del derecho chileno, esta es una caracterización bastante verosímil de varios de los delitos tipificados bajo algunos de los parágrafos del Título VI del Libro II del Código Penal, relativo a “los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, incluso tomando en cuenta que aquí la multa tiende a figurar como forma de pena acumulativa respecto de la pena privativa de libertad. Lo mismo vale, con mayor razón aún, tratándose de varias de las tipificaciones de faltas en el Libro III del mismo código, lo cual se ve manifestamente reflejado en lo dispuesto en el Art. 501 del mismo código, con arreglo al cual “[e]n las ordenanzas municipales y en los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa no se establecerán mayores penas que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales”. En relación con esto último, y dando cuenta de la plausibilidad de diferenciar “faltas delictuales” y “faltas contravencionales”, entendidas éstas como “infracciones de carácter administrativo”, véase Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno I*, pp. 240 ss.

“Precisamente por el reproche ético-social y por la posibilidad de la privación de libertad, el Derecho Penal se ve como un derecho sancionatorio más intenso en comparación con el derecho de las infracciones administrativas, aun cuando las multas del derecho de las infracciones administrativas, por ejemplo, en el derecho de carteles, pueden ser mucho más elevadas que la pena de multa”.²⁷

Luego, la existencia de espacios -en todo caso marginales- de superposición de los ámbitos propios del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionatorio no obstan a la plausibilidad de asumir una demarcación cualitativa del uno frente al otro. Lo cual se traduce en que sea impropio el reclamo de que el conjunto de garantías asociadas a los principios limitadores del *ius puniendi* sean hechos aplicables, sin mayor cualificación, al ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio.²⁸ Antes bien, la decisiva menor gravedad del arsenal sancionatorio a disposición de los órganos administrativos justifica que el alcance de las garantías limitadoras sea considerablemente menor.²⁹ Desde este punto de vista, la pregunta relevante pasa a ser la relativa a la identificación de aquellos estándares mínimos aplicables al ejercicio de una y otra potestad sancionatoria, por la sola circunstancia de tratarse del ejercicio de potestades definidas, tautológicamente, por la posibilidad de imponer sanciones.

b) Principios del derecho sancionatorio

i. La necesidad de un concepto funcional de sanción

La razón por la cual parece tan autoevidente recurrir a los tradicionales principios limitadores del *ius puniendi*, identificados con el Derecho Penal ilustrado, para hacerlos aplicables, con más o menos “matices”, en el ámbito propio de la regulación del ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración, no está lejos de ajustarse a la razón mencionada, con alguna ironía, por Nieto: “Tales principios son los únicos que se conocen”.³⁰ Según ya se propusiera, la cuestión a establecer es cuáles de estos principios reclaman aplicación frente a la imposición de penas por el solo hecho de que éstas constituyen sanciones, de modo tal de obtener así, “inductivamente”, un catálogo de estándares mínimos a ser aplicados, “deductivamente”, en cualquier ámbito definido por referencia a la imposición de sanciones.³¹

²⁷ Kindhäuser, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, pp. 44 s.

²⁸ Así sin embargo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 228 s., en relación con el derecho contravencional de la libre y competencia

²⁹ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 165 ss.

³⁰ Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 146.

³¹ Para esto véase Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 187 ss.

Lo anterior se conecta con la “función de protección” característicamente asociada a la calificación de una determinada forma de “medida” o “consecuencia jurídica” como una sanción: precisamente, la activación de una serie de estándares de control que operan como garantía individual de la persona expuesta a su eventual imposición.³² La consecuencia fundamental de esto radica en que la definición del concepto relevante de sanción no puede quedar entregada al legislador, puesto que de lo contrario éste podría eludir sin más su sujeción a dichos estándares de control.³³ La definición de “sanción”, en otros términos, no puede ser nominal, sino sólo funcional. Y la función cuyo desempeño hace posible identificar qué cuenta como sanción *stricto sensu* consiste en la reafirmación de la pretensión de validez del derecho quebrantado.³⁴

Lo que parece obtenerse como conclusión, en el contexto del debate comparado, es la tesis de que por “sanción” ha de entenderse, en sentido estricto, toda aquella consecuencia jurídica que consiste en una respuesta represiva (o “punitiva”) a la contravención de una norma de comportamiento, que se materializa al modo de una irrogación de un mal, en el sentido de la privación de un bien o un derecho, sobre la(s) persona(s) responsable(s) de esa contravención.³⁵ En este sentido, lo absolutamente distintivo de una sanción es que ella cuenta como la “consecuencia de una infracción precedente”.³⁶ Esto, porque es a través del mecanismo de una respuesta “aflictiva” que ha de ser soportada por quien ha quebrantado el derecho esta que se realiza la función de confirmación simbólica de su validez.

Nada de esto altera la circunstancia obvia de que una sanción, así definida, pueda ser impuesta en pos de la obtención de efectos de diversa índole, preponderantemente de carácter preventivo. Pues la satisfacción de los estándares de control asociados a su calificación como “sanción” precisamente produce una inmunización jurídica de su imposición. Lo crucial, ahora bien, es que estos estándares, tradicionalmente presentados como principios, han de ser identificados en atención a la definición funcional del concepto de sanción. Es decir: han de contar como principios comunes a todo régimen de derecho sancionatorio aquellos estándares de control que se encuentren interna o intrínsecamente asociados a la noción misma de sanción. De cara al régimen del Derecho Administrativo sancionatorio, ello significa que tiene que ser posible distinguir entre aquellas garantías que han de ser aplicables por estar involucrada la actuación de la administración del Estado, potencialmente lesiva de posiciones individuales legal y constitucionalmente protegidas, por un lado, y aquellas garantías que han de ser específicamente aplicables por estar en juego la imposición

³² En este sentido, y en referencia directa al derecho sancionatorio europeo, Bitter, *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union*, pp. 2 ss., 37 ss., 71 ss.

³³ Así Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 188 ss.

³⁴ Así Bitter, *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union*, pp. 13 ss., 27 s.

³⁵ Véase sólo Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 227 ss., 234 s.

³⁶ Así Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, p. 153.

de sanciones, por otro.³⁷ Pues es sólo en este segundo ámbito que tiene sentido plantear el reconocimiento de estándares comunes para el Derecho Penal y el derecho sancionatorio administrativo, como instancias diferenciadas de derecho sancionatorio.

La posibilidad de superposición de uno y otro conjunto de estándares se deja reconocer en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Así, en su sentencia del 27 de julio de 2006, rol N° 480, ya citada, el tribunal invocó dos fundamentos constitucionales para afirmar la vigencia del principio de legalidad frente al ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, a saber: por un lado, el Art. 7° de la Constitución, que contiene una exigencia de legalidad para toda actuación de la administración (c. 4°); y por otro, el Art. 19 N° 3, cuyos incisos 7° y 8° consagran el *principio nulla poena sine lege* (c. 5°). Y si bien no es en absoluto problemático reconocer semejante fundamentación heterogénea del principio de legalidad como estándar del Derecho Administrativo sancionatorio, la diferenciación de uno y otro punto de vista se vuelve determinante cuando la pregunta se plantea respecto de estándares que, como el principio *ne bis in idem*, carecen de reconocimiento constitucional -al menos expreso- bajo el derecho chileno.

ii. Estándares mínimos de derecho sancionatorio

En conformidad con la distinción precedentemente introducida, lo que se plantea es la pregunta acerca de cuáles son los estándares normativos internamente vinculados con la calificación de una determinada consecuencia jurídica como constitutiva de sanción. Ciertamente, dicha vinculación interna no puede ser entendida como una conexión lógica o puramente conceptual, dado que es sin más imaginable una práctica de imposición de sanciones que no observe determinadas garantía mínimas. Se trata, más bien, de una conexión de legitimidad, relativa al modelo de ejercicio de una potestad sancionatoria característico de un Estado de derecho.³⁸

Con arreglo a la definición funcional de sanción aquí propuesta, no es difícil establecer que tanto el principio de legalidad como el principio de culpabilidad constituyen estándares de control del ejercicio de potestades sancionatorias en sentido estricto. El principio de legalidad, en su concreción como mandato de determinación y en su concreción como prohibición de retroactividad en lo desfavorable, hace posible la identificación formal de la consecuencia jurídica específica que cuenta como sanción, así como del comportamiento previo que cuenta como la contravención frente a la cual se produce esa reacción jurídica. Y el principio de culpabilidad asegura que, en un sentido relevante, quien sufre la sanción sea una persona susceptible de ser tenida por responsable de la contravención que cuenta como antecedente de la sanción.

Ello no equivale a establecer, empero, cuál sea la intensidad que corresponda a uno y otro principio como estándar mínimo de derecho sancionatorio y, sobre

³⁷ Así Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 235 ss.

³⁸ En este sentido Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 359 ss.

todo, cuál tenga que ser el grado de correlación de su reconocimiento como principio de Derecho Penal y como principio de Derecho Administrativo sancionatorio. Sólo para dar un ejemplo: el principio de culpabilidad, como estándar jurídico-penal, se traduce no sólo en una exigencia de imputación subjetiva -a título de dolo o imprudencia- del hecho, sino también en una exigencia de posibilidad individual de conocimiento de la ilicitud del hecho de cuya imputación personal se trata, tal como lo llegara a reconocer la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena.³⁹ En el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio, en cambio, el principio de culpabilidad tiende a circunscribirse a la sola exigencia de dolo o negligencia como criterios de responsabilidad subjetiva.⁴⁰

En lo que aquí importa, la pregunta es en qué medida el principio *ne bis in idem* también ha de ser entendido como un estándar internamente conectado con una noción funcional de sanción, de modo tal de resultar aplicable como pauta de control del ejercicio de potestades sancionatorias de carácter administrativo.⁴¹ Ésta parece ser una cuestión especialmente necesitada de clarificación en el marco del derecho sancionatorio chileno, dada la inexistencia de pautas vinculantes al respecto, tanto a nivel constitucional y legal como a nivel jurisprudencial. Ello exige examinar, por lo mismo, cuáles pueden ser las diversas implicaciones normativas del principio *ne bis in idem*, tanto en su dimensión de estándar sustantivo como en su dimensión de estándar procesal. Y para esto resulta imprescindible establecer detalladamente cuál es el alcance que el principio exhibe en el ámbito donde éste encuentra su desarrollo más acabado, que es el ámbito jurídico-penal.

III. SEGUNDA PARTE: EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN EL DERECHO PENAL COMPARADO Y CHILENO

a) El principio *ne bis in idem* en el Derecho Penal comparado

i. *El Derecho Penal de influencia europeo-continental*

El principio ne bis in idem como prohibición de juzgamiento múltiple y de punición múltiple

³⁹ A partir de la sentencia recaída en el caso “Contra Castro Muñoz”, de 4 de agosto de 1998, rol N° 1338, publicada en: Gaceta Jurídica 218 (1998); para un análisis pormenorizado véase Mañalich, “Condiciones generales de la punibilidad”, pp. 446 ss., 457 ss.

⁴⁰ Al respecto Nieto, Derecho Administrativo Sancionador, pp. 303 s.; Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 377 s.

⁴¹ Véase sólo De León Villalba, “Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*”, pp. 17 s.; Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 201 ss.

En términos generales, el principio *ne bis in ídem* está constituido por la prohibición de que una misma persona sea o bien juzgada o bien sancionada dos veces por un mismo hecho. En la tradición del Derecho Penal europeo-continental, su contenido específico se identifica con la conjunción de un estándar sustantivo de aplicación jurisdiccional de normas de sanción penal y un estándar de clausura procesal. En cuanto estándar de adjudicación, el principio *ne bis in ídem* se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo “hecho” -o más técnicamente: de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos)- en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona. En cuanto estándar de clausura procesal, el principio se traduce en una exclusión de la posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho.

En algunos ordenamientos jurídicos representativos de esta tradición cultural, el principio *ne bis in ídem* se encuentra consagrado a nivel constitucional. Este es el caso, por ejemplo, tratándose de la Ley Fundamental alemana, cuyo Art. 103, en su párrafo 3º, establece la prohibición de que una persona sea sancionada, con arreglo a leyes penales generales, más de una vez por un mismo hecho. Sin embargo, la doctrina dominante asume que dicha disposición constitucional sólo configura un impedimento para el juzgamiento múltiple por un mismo hecho, entendiéndose por “hecho”, en este contexto específico, todo el “suceso vital” al cual puede encontrarse referido el juzgamiento en cuestión. Se discute, ahora bien, si este “concepto jurídico-procesal de hecho” ha de entenderse de un modo exclusivamente fáctico, o bien si, por el contrario, ha de entenderse modelado por criterios normativos. Pero es bastante pacífica la tesis de que este concepto jurídico-procesal de hecho es en todo caso independiente, en cuanto a sus presupuestos y su alcance, frente al concepto jurídico-penal de hecho en sentido sustantivo.⁴²

La consecuencia fundamental de ello es que una pluralidad de hechos delictivos en el sentido del Derecho Penal sustantivo puede llegar a constituir, bajo determinadas condiciones, un solo hecho en sentido procesal, cuyo juzgamiento queda entonces proscrito en caso de haber existido un ejercicio de jurisdicción a su respecto previamente.⁴³ Y de acuerdo con la comprensión dominante al respecto en la doctrina alemana, esta función de clausura procesal del principio *ne bis in ídem*, constitucionalmente asegurado, se corresponde íntegramente con el efecto de cosa juzgada material de la respectiva sentencia firme, cuya extensión queda determinada, entonces, por la extensión del correspondiente hecho en sentido procesal.⁴⁴ Y la misma variable fija, por lo demás, el alcance del efecto de litispendencia asociado a un eventual conocimiento judicial todavía en curso de ese mismo hecho.⁴⁵

Tratándose de ordenamientos cuyos textos constitucionales no contienen cláusulas semejantes -como es el caso del derecho español y del derecho chileno,

⁴² Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/12.

⁴³ Kindhäuser, *LPK-StGB*, vor §§ 52-55, n.m. 6.

⁴⁴ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/34.

⁴⁵ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/6.

entre otros-, y más allá de que pueda identificarse un fundamento constitucional indirecto para el principio en cuestión,⁴⁶ es de todas formas posible invocar disposiciones de tratados internacionales, ratificados por los respectivos Estados, para conferirle así un estatus suprallegal. En lo inmediatamente relevante para el derecho chileno, los tratados vinculantes son, a este respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero aquí es necesario observar que ambos tratados consagran el principio *ne bis in idem* exclusivamente en su dimensión de estándar procesal. Esto impone la carga de dar cuenta de algunas peculiaridades de su consagración en uno y otro texto.

El Art. 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme [...]”. Si bien la disposición recurre tanto a la noción de juzgamiento como a la de sanción para articular la garantía, lo cual podría sugerir que ésta resulta comprensiva tanto de la dimensión procesal como de la dimensión sustantiva del principio, ello resulta de inmediato contrarrestado por la cláusula que hace explícito el presupuesto de la existencia de una sentencia condenatoria o absolutoria firme. En tal medida, la garantía no incorpora la prohibición de que en único ejercicio de jurisdicción se tome en consideración dos veces una misma circunstancia para fundamentar o agravar la sanción de cuya imposición se trata.

El Art. 8° N°4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, consagra el principio, en su sola dimensión procesal, en términos todavía más restrictivos, al disponer que “[e]l inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Aquí es fundamental reparar en la restricción del alcance de la garantía únicamente a aquellos casos en que el juzgamiento previo ha concluido en el pronunciamiento de una decisión de absolución, lo cual significa que la garantía no encuentra siquiera aplicación tratándose de casos en que ha existido una sentencia condenatoria previa respecto de “los mismos hechos”. Esto, ciertamente, no admite interpretarse en el sentido de que la convención autorizaría, entonces, la imposición de una nueva sanción por hechos que ya hubieran dado lugar a la imposición de una sanción impuesta por una sentencia condenatoria previa. Más bien, cabe entender que la convención pretende fundar la inadmisibilidad jurídica de esta última posibilidad, directamente, en el principio de legalidad de la pena, establecido en su Art. 9°, específicamente bajo la prohibición de que se imponga una “pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

⁴⁶ Así lo ha afirmado, en relación con el derecho chileno, la Corte Suprema chilena, por sentencia de 24 de marzo de 2009, rol N° 169, en referencia a un caso de imposición de multas en materia laboral, en cuyo considerando 7° se sostiene que el principio *ne bis in idem* “configura una garantía individual innominada, originaria del Derecho Natural y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política nacional y en la idea de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo”.

La consideración anterior, sin embargo, no basta para dar cuenta del cabal alcance que doctrinalmente se atribuye al principio *ne bis in idem* en sentido sustantivo en el marco de la tradición del Derecho Penal de influencia europeo-continental. Pues la prohibición de sanción múltiple por un mismo hecho no se encuentra restringida al caso hipotético de que un tribunal pudiera imponer dos veces la pena legalmente prevista para el autor de un hecho delictivo determinado, lo cual, como instancia de incorrecta aplicación del derecho, constituiría ya un error aritmético (y en tal medida, un error lógico).⁴⁷ El núcleo de significación práctica del principio como estándar sustantivo concierne, más bien, a aquellas situaciones en que el hecho objeto del juzgamiento puede satisfacer dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo, en términos de lo que se conoce como un concurso de delitos. Y ante tales situaciones, el principio *ne bis in idem* se vuelve específicamente operativo al modo de una “prohibición de doble valoración” (*Doppelverwertungsverbot*),⁴⁸ de manera tal que, en la medida en que una misma circunstancia o aspecto del hecho (o de los hechos) objeto de juzgamiento tenga relevancia bajo más de una descripción, haya que reconocer el carácter “aparente” o impropio del respectivo concurso de delitos, para evitar así una contravención de la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho.

En esta dimensión como estándar sustantivo de adjudicación, orientado a la evitación de fundamentar o agravar una sanción por un mismo hecho, el principio *ne bis in idem* no representa más que una concreción de la prohibición de exceso que se deriva del principio (general) de proporcionalidad: considerar dos veces un mismo hecho -o más exactamente, la misma propiedad de un hecho- para fundamentar o agravar la sanción a ser impuesta sobre una persona, constituye una contravención de esa prohibición de exceso. Lo fundamental es que, desde este punto de vista, el principio *ne bis in idem* representa un estándar vinculante para el adjudicador, pero no sin más, al menos directamente, para el legislador. Esto, porque la premisa metodológica que subyace a la aplicación del principio, en su modalidad de prohibición de doble valoración, es la necesidad de evitar las consecuencias de una eventual redundancia legislativa circunstancial, asociada a la superposición de los supuestos de hecho de dos o más normas de sanción en relación con un mismo objeto de subsunción. Esto es precisamente lo que se constata cada vez que se afirma un concurso impropio o aparente de delitos, que da lugar a la exclusión de la aplicación de las consecuencias que normalmente estarían asociadas a un auténtico concurso (real o ideal) de delitos.

Es crucial reparar aquí en que la prohibición no se ve quebrantada, por lo mismo, si el reconocimiento de un auténtico concurso de delitos expresa adecuadamente, y en conformidad con la representación legislativa, la magnitud de desvalor correspondiente al hecho o a los hechos que le son personalmente imputables. Ello se expresa en la proposición doctrinaria según la cual la prohibición de doble valoración, en la cual se traduce el principio *ne bis in idem*, tendría como contrapunto preciso lo

⁴⁷ Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil* II, § 52/2.

⁴⁸ Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil* II, § 52/2.

que (en los términos de la doctrina penal alemana) se conoce como un “mandato de exhaustividad” (*Ausschöpfungsgebot*): la sentencia condenatoria ha de hacer explícito todo el contenido de ilicitud de las descripciones de formas de comportamiento delictivo cuya realización es (simultáneamente) imputable al condenado.⁴⁹

Por ello, si hay base suficiente para atribuir al legislador la sobrevaloración de una misma propiedad de determinado hecho, entonces esa sobrevaloración no es *prima facie* interpretable como redundancia, sino como énfasis en su valoración negativa. Ello es así hasta el punto de que cada tipificación de un delito compuesto, esto es, un delito que se estructura como la conjunción de dos (o más) delitos distintos, no es más que la articulación de un reconocimiento legislativo específico del correspondiente concurso (prototípicamente: ideal o medial).⁵⁰

La vigencia internacional del principio ne bis in idem

El alcance del principio *ne bis in idem*, desdoblado en sus funciones de prohibición de punición múltiple y de juzgamiento (o persecución) múltiple por un mismo hecho, se encuentra en todo caso circunscrito, en la tradición del derecho europeo-continental, al ámbito correspondiente al ejercicio de jurisdicción estatal. Incluso bajo su consagración en tratados internacionales orientados a la protección de derechos fundamentales, el principio *ne bis in idem* “afecta a una sola unidad jurisdiccional”;⁵¹ o de acuerdo con una formulación todavía más categórica: “La prohibición de punición múltiple del Derecho Internacional sólo prohíbe la condena por un mismo hecho al interior de cada Estado”.⁵² Esto descansa, como es obvio, en el reconocimiento de la soberanía de cada Estado, una de cuyas dimensiones específicas está constituida, precisamente, por la autonomía del ejercicio de su propia jurisdicción y de su propia potestad punitiva. Lo cual puede conllevar dificultades desde el punto de vista de eventuales conflictos de jurisdicción, en la medida en que, como desarrollo del Derecho Internacional, se amplían las bases de ejercicio de jurisdicción extraterritorial susceptibles de ser invocadas por cada Estado.⁵³

Ciertamente, esto no significa que un Estado, en ejercicio de su soberanía, no pueda adoptar un principio de reconocimiento del ejercicio de jurisdicción de otros Estados para condicionar así, negativamente, el ejercicio de su propia jurisdicción.⁵⁴

⁴⁹ Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil* II, § 52/3.

⁵⁰ Así por ejemplo, la tipificación del robo (con violencia o intimidación en las personas) no es sino la tipificación de una combinación medial de una coacción (mediante violencia o mediante amenaza) y un hurto.

⁵¹ Colomer Hernández, “Conflictos de jurisdicción, *non bis in idem* y litispendencia internacional en la Unión Europea”, p. 69; Satzger/Kayser, “*Ne bis in idem* en el Derecho Penal Internacional: muchas preguntas a segunda vista”, p. 97.

⁵² Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 13/2.

⁵³ Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 13/5 s.

⁵⁴ Aquí destacan, paradigmáticamente, los casos de Holanda y Canadá. Al respecto Satzger/Kayser, “*Ne bis in idem* en el Derecho Penal Internacional: muchas preguntas a segunda vista”, p. 97.

Pero sí significa que, a menos que un Estado efectivamente se someta a ese constreñimiento, el ejercicio de su propia jurisdicción, así como de sus propias potestades sancionatorias, no queda en modo alguno sometido por el eventual ejercicio de jurisdicción de otro Estado, aun cuando uno y otro puedan referirse a un mismo hecho.

A este respecto, resulta ilustrativo el proceso tendiente al progresivo afianzamiento de un principio de “reconocimiento mutuo” entre los Estados miembros de la Unión Europea, proceso marcado por la consagración (matizada) del principio *ne bis in ídem* en el marco del Acuerdo Shengen.⁵⁵ En efecto, el Art. 54 del Convenio de Implementación del Acuerdo Shengen dispone que

“[u]na persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

En la aplicación de esta cláusula, y a pesar de la existencia de importantes desacuerdos interpretativos entre las autoridades doctrinarias,⁵⁶ la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea muestra una importante orientación hacia una progresiva ampliación del ámbito de aplicabilidad del principio tratándose de eventuales conflictos de jurisdicción entre “Estados-Shengen”. Esto, en atención tanto al factor de lo que cabe entender como “sentencia firme” como al factor de lo que cabe entender como “los mismos hechos”.⁵⁷

Respecto de lo segundo, es especialmente importante que, con ocasión de su decisión recaída en el “Asunto Van Esbroeck”, el tribunal se haya inclinado decididamente hacia una interpretación de la expresión “los mismos hechos” en clave puramente fáctica, esto es, con total prescindencia de su eventual calificación jurídica desde el punto de vista de los ordenamientos de los Estados de cuya jurisdicción eventualmente concurrente se trate.⁵⁸ Ello se ha visto posteriormente complementado por lo afirmado por el tribunal, en aplicación del mismo Art. 54, al fallar el “Asunto Van Straaten”, en el sentido de que la “identidad de hecho”, para los efectos de la aplicación de la garantía del *ne bis in ídem*, puede ser relativa.⁵⁹

Sin embargo, un dato fundamental acerca de este desarrollo crecientemente expansivo se refiere a las consideraciones materiales que la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha tendido a esgrimir para sustentar

⁵⁵ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también contempla, en su Art. 50, una consagración del principio *ne bis in ídem* con alcance transnacional. Al respecto Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 13/12 ss.

⁵⁶ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 35/29.

⁵⁷ Sarmiento, “El principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia del TJCE”, pp. 41 ss. Para un análisis pormenorizado véase, entre otros, Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 13/23 ss., 53 ss.

⁵⁸ Sarmiento, “El principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia del TJCE”, pp. 45 ss.

⁵⁹ Sarmiento, “El principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia del TJCE”, p. 49.

dicho desarrollo: preponderantemente, el principio de la confianza mutua entre los Estados, pero también el favorecimiento de la libre circulación de personas entre los territorios de los “Estados-Shengen”.⁶⁰ Tal régimen de reconocimiento jurisdiccional recíproco descansa, por ello, sobre un trasfondo de condiciones de integración política que justifican, en tal medida, el condicionamiento del ejercicio de las potestades soberanas de cada Estado en atención al ejercicio de esas mismas potestades por parte de los demás Estados así vinculados.⁶¹ En cambio, tratándose de escenarios en que no existan semejantes condiciones de integración política autónomamente coordinada por los Estados, no parece imaginable la activación de un régimen de reconocimiento internacional del principio *ne bis in ídem*.

ii. *El Derecho Penal de los EE.UU.*

Las prohibiciones de juzgamiento y punición múltiple en la cláusula constitucional de la doble exposición

En el derecho estadounidense, las dos dimensiones del principio *ne bis in ídem* hasta aquí distinguidas se encuentran integradas en la cláusula de la “doble exposición” (*double jeopardy*) establecida en la Quinta Enmienda de la Constitución federal.⁶² De acuerdo con la comprensión más generalizada, explicitada, por ejemplo, en la decisión de la Corte Suprema federal en el caso *North Carolina v. Pearce*,⁶³ la cláusula contendría una triple prohibición: la prohibición de que una persona sea sancionada dos veces por un mismo delito (*same offence*); la prohibición de que una persona sea nuevamente sometida a juicio, tras haber sido absuelta, por un mismo delito; y la prohibición de que una persona sea nuevamente sometida a juicio, tras haber sido condenada, por el mismo delito.

Ahora bien, es enteramente posible reducir las tres funciones precedentemente diferenciadas a solamente dos, consistentes en una prohibición de juzgamiento múltiple por un mismo delito y en una prohibición de punición múltiple por un mismo delito.⁶⁴ La razón por la cual puede ser pertinente, sin embargo, tener de todas formas

⁶⁰ Sarmiento, “El principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia del TJCE”, pp. 43 s.

⁶¹ Así Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 13/35.

⁶² Originariamente, en cuanto establecida en la Quinta Enmienda, la cláusula de la doble exposición se entendía vinculante solamente para el Derecho Penal federal, pero no para el Derecho Penal de los Estados. El punto de quiebre de este entendimiento tuvo lugar en 1969, cuando la Corte Suprema federal sostuviera, en *Benton v. Maryland* (395 US 784 [1969]), que la cláusula resultaba oponible a los estados a través de la Decimocuarta Enmienda, en el entendido de que debía considerarse como una garantía comprendida por la cláusula del debido proceso de ley (*due process of law*), en el sentido de la doctrina de la incorporación. Por lo demás, el mismo día de la decisión de *Benton*, la Corte Suprema federal explicitó, en *North Carolina v. Pearce*, que *Benton* era aplicable con efecto retroactivo. *Benton* significó repudiar una línea jurisprudencial establecida ya en 1833, en la decisión recaída en el caso *Barron v. Baltimore* (32 US 7 Pet. 243 [1833]), por la cual la Corte Suprema federal había afirmado que el *Bill of Rights* de la Constitución federal no vinculaba a los estados.

⁶³ 395 US 711 (1969).

⁶⁴ Moore, *Act and Crime*, p. 308.

en cuenta la subdistinción ulterior entre la prohibición de un nuevo juzgamiento tras una condena y la prohibición de un nuevo juzgamiento tras una absolución, radica en que el fundamento normativo de la prohibición podría ser divergente en uno y otro caso, según cómo se vincule ésta con la prohibición de punición múltiple.

La prohibición de punición múltiple por un mismo delito se fundamenta, en términos estrictamente coincidentes con la justificación del aspecto sustantivo del principio *ne bis in idem* reconocida por la doctrina del Derecho Penal continental, en una consideración de proporcionalidad:

“La prohibición de castigo múltiple se basa en una consideración de proporcionalidad: concediendo que la legislatura puede disponer una sanción severa para cualquier delito, cuando una potencial sanción severa sólo es posible porque varias disposiciones [penales] convergen respecto de un solo acto, tal sanción probablemente sea excesiva bajo la propia evaluación de la legislatura, si las provisiones sancionan esencialmente lo mismo”.⁶⁵

La coincidencia con la tesis estandarizada de la doctrina del Derecho Penal continental es manifiesta. Y la coincidencia se intensifica cuando se agrega que, esta consideración de proporcionalidad no es sin más equivalente a la prohibición de exceso establecida en la cláusula que prohíbe la imposición de penas crueles e inusitadas (*cruel and unusual punishments*) bajo la Octava Enmienda de la Constitución federal. Pues en esta última se trata de un estándar de proporcionalidad mínima que la Constitución impone directamente a la legislatura,⁶⁶ mientras que en la cláusula de la doble exposición se trata de una directriz para el órgano adjudicador: se trata de excluir la punición excesiva desde el punto de vista de la valoración legislativa de las concretas circunstancias del objeto de juzgamiento.⁶⁷

Esto quiere decir que, para los efectos de la cláusula de doble exposición, el legislador determina qué cuenta como un mismo delito, de modo tal que la cláusula constitucional prohíbe al órgano jurisdiccional la punición múltiple por un mismo delito, definido como tal por el legislador. Y esta prohibición se dirige tanto a tribunales federales como a tribunales estatales, al menos desde la incorporación de la cláusula de la doble exposición a la Decimocuarta Enmienda establecida en *Benton*: “En la medida en que un imputado ha sido sujeto a una punición que excede lo previsto por la legislatura, él ha sido ‘doblemente’ sancionado en violación de la cláusula de doble exposición”.⁶⁸

Ahora bien, clarificado así el sentido mínimo de la prohibición de punición múltiple por un mismo delito, cabe determinar la conexión que existe entre dicha

⁶⁵ Moore, *Act and Crime*, p. 309.

⁶⁶ En la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo federal al respecto, véase *Harmelin v. Michigan*, 501 US 957 (1991) *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002), *Roper v. Simon*, 543 US 551 (2005).

⁶⁷ Moore, *Act and Crime*, pp. 309 s.; Amar/Marcus, “Double Jeopardy Law after Rodney King”, p. 29.

⁶⁸ Westen y Drubel, “Toward a General Theory of Double Jeopardy”, p. 108.

prohibición y la prohibición de juzgamiento múltiple por un mismo delito, igualmente atribuida a la cláusula de doble exposición. A primera vista, podría pensarse que la función de la prohibición de un nuevo juzgamiento por un mismo delito tras el pronunciamiento de una sentencia condenatoria podría reducirse a una anticipación de la protección dispensada por la prohibición de punición múltiple por un mismo delito. Moore reconduce esta tesis a la jurisprudencia de la Corte Suprema federal, y específicamente a su decisión en el caso *Ex parte Lange*.⁶⁹ Aquí la corte no sólo reconoció la prohibición de punición múltiple por un mismo delito como inmanente a la cláusula de la doble exposición, sino que afirmó que sería la posibilidad de una nueva sanción como posible consecuencia del segundo juzgamiento lo que daría sustento a la prohibición de un nuevo juzgamiento, posterior a una condena, por el mismo delito.⁷⁰ Y a esta función primordial se añadiría la de neutralizar el costo y la vergüenza de ser sometido a un nuevo juzgamiento sin justificación.⁷¹

Entender de este modo la prohibición de un nuevo juzgamiento por un mismo delito tras una condena, sin embargo, parece llevar a la afirmación de que esta habría de exhibir el mismo alcance, *mutatis mutandis*, que la prohibición de punición múltiple por un mismo delito. Pues sólo así cabría entender que la función de la primera pudiera limitarse a anticipar el efecto de la segunda:

“De acuerdo con esta interpretación [...], la proscripción de proscriciones sucesivas tras una condena debería aplicarse siempre que debiera aplicarse la proscripción de punición múltiple. Esto significa que el valor de asegurar la proporcionalidad de las penas respecto de la entidad de la falta también debería guiar la aplicación de esta proscripción”.⁷²

Es claro, ahora bien, que el fundamento de la prohibición de un nuevo juzgamiento tras una absolucón por el mismo delito no puede entenderse como un estándar dependiente del alcance de la prohibición de punición múltiple por un mismo delito. Pues por definición no hay riesgo alguno de una punición múltiple por un mismo delito, en la medida en que el primer juzgamiento haya concluido en una absolucón. De ahí que el fundamento de esta prohibición tenga que ser diferente. Se trataría, en primer lugar, de un dispositivo de reduccón del riesgo de la condena de un inocente, riesgo que se incrementaría en caso de haber más de una oportunidad de condena por el mismo delito; en segundo lugar, de una medida de neutralizacón del efecto (psicológicamente) traumático que pudiera conllevar una doble exposicón a sufrir una condena; y finalmente, de una medida orientada a la eficiencia en el funcionamiento del aparato jurisdiccional, análogamente a lo que se predica de las instituciones de la cosa juzgada (*res judicata*), el impedimento colateral (*collateral estoppel*) y la acumula-

69 85 US 173 (1873).

70 Moore, *Act and Crime*, p. 310.

71 Moore, *Act and Crime*, p. 312.

72 Moore, *Act and Crime*, p. 311.

ción obligatoria (*compulsive joinder*), propias del sistema de adjudicación civil.⁷³

Lo importante de la reconstrucción del alcance de la cláusula sobre la doble exposición, en lo que es de interés para el presente informe, está en el hallazgo de la heterogeneidad de las prohibiciones específicamente vinculadas a dicha cláusula de la Constitución federal estadounidense, por más controversial que sea la identificación exacta del fundamento de cada una de esas prohibiciones.⁷⁴ Desde este punto de vista, es innegable el paralelismo con la diversidad de funciones asignadas al principio *ne bis in idem* en la tradición del derecho continental. Pero es igualmente importante advertir que, en uno y otro ámbito, existen variables más bien idiosincrásicas que inciden en la configuración del alcance y (sobretudo) del peso específico de cada una de las garantías unificadas bajo el respectivo denominador común.

El concepto de “un mismo delito”

En el caso del derecho estadounidense, es justamente una variable idiosincrásica -esto es, asociada a la identidad particular del ordenamiento jurídico estadounidense- lo que explica la mucho mayor perentoriedad tradicionalmente asignada a la prohibición de juzgamiento múltiple en relación con una situación de una absolucón previa, frente a la menor perentoriedad de la prohibición de juzgamiento múltiple en relación con una situación de una condena previa,⁷⁵ prohibición que tiende a ser entendida, según ya se explicara, como un dispositivo de anticipación de la protección dispensada por la prohibición de punición múltiple. Pero esto no obsta a que, dentro de este mismo marco de referencia, existan planteamientos que abogan por la plena equiparación del alcance de la prohibición de un nuevo juzgamiento por un mismo delito, sea que éste tenga como antecedente una absolucón o una condena previa. Y lo más relevante acerca de estos planteamientos, en lo que aquí interesa, afecta la cuestión de qué ha de entenderse bajo la expresión “un mismo delito” en el contexto de la cláusula de la doble exposición.

Tradicionalmente ha prevalecido el punto de vista según el cual la expresión “un mismo delito” significaría lo mismo cuando la cláusula de la doble exposición es invocada como una prohibición de punición múltiple y cuando lo es como una prohibición de juzgamiento múltiple.⁷⁶ El hito decisivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema federal, a este respecto, estuvo constituido por su decisión en *Blockburger v. U.S.*,⁷⁷ con ocasión de la cual la Corte estableciera el criterio (tenido por) esencial para determinar cuándo existe un mismo delito en el sentido de la Quinta Enmienda, que se conoce como el criterio de la “misma evidencia”. De acuerdo con este *test*,

73 Moore, *Act and Crime*, pp. 313 s.

74 Westen/Drubel, “Toward a General Theory of Double Jeopardy”, pp. 84 s.

75 Véase Westen/Drubel, “Toward a General Theory of Double Jeopardy”, pp. 106 ss. 122 ss.; Amar, “Double Jeopardy Law Made Simple”, p. 1815.

76 Westen/Drubel, “Toward a General Theory of Double Jeopardy”, p. 169.

77 284 US 299 (1932).

“allí donde el mismo acto o la misma transacción constituye una infracción de dos disposiciones legales distintas, el test ha de ser aplicado para determinar si hay dos delitos o sólo consiste en si cada disposición requiere la prueba de un hecho adicional que la otra no requiere”.⁷⁸

La controversia acerca de la interpretación correcta de este criterio ha sido intensa, aun al interior de la propia Corte Suprema federal.⁷⁹ El *test* de la misma evidencia se corresponde con un criterio bajo el cual han de compararse las definiciones legales de los delitos involucrados, de modo tal que si la evidencia (por mera vía de hipótesis) requerida para la prueba de uno también conduce a la prueba del otro, se trata entonces de un mismo delito (*same offense*) para los efectos de la cláusula de la doble exposición. No se trata, por ende, de comparar la evidencia efectivamente aportada para la prueba de uno y otro delito, sino de comparar los elementos que bajo una y otra definición legal deben ser probados para afirmar la existencia del respectivo delito.⁸⁰ Así, Moore:

“[...] este es un criterio de determinación de identidad entre tipos de actos; no es una condición de identidad porque en modo alguno descansa en la naturaleza de los tipos de actos en orden a especificar cuándo dos son en realidad uno. Más aún, un criterio tal en sí mismo es sólo probatorio (*evidential*); los tipos de actos *usualmente* serán idénticos si la evidencia requerida para su prueba es la misma, pero esto no es necesariamente siempre el caso”.⁸¹

Blockburger exige que el tribunal compare ambas definiciones para así verificar que cada uno requiera a lo menos un elemento que el otro no requiere. Si esto se da, entonces puede castigarse por más de un delito. Por el contrario, si la definición de uno de los delitos incorpora todos los elementos que exige la definición del otro, entonces se trata de un solo delito, en la medida en que el segundo constituye un delito “menor incluido” (*lesser included offense*).⁸² Esto significa que el *test* de la misma evidencia introducido en *Blockburger* se corresponde con el criterio de la especialidad para la constatación un concurso impropio o aparente. La norma de sanción cuya definición del respectivo delito incluye todos los elementos de la definición de otro y a lo menos un elemento adicional que el otro no requiere, constituye

⁷⁸ 284 US 304 (1932).

⁷⁹ En *Grady v. Corbin* (495 US 508 [1990]), por ejemplo, el juez Brennan sostuvo, en la redacción de la opinión del tribunal, que el test de la misma evidencia constituía un *misnomer*: “El test de *Blockburger* nada tiene que ver con la evidencia presentada en el juicio. Sólo concierne a los elementos del delito imputado. Un genuino test de “la misma evidencia” o de “evidencia efectiva” impediría al Estado presentar, en un nuevo juicio, cualquier evidencia ya presentada en una prosecución precedente. Es en este sentido que discutimos, y no adoptamos, un test de “la misma evidencia” o de “evidencia efectiva” (495 US 521 [1990], nota 12).

⁸⁰ Thomas, “A Unified Theory of Multiple Punishment”, p. 35.

⁸¹ Moore, *Act and Crime*, p. 368.

⁸² Amar/Marcus, “Double Jeopardy Law after Rodney King”, p. 28.

lex specialis frente a otra norma de sanción.

Rara vez se repara, sin embargo, en que *Blockburger* efectivamente distinguió dos niveles en la pregunta por el alcance del concepto de un mismo delito. Pues la corte no sólo estableció el test de la misma evidencia para afirmar un mismo delito en casos de delito menor incluido en otro (= especialidad). La corte también atendió al problema de cuántos hechos delictivos estaban comprometidos en el caso, más allá de cuál fuese su descripción jurídicamente relevante. El problema radica en que, bajo la cláusula de doble exposición, ambas preguntas han de ser reconducidas a una sola categoría, expresada en el término “un mismo delito” (*same offense*).⁸³ La decisión de *Blockburger* no articuló suficientemente la intuición de que en la interpretación de la expresión “el mismo delito”, para determinar si una imposición de punición múltiple contraviene o no la cláusula de doble exposición, pueden verse involucradas dos cuestiones de identidad, los cuales tradicionalmente son diferenciadas como la cuestión de la “unidad de prosecución” y la cuestión de la “unidad de descripción”.⁸⁴ En los términos propuestos por Moore, se trata aquí de la distinción entre la pregunta relativa a la identidad entre dos o más acciones particulares (*sameness of action-tokens*) y la pregunta relativa a la identidad entre dos o más tipos de acciones (*sameness of action-types*).⁸⁵

La idoneidad del *test* de la misma evidencia ha sido sumamente discutida, en referencia tanto a la prohibición de punición múltiple como a la de juzgamiento múltiple. Así por ejemplo, se sostiene que, hacia el final de la década de 1950, en la jurisprudencia de la Corte Suprema federal podía observarse una tensión entre una línea de casos decididos en conformidad con *Blockburger* y otra línea de casos, decididos sobre la base de un criterio menos estricto, que posibilitaba la afirmación de un solo delito a pesar de no satisfacerse el test de la misma evidencia.⁸⁶ Pero lo que aquí interesa es la crítica al *test* de la misma evidencia como criterio de reconocimiento de “un mismo delito” bajo la prohibición de juzgamiento múltiple.

En este punto, puede ser pertinente considerar el tenor de la opinión concurrente emitida por el juez Brennan en el caso *Ashe v. Swenson*,⁸⁷ que incluyera un enérgico rechazo del *test* de la misma evidencia como criterio suficiente de reconocimiento de un mismo delito en contextos de juzgamiento múltiple. Según Brennan, bastaría con que un mismo curso de acción fuese susceptible de ser dividido en varios delitos cronológicamente discretos para burlar la proscripción de la doble exposición.⁸⁸ Como sustituto de este criterio, “no requerido constitucionalmente”, Brennan defendió la adopción del *test* del “mismo asunto” (*same transaction test*):

⁸³ Véase Thomas, “A Unified Theory of Multiple Punishment”, p. 6.

⁸⁴ Westen/Drubel, “Toward a General Theory of Double Jeopardy”, p. 111.

⁸⁵ Moore, *Act and Crime*, pp. 314 s., 325 ss.

⁸⁶ Thomas, “A Unified Theory of Multiple Punishment”, pp. 37 ss.

⁸⁷ 397 US 436 (1970).

⁸⁸ 397 US 451 (1970).

“A mi juicio, la cláusula de la doble exposición requiere que la parte acusadora, salvo en circunstancias sumamente limitadas, reúna en un juicio todos los cargos contra un imputado que se sigan de un solo acto criminal, ocurrencia, episodio o asunto. Este test del “mismo asunto” no sólo refuerza la antigua prohibición de prosecutions múltiples vejatorias incorporada en la cláusula sobre doble exposición, sino que también responde al reconocimiento cada vez más difundido de que la consolidación de todas las cuestiones derivadas de un mismo asunto o ocurrencia en una sola acción legal promueve mejor la justicia, la economía y la conveniencia”.⁸⁹

La opinión concurrente de Brennan en *Ashe* fue parcialmente recogida como la opinión de la corte, en *Grady v. Gorbin*.⁹⁰ Si bien la corte declaró expresamente no adoptar el *test* del mismo asunto,⁹¹ sí admitió, explícitamente, que el *test* de la misma evidencia no podía ser el único criterio para determinar cuándo hay un mismo delito en contextos de juzgamiento múltiple.⁹² En apoyo de esta decisión, la corte hizo referencia, entre otros, a su decisión recaída en el caso *Brown v. Ohio*,⁹³ en la cual, y precisamente invocando la autoridad de *Ashe*, sostuvo que

“[e]l *test* de *Blockburger* no es el único estándar para determinar si algunas prosecutions sucesivas conciernen, de modo proscrito, al mismo delito. Aun si dos delitos son suficientemente diferentes como para autorizar la imposición de sentencias consecutivas, la posibilidad de prosecutions sucesivas estará excluida en algunas circunstancias en que la segunda prosecution requiera una nueva litigación sobre cuestiones de hecho ya resueltas con ocasión de la primera”.⁹⁴

Así, aun no habiendo identidad entre los elementos exigidos por la definición de uno y otro delito considerados en abstracto, esto es, aun no habiendo relación de delito menor incluido, la decisión de *Grady* posibilita afirmar la existencia de un mismo delito si hay coincidencia en las “cuestiones de hecho” de las cuales hubiera

⁸⁹ 397 US 454 (1970).

⁹⁰ 495 US 508 (1990).

⁹¹ 495 US 523 (1990), nota 15: “Adoption of a ‘same transaction’ test would bar the homicide and assault prosecutions even if the State were able to establish the essential elements of those crimes without proving the conduct for which Corbin previously was convicted”.

⁹² 495 US 521 (1990): “La cláusula de la doble exposición proscribe cualquier prosecution subsecuente por la cual el gobierno, para establecer un elemento esencial del delito imputado en la prosecution, vaya a probar una conducta que constituye un delito por el cual el imputado ya ha sido juzgado. Este no es un test de ‘evidencia efectiva’ o ‘misma evidencia’. La indagación crucial es qué conducta va a probar el Estado, no la evidencia que el Estado va a usar para probar la conducta”.

⁹³ 432 US 161 (1977).

⁹⁴ 432 US 166 s. (1977), nota 6.

dependido, *in concreto*, la configuración de uno y otro hecho delictivo.⁹⁵ Y lo crucial aquí es que *Grady* sólo introdujo esta exigencia adicional al *test* de la misma evidencia para el contexto de juzgamiento múltiple, no para el contexto de punición múltiple.

Grady fue, sin embargo, revocado sólo tres años después, en *United States v. Dixon*,⁹⁶ que restableciera la vigencia de *Blockburger* como único criterio de reconocimiento de la existencia de un mismo delito en el sentido de la cláusula de la doble exposición, tanto en contextos de punición múltiple como en contextos de juzgamiento múltiple.⁹⁷ Pero lo que importa aquí es la constatación de que también bajo la cláusula de la doble exposición de la Quinta Enmienda de la Constitución de los EE.UU. hay espacio para el reconocimiento de que las condiciones de reconocimiento de “un mismo delito” pueden variar, según cuál sea el fundamento preciso de las prohibiciones de punición múltiple y juzgamiento múltiple.

La doctrina de la soberanía dual

La posibilidad de una concurrencia de ejercicios de jurisdicción por parte de entidades soberanas diferentes en relación con un mismo hecho delictivo también tiene relevancia para la determinación del alcance de la cláusula de la doble exposición. En el contexto del derecho estadounidense, empero, ello se vincula directamente con el principio del federalismo, sobre el cual descansa, de acuerdo con la comprensión tradicional del problema, una restricción del alcance de la prohibición constitucional de la doble exposición, restricción que se articula en términos de la así llamada “doctrina de la soberanía dual” (*dual sovereignty*).⁹⁸ Apelando a esta doctrina, en la célebre decisión recaída en el caso *Heath v. Alabama*,⁹⁹ la Corte Suprema federal sostuvo que un delito definido como tal bajo la legislación de un estado no podía entenderse como idéntico a un delito definido por la legislación de otro estado, independientemente de que una y otra definición se hubieran visto realizadas por un solo hecho como “unidad de juzgamiento” (*unity of prosecution*). De esto se sigue, sostuvo la corte, que la imposición de una sanción sobre la misma persona en uno y otro estado, en relación con la misma unidad de juzgamiento, no suponía una violación de la prohibición de doble exposición.

Si bien la jurisprudencia favorable a la doctrina de la soberanía dual asume la preponderancia del principio del federalismo sobre la cláusula de la doble exposición,

⁹⁵ Como observa Moore, *Act and Crime*, p. 316, este criterio (más laxo) de identidad sólo constituye -directamente- un criterio relativo a la identidad entre tipos (o descripciones) de acciones, y no a la identidad entre acciones particulares.

⁹⁶ 509 US 688 (1993).

⁹⁷ Sobre la insuficiencia del *test* de *Blockburger*, aun para fundamentar las soluciones que éste supuestamente fundamenta, véase Amar/Marcus, “Double Jeopardy Law after Rodney King”, pp. 28 ss.; y Amar, “Double Jeopardy Law Made Simple”, pp. 1813 ss.

⁹⁸ Fundamental al respecto Amar/Marcus, “Double Jeopardy Law after Rodney King”, pp. 4 ss.

⁹⁹ 474 US 82 (1985).

Heath implicó una extensión de esa doctrina más allá de su justificación bajo el principio del federalismo. Pues en *Heath* no se trataba de que una persona fuese juzgada y sancionada, en relación con un mismo hecho, bajo la legislación federal y bajo la legislación de un estado, sino que bajo la legislación de dos estados distintos.¹⁰⁰ El fundamento de la aplicación de la doctrina de la soberanía dual que ofreció la corte, antes bien, apuntaba a la legitimidad de la pretensión, por parte de cada estado, de hacer valer jurisdiccionalmente su propio ordenamiento jurídico: “El interés de un estado en vindicar su autoridad soberana a través de la ejecución de sus leyes por definición no puede ser satisfecho por la ejecución por otro estado de *sus* leyes”.¹⁰¹

Esta decisión de la Corte Suprema federal ha sido objeto de críticas. Pues parece innegable que la doctrina de la incorporación, en virtud de la cual la cláusula de la doble exposición pasara a ser vinculante no sólo a nivel federal sino también para cada uno de los estados, constituye una base para el cuestionamiento de la doctrina de la soberanía dual.¹⁰² Que a pesar de ello, empero, la doctrina de la soberanía dual conserve su vigencia, muestra que la posibilidad de juzgamientos y sanciones múltiples por un mismo hecho delictivo es inherente a la coexistencia de dos o más entidades capaces de reclamar y ejercer jurisdicción sobre ese mismo hecho delictivo.¹⁰³

iii. *Balance: los contextos del principio ne bis in idem*

La lección fundamental que arroja la revisión precedente de algunos antecedentes de Derecho Comparado acerca del estatus y alcance del principio *ne bis in idem* concierne a lo imprescindible de diferenciar los contextos particulares en que puede activarse su aplicación. Pues en el marco de cada uno de estos contextos pueden plantearse preguntas específicas acerca de la concreción del principio o bien como estándar de clausura procesal o bien como estándar sustantivo de adjudicación.

El primer contexto que necesita ser perfilado diferenciadamente es lo que cabría llamar el “contexto interjurisdiccional”. Es aquí donde el principio *ne bis in idem*, en términos del Derecho Comparado, opera con el menor grado de perentoriedad. Y la razón para ello se encuentra en que dicho principio se halla históricamente construido sobre la base de una hipótesis de unicidad de jurisdicción, en el sentido de que tanto la restricción de las oportunidades procesales para el juzgamiento como la restricción de la acumulación de sanciones a ser impuestas en relación con un mismo hecho -más allá de cómo se entienda esto último- son dependientes del punto de vista de un mismo sistema jurisdiccional soberano. Esto es lo que enseña el examen de las propuestas de internacionalización del principio *ne bis in idem*,

¹⁰⁰ Alabama juzgó y condenó al imputado (*Heath*) por asesinato, después de que Georgia hiciera lo mismo.

¹⁰¹ 474 US 93 (1985).

¹⁰² Amar/Marcus, “Double Jeopardy Law after Rodney King”, p. 4.

¹⁰³ Al respecto Thomas, “A Blameworthy Act Approach to the Double Jeopardy Same Offense Problem”, pp. 1055 ss.

particularmente en el ámbito del derecho comunitario europeo, así como de la aún subsistente doctrina de la soberanía dual en el marco del derecho de los EE.UU. de Norteamérica: en este nivel, el principio *ne bis in idem* sólo puede obtener validez sobre la base de la adopción de políticas de reconocimiento mutuo y medidas de cooperación internacional que efectivamente limiten las posibilidades de ejercicio de las potestades jurisdiccionales y sancionatorias de los estados involucrados.

En un caso propio del contexto interjurisdiccional, en que ha de determinarse si el tribunal de un estado -dando por sentada su competencia- puede juzgar o imponer una sanción por uno o más hechos delictivos que ya han sido objeto de juzgamiento o fundamento de la imposición de una sanción por parte de un órgano jurisdiccional extranjero, la cuestión se reduce a si el derecho aplicable para aquel tribunal contempla o no un reconocimiento del ejercicio de jurisdicción o de la potestad sancionadora por parte de éste. Ciertamente, la respuesta a esta pregunta es siempre contingente. Bajo el derecho chileno, como habrá de verse todavía, la respuesta está dada, en lo relativo tanto a la prohibición del juzgamiento múltiple como a la prohibición de sanción múltiple, por las reglas del Art. 13 del Código Procesal Penal.

El contexto contrapuesto se corresponde con lo que cabría llamar, correspondientemente, un “contexto intrajurisdiccional”. Según ya se anticipara, este contexto, definido por la circunstancia de la posible multiplicidad de instancias de juzgamiento o punición al interior de un mismo sistema jurisdiccional, representa el ámbito de aplicación históricamente auto-evidente para el principio *ne bis in idem*. De ahí que la consagración de éste en tratados internacionales sea hegemónicamente entendida como exclusivamente vinculante para el ejercicio de jurisdicción por parte de cada Estado considerado en sí mismo, sin atender, en cambio, a posibles situaciones de concurrencia de jurisdicción entre estados. Pero aquí es necesario introducir una distinción ulterior entre dos subcontextos, que cabría denominar el “contexto interprocesal” y el “contexto intraprocésal”.

La razón para esto está en que sólo en un contexto interprocesal -esto es, en un contexto en que dos o más procesos pudieran llevarse a efecto (sucesiva o simultáneamente) en relación con un mismo conjunto de circunstancias de hecho- puede venir en, en cuanto estándar de clausura procesal, una prohibición de juzgamiento múltiple. Y en la medida en que en este contexto interprocesal, por definición, un impedimento del juzgamiento múltiple por un mismo conjunto de hechos ha de operar con anterioridad al eventual impedimento de la imposición de sanciones múltiples por ese mismo conjunto de hechos, aquí puede resultar superfluo reconocer, independientemente, la prohibición de punición múltiple, en cuanto estándar sustantivo de adjudicación. Pues estando proscrito el juzgamiento múltiple, por definición no podrá llegarse a un escenario de eventual punición múltiple, en la medida en que el estándar de clausura procesal sea observado. Esto explica, como se mostrará más abajo, el tenor de la consagración del efecto de cosa juzgada (material), en el sentido de un principio de “única persecución”, en el Art. 1º del Código Procesal Penal chileno, que vuelve eficaz la prohibición de dos o más juzgamientos sucesivos; su correlato, que hace efectiva la prohibición de dos o más juzgamientos simultáneos, está constituido por la excepción de litispendencia.

Finalmente, como segundo subcontexto del contexto intrajurisdiccional,

cabe diferenciar lo que puede denominarse el “contexto intraprocésal”. Aquí se trata de situaciones en que la prohibición de punición múltiple se hace operativa como estándar de adjudicación en exclusiva atención a los hechos delictivos que son objeto de un mismo juzgamiento. En tal medida, este contexto está definido por la imposibilidad de que el principio *ne bis in idem* resulte aplicable como prohibición de juzgamiento múltiple. Una lección del ejercicio comparativo ya efectuado consiste, a este respecto, en el hallazgo de que, al interior de un mismo ordenamiento jurídico, el alcance exhibido por la prohibición de punición múltiple en este contexto intraprocésal puede ser congruente o incongruente. En el derecho estadounidense, la cláusula de la doble exposición tiende a ser tenida por aplicable en iguales términos en uno y otro contexto. En la tradición del derecho europeo-continental, en cambio, la prohibición de la punición múltiple en el contexto intraprocésal se hace operativa a través de las reglas sobre unidad de acción y concursos de delitos, sin coincidir en su extensión con el conjunto de garantías procesales asociadas a la cosa juzgada y la litispendencia. Según se mostrará más abajo, esta es también la solución reconocible en el Derecho Penal chileno.

b) El principio *ne bis in idem* en el Derecho Penal chileno

i. Los conceptos de “delito”, “unidad de hecho” y “hecho en sentido procesal”

La primacía del Derecho Penal frente al Derecho Procesal Penal

La determinación del alcance preciso del conjunto de prohibiciones que se identifican con el principio *ne bis in idem* pasa, en lo fundamental, por la determinación de su respectivo objeto. Y aquí es necesario reparar en la ambigüedad que exhibe el término “un mismo hecho” cuando se habla, para caracterizar al principio, de la prohibición de juzgar y sancionar dos veces por “el mismo hecho”.¹⁰⁴ Pues lo que cabe entender por “el mismo hecho” en el sentido (genérico) del principio *ne bis in idem* puede variar sobremedida, según cómo se encuentre jurídicamente reconocida la respectiva prohibición (de juzgamiento o de punición múltiple) en el contexto de que se trate. Por ello, es imprescindible diferenciar sistemáticamente los varios sentidos que pueden ser atribuidos a esa expresión genérica, para poder después examinar cuáles son los términos bajo los cuales el derecho chileno, en cada contexto, articula las distintas modalidades de proscripción del *bis in idem*.

El punto de partida, a este respecto, está constituido por la ya tradicional contraposición de un concepto de hecho propio del Derecho Penal sustantivo (en lo que sigue: “Concepto jurídico-penal de hecho”) y un concepto de hecho propio del Derecho Procesal Penal (en lo que sigue: “Concepto procesal de hecho”). En lo esencial, lo que aquí aparece es la constatación de que el concepto jurídico-penal de

¹⁰⁴ Piña, *Derecho Penal*, p. 256.

hecho no tiene por qué coincidir necesariamente con el concepto de hecho que hacen suyas las reglas que instituyen y regulan el proceso penal. Y esto se sigue de la adopción de un punto de vista funcional: en la medida en que las funciones desempeñadas por el Derecho Penal (sustantivo) y el Derecho Procesal Penal no sean idénticas, es enteramente posible que, en cuanto categoría de uno y otro ámbito jurídico, el concepto de hecho exhiba un contenido diferente, según corresponda.

Lo anterior, ciertamente, no deja de ser trivial. Lo importante es combinar esta consideración trivial con la consideración menos trivial de que las funciones desempeñadas por el Derecho Procesal Penal sólo pueden ser entendidas como funciones secundarias, por referencia a su contribución a la realización de las funciones (primarias) atribuibles al Derecho Penal. Lo cual descansa en la idea de que el Derecho Penal se realiza a través del Derecho Procesal Penal.¹⁰⁵ Y si bien esta proposición sigue representando un lugar común, de ella puede extraerse una base para establecer una relación de prioridad entre la definición del concepto jurídico-penal y la definición del concepto procesal de hecho.

Sin que sea pertinente aquí detenerse pormenorizadamente en ello, y asumiendo la perspectiva de una teoría expresiva o comunicativa de la pena,¹⁰⁶ puede sostenerse que la función del Derecho Penal se identifica con el restablecimiento simbólico de la vigencia de normas fundamentales para la coexistencia social, legitimadas en atención al principio de protección de bienes jurídicos, a través de la institucionalización de la irrogación de un mal de cierta naturaleza como una respuesta jurídica que expresa desaprobación por el quebrantamiento imputable de una (o varias) de esas normas.¹⁰⁷ Así, el conflicto que determina el horizonte de operación del Derecho Penal se corresponde con el conflicto que representa el quebrantamiento imputable de una norma semejante frente a la pretensión (estatal) de vigencia generalizada de esa misma norma. Pero la confianza generalizada en la vigencia de una norma tal puede verse afectada ya por la sospecha de que ella haya sido quebrantada. De esto resulta, entonces, que el horizonte de operación del Derecho Procesal Penal está constituido por la sospecha, y por ende, por la incertidumbre acerca de que haya tenido o no lugar tal quebrantamiento imputable de una norma,¹⁰⁸ esto es, la perpetración de un delito. De este modo, el proceso persigue la superación de esa incertidumbre, sea por la vía de refutar la sospecha, sea por la vía de confirmarla; y sólo en este último resulta procedente, a través del pronunciamiento de la correspondiente sentencia condenatoria, la imposición de la sanción penal correspondiente.

La manera en que la operación del Derecho Procesal contribuye a la realización de la función del Derecho Penal, bajo ese horizonte de sospecha, admite ser desglosada en una tripartición de funciones: una función de verdad, una función de

¹⁰⁵ Fundamental Binding, *Handbuch des Strafrechts*, pp. 192 ss.; véase también, en clave sociológica, Piña, *Derecho Penal*, pp. 99 ss.

¹⁰⁶ Al respecto Mañalich, “La pena como retribución”, pp. 135 ss., 161 ss., con ulteriores referencias.

¹⁰⁷ En detalle Mañalich, *Terror, pena y amnistía*, pp. 53 ss., 89 ss.

¹⁰⁸ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 1/5 ss.

justicia formal y una función de certeza jurídica.¹⁰⁹ La función de verdad concierne al problema del establecimiento de la efectividad del quebrantamiento imputable de la norma que pretende ser procesalmente achacado a una persona; la función de justicia formal, por su parte, concierne al problema de la definición de la forma del procedimiento a través del cual pueda obtenerse la resolución imparcial de la sospecha de la perpetración de un delito; y la función de certeza jurídica, finalmente, concierne al problema representado por la necesidad de que el conflicto procesal, constituido por la incertidumbre acerca de la efectividad de la perpetración del (eventual) delito, sea resuelto en forma definitiva.

Puesto que estas funciones pueden encontrarse en relación de tensión recíproca, la estructura del proceso penal refleja una serie de mecanismos de resguardo, que expresan “soluciones de compromiso”. Para dar un ejemplo: en el carácter excepcionalísimo de la impugnación de una sentencia firme, que como tal ya reclama fuerza de cosa juzgada, a través de un recurso de revisión, se expresa la solución de un conflicto posible entre la función de verdad y la función de certeza jurídica que ha de satisfacer el proceso.

En lo que aquí interesa, lo anterior se traduce, también bajo el derecho chileno, en que el concepto procesal de hecho, por oposición al concepto jurídico-penal de hecho, exhiba mayor alcance, en razón de ser menos exigentes las condiciones para el reconocimiento de un único hecho en sentido procesal. Como se mostrará más abajo, esto se explica porque en la articulación del concepto procesal de hecho, precisamente, se hacen patentes tanto la función de justicia formal -incluyéndose aquí consideraciones de economía procesal- como la función de certeza jurídica. Antes, empero, es necesario partir examinado la noción primaria, que es, según ya se afirmara, la representada por el concepto jurídico-penal de hecho.

El concepto jurídico-penal de “hecho delictivo”

En términos del Derecho Penal sustantivo, el sentido primario en que puede hablarse de “hecho” es para designar, propiamente, un determinado hecho *delictivo*, esto es, de un hecho que se distingue por constituir un delito. Para los efectos del principio *ne bis in ídem*, lo que importa es dar cuenta de cómo se individua un delito, de modo tal de poder identificar bajo qué condiciones existe un único delito. El criterio para ello es evidente sin más: un delito está constituido por una realización imputable de un tipo delictivo, esto es, de una determinada descripción de una forma de comportamiento delictivo. Es fundamental advertir, sin embargo, que aquí aparecen envueltas dos cuestiones de identidad, que pueden y deben ser diferenciadas: (a) una cuestión de identidad relativa al tipo delictivo realizado, por un lado, y (b) una cuestión de identidad relativa a la concreta instancia de realización de ese tipo delictivo, por otro.¹¹⁰

¹⁰⁹ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 1/8 ss.

¹¹⁰ Fundamental Moore, *Act and Crime*, pp. 314 ss., 325 ss., 365 ss., 383 ss.

Para la existencia de un solo delito es necesario, por una parte, que venga en consideración la realización (imputable) de un solo *tipo* delictivo; si en un caso cualquiera, en cambio, se constata la realización de más de un tipo delictivo, habrá que reconocer tantos delitos como sean los tipos delictivos realizados, con total independencia de si la realización de los distintos tipos delictivos tiene lugar a través de una sola acción (u omisión), o bien a través de varias acciones (u omisiones). Lo que se da en una situación semejante, entonces, es un concurso (ideal o real) de delitos entre cada una de las realizaciones de los diferentes tipos delictivos. Pues en este sentido, hay tantos hechos delictivos como tipos delictivos realizados (de manera imputable).¹¹¹ Y la única restricción que impone aquí el principio *ne bis in idem*, en la forma de la ya considerada prohibición de doble valoración, afecta aquellos casos en que, por razones formales o materiales, dos o más de los tipos delictivos realizados puedan ser considerados (parcialmente) idénticos entre sí. Pues en tal situación, por exigencia del principio *ne bis in idem*, habrá que reconocer el carácter “aparente” del concurso de delitos en cuestión.

Pero para la existencia de un solo delito también es necesario, por otra parte, que el tipo delictivo de cuya realización se trata se encuentre realizado una sola vez. Pues es obvio que si una misma descripción de una forma de comportamiento delictivo se ve realizada más de una vez, por acciones (u omisiones) diferentes, *prima facie* habrá que reconocer tantos delitos como instancias de realización del tipo delictivo en cuestión. Y la única restricción que puede hacerse operativa aquí concierne a la posibilidad de que lo que en principio pudiera parecer como un conjunto de varias realizaciones de un mismo tipo delictivo, también por exigencia del principio *ne bis in idem*, en definitiva tenga que ser entendido, por razones formales o materiales, como una sola realización del tipo delictivo en cuestión. Esto es precisamente lo que se da en los casos en que se reconoce una “unidad de acción (u omisión)” delictiva, cuya consecuencia es la negación de un concurso de delitos y la constatación, en cambio, de un solo delito, esto es, de un solo hecho delictivo.

Lo crucial de este análisis del concepto de hecho delictivo, en lo que es relevante para los problemas de individuación que interesan bajo el principio *ne bis in idem*, está en la idea de que el primer paso siempre está constituido por la pregunta de si en un caso cualquiera concurren una sola o varias realizaciones de uno o más tipos delictivos, y no así por la pregunta de cuántas acciones (u omisiones) concurren. Esta última pregunta sólo tiene relevancia una vez que se ha establecido que concurren varias realizaciones de uno o más tipos delictivos. Esto quiere decir, en otros términos, que el concepto de hecho delictivo del Derecho Penal sustantivo es un concepto *intensional* (= no extensional), en el sentido de que la identificación de un determinado hecho delictivo es siempre relativa a, o dependiente de, una determinada descripción: cada realización (imputable) de un determinado tipo delictivo cuenta como un hecho delictivo *per se*. Así, si a través de un solo disparo de un arma de fuego tiene lugar la realización de dos tipos delictivos diferentes, por ejemplo,

¹¹¹ Binding, *Handbuch des Strafrechts*, pp. 565 s. En igual sentido Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 32/12 ss.

la descripción del homicidio y la descripción del aborto -porque el disparo impacta a una mujer embarazada, produciendo la muerte de ésta y también la del feto-, entonces hay dos hechos delictivos diferentes, en relación de concurso heterogéneo (= realización de múltiples tipos delictivos). Y asimismo, si a través de la detonación de una bomba tiene lugar dos veces la realización de un mismo tipo delictivo, por ejemplo, la descripción del homicidio -porque a consecuencia de la explosión resultan muertas dos personas-, entonces también hay dos hechos delictivos diferentes, en relación de concurso homogéneo (= múltiples realizaciones de un tipo delictivo). En uno y otro caso, es correcto imponer sanciones por los varios delitos cometidos, sin que venga en consideración, por lo mismo, un *bis in idem*.

El concepto jurídico-penal de “unidad de hecho”

El Derecho Penal sustantivo también conoce, empero, una noción diferente de “hecho”, a saber, aquella que sirve para la calificación de un (auténtico) concurso de delitos como un concurso ideal, precisamente en atención a que las dos o más realizaciones del mismo o de varios tipos delictivos tienen lugar en “unidad de hecho”. Así, en el primero de los ejemplos mencionados precedentemente, puede decirse que el delito homicidio y el delito de aborto han sido cometidos a través de “un solo hecho”-consistente en un único disparo de un arma de fuego, por el cual se causara tanto la muerte de la mujer embarazada como la muerte del feto-, tal como lo prevé el Art. 75 del Código Penal.

Aquí es crucial, en todo caso, advertir que este concepto de (unidad de) hecho, en virtud de cuya aplicación la concurrencia de dos o más hechos delictivos (imputables a la misma persona) asume la forma de un concurso ideal, no es el mismo concepto de hecho que se tiene en cuenta para afirmar que, en ese mismo caso, el homicidio y el aborto constituyen (dos) hechos delictivos diferentes.¹¹² Cuando se dice, en atención al caso ya mencionado, que el tipo delictivo del homicidio y el tipo delictivo del aborto son realizados en unidad de hecho, este concepto de hecho funciona como un concepto débilmente *extensional* (= *no-intensional*), esto es, como un concepto que hace posible la identificación de un solo hecho no por referencia exclusiva a alguna de las dos descripciones en cuestión, sino más bien *a través* de las mismas.¹¹³

Ello, porque la unificación (como un solo hecho en sentido débilmente *extensional*) de las dos o más realizaciones del mismo o de distintos tipos delictivos por definición no puede fundarse en una identificación de éstas como una sola realización típica, puesto que el presupuesto de reconocimiento de un concurso ideal lo representa, precisamente, una pluralidad de hechos delictivos concurrentes, tal como lo sugiere,

¹¹² Binding, *Handbuch des Strafrechts*, pp. 573 ss., en relación con el doble significado del concepto de acción (*Handlung*), bajo el Código Penal (imperial) alemán de 1871.

¹¹³ La caracterización de este concepto de unidad de hecho como débilmente *extensional* se explica porque aquí sigue siendo determinante la cuestión de cómo sea descrito el hecho en cuestión; el punto es que se reconoce como un solo hecho un objeto de subsunción que satisface dos o más descripciones alternativas.

por lo demás, la correlación de los encabezados de los Arts. 74 y 75 del Código Penal. Y tampoco parece demasiado sensato recurrir a un criterio “naturalista”, en el sentido, por ejemplo, de que habría unidad de acción siempre que las realizaciones típicas concurrentes hayan tenido lugar a través de un mismo movimiento corporal voluntario, criterio que ni siquiera alcanza a ser aplicable respecto de cualquier forma de comportamiento delictivo; piénsese, por ejemplo, en un delito de omisión.

Antes bien, lo correcto es recurrir a un criterio con relevancia normativa para fundamentar la unificación (relativa) de las diferentes realizaciones típicas concurrentes, que en todo caso explique el tratamiento punitivo más favorable que el legislador asocia al concurso ideal frente al concurso real, que es aquella forma de concurso (auténtico) que se distingue, precisamente, por no presuponer una unidad de hecho entre las distintas realizaciones típicas concurrentes.¹¹⁴ Y tal criterio tendría que descansar en la posibilidad de una aproximación de las distintas realizaciones típicas imputables a la misma persona, en el sentido de una relación de identidad total o parcial entre las respectivas acciones ejecutivas,¹¹⁵ bajo un *test* de “evitabilidad conjunta”: si para el autor de los varios hechos delictivos concurrentes hubiera sido posible evitar las dos o más realizaciones típicas a través de la omisión de una misma acción, entonces puede afirmarse una unidad de hecho.¹¹⁶ En el ejemplo ya recurrentemente mencionado: puesto que para el autor del homicidio y del aborto era posible evitar ambas realizaciones típicas absteniéndose de efectuar el disparo del arma de fuego, puede concluirse que ambos hechos delictivos (en sentido *intensional*) han sido cometidos en unidad de hecho (en sentido *extensional*), esto es, en una relación de concurso ideal.

Es importante advertir, sin embargo, que este criterio de reconocimiento de una unidad de hecho, conducente a hacer aplicable el régimen punitivo correspondiente al concurso ideal, sólo pretende proveer una base racional que *explique*, aunque no necesariamente *justifique*, la decisión legislativa a favor de la diferenciación del régimen aplicable al concurso ideal y el régimen aplicable al concurso real. Pues los argumentos a favor de la relativización de este principio de diferenciación, que pueden llegar incluso a favorecer la solución inversa, consistente en la adopción de un principio de unificación de uno y otro régimen,¹¹⁷ no dejan de ser atendibles. La discusión al respecto muestra, en todo caso, que la adopción de un régimen punitivo más favorable para los casos de concurrencia de realizaciones típicas en unidad de

¹¹⁴ El Derecho Penal chileno prevé dos regímenes punitivos alternativos aplicables al concurso real: el del Art. 74 del Código Penal, que consiste en un régimen de acumulación material de las penas asociadas a los hechos delictivos concurrentes; y el del Art. 351 del Código Procesal Penal, que consiste en un régimen de formación de una pena única, o bien de exasperación de la pena mayor, siempre que los delitos concurrentes sean de la misma especie, esto es, siempre que afecten un mismo bien jurídico. Frente a ambos regímenes resulta más favorable, en todo caso, el régimen del concurso ideal (y medial), que consiste en la asperación o absorción agravada de la pena correspondiente al delito más grave.

¹¹⁵ Al respecto, y por todos en la doctrina alemana, Kindhäuser, *LPK-StGB*, § 52, n.m. 4 ss.; en la doctrina española, por todos, Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 27/44 ss.

¹¹⁶ Kindhäuser, “Normverstoß und natürliche Handlungseinheit - BGH NJW 1984, 1568”, pp. 104 s.

¹¹⁷ Representativo en esta dirección, aunque matizando su planteamiento original, Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, §11/58 s.

hecho -esto es, para los casos de concurso ideal- es una determinación que el legislador ciertamente puede hacer suya, pero que en ningún caso está obligado a hacer suya. Y puesto que todo concurso ideal es, en efecto, un concurso de delitos cuyos respectivos contenidos de ilicitud son recíprocamente independientes -pues de lo contrario habría que afirmar, más bien, un concurso aparente-, la cuestión se encuentra fuera del alcance del principio *ne bis in ídem*. Lo cual quiere decir: la pregunta acerca de cuál ha de ser el régimen punitivo aplicable en casos de concurso ideal, en comparación con aquel aplicable en casos de concurso real, no concierne al alcance de la prohibición de punición múltiple, desde ya porque se trata aquí de una determinación legislativa, en circunstancias que la prohibición de punición múltiple no es vinculante para el legislador.

El concepto de “hecho en sentido procesal”

El Derecho Procesal Penal, finalmente, articula un ulterior concepto de hecho, el cual, según ya se anticipara, necesita ser definido en atención a las diferentes funciones que el proceso penal ha de satisfacer directamente en pos de contribuir a la realización funcional del Derecho Penal. En lo fundamental, el concepto de hecho en sentido procesal debe hacer posible identificar el respectivo objeto procesal, esto es -y haciendo abstracción de su elemento personal- el suceso fáctico que ha de ser objeto de juzgamiento jurídico-penal.¹¹⁸ El concepto de hecho en sentido procesal, en tal medida, desempeña una doble función, de máxima significación: por una parte, y bajo la vigencia del principio acusatorio, determina el objeto de la eventual sentencia definitiva, que debe coincidir, en los términos del principio de congruencia o correlación, con el objeto de la acusación formulada por el Ministerio Público, tal como lo dispone el Art. 341 del Código Procesal Penal; por otra parte, determina el alcance del efecto (y la excepción) de cosa juzgada de la eventual sentencia definitiva, según lo establecido en los Art. 1º inc. 2º y 264 c) del Código Procesal Penal, así como, simétricamente, el alcance de la excepción de litispendencia, prevista en el Art. 264 b) del mismo código.¹¹⁹

Tendría que resultar evidente, ahora bien, que el concepto procesal de hecho por definición no puede ser idéntico al concepto jurídico-penal de “hecho delictivo”. Pues este último concepto, según ya se sostuviera, identifica la realización imputable de un determinado tipo delictivo, lo cual no puede tenerse por establecido sino cuando se pone término al procedimiento de cognición con el eventual pronunciamiento de una sentencia condenatoria. El objeto del proceso, en otras palabras, no puede ser identificado con el hecho delictivo que eventualmente resulte atribuible al imputado, ya que el proceso ha de encaminarse, en conformidad con su función de verdad, al establecimiento de si efectivamente tuvo lugar o no la perpetración de un hecho

¹¹⁸ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/1 ss., 4.

¹¹⁹ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/5 ss.; en relación con el Derecho Procesal Penal chileno, Del Río, *Los poderes de decisión del juez penal*, pp. 131 ss., 147 ss. Véase también Horvitz/López, *Derecho Procesal Penal chileno II*, pp. 37 ss.

delictivo atribuible al imputado. Por lo demás, de identificarse el objeto procesal, propiamente, con el presunto hecho delictivo, sería conceptualmente imposible dar cuenta de que una sentencia absolutoria pronunciada en un primer enjuiciamiento, que estimara inexistente el hecho investigado, pudiera producir un impedimento procesal, en virtud de su efecto de cosa juzgada, para un nuevo juzgamiento relativo a ese *mismo* hecho.¹²⁰

Antes bien, el concreto objeto procesal, identificado a través de la aplicación del concepto procesal de hecho, ha de resultar compatible con la posibilidad de que durante el proceso se produzcan modificaciones en la calificación jurídico-penal (provisional) de ese objeto, tal como lo contempla el Código Procesal, respecto de la relación entre acusación y sentencia, en el inc. 2º del Art. 341. Y esto sólo puede darse en la medida en que a través del concepto procesal de hecho se identifique un complejo de circunstancias susceptibles de ver modificada su específica calificación jurídico-penal.¹²¹

Por lo mismo, el concepto procesal de hecho tampoco necesita ser co-extensivo con el concepto jurídico-penal de unidad de hecho, dado que éste no designa más que la forma de concurrencia de dos o más hechos delictivos que se corresponde con un concurso ideal. Y nuevamente, que esto sea el caso sólo puede ser establecido a través del desarrollo del proceso, en circunstancias que el concepto procesal de hecho tiene que posibilitar la identificación del objeto del proceso ya al momento de la formulación de la acusación, tal como lo prevé el Art. 259 b) del Código Procesal Penal.

Lo anterior quiere decir que el concepto procesal de hecho tiene que ser definido de modo tal que la identificación de un hecho en tal sentido no dependa de la satisfacción de una (o más de una) descripción de una forma de comportamiento delictivo. Esto significa, entonces, que se trata de un concepto fuertemente *extensional*. En lo esencial, aquí compiten una concepción fáctica y una concepción normativo-fáctica de hecho en sentido procesal.¹²² Ninguna de estas concepciones disputa la autonomía del concepto procesal de hecho frente al concepto jurídico-penal de hecho (delictivo), en los términos ya analizados; ambas concepciones asumen, en otros términos, que los criterios de reconocimiento de un (mismo) hecho en sentido procesal no pueden ser los criterios de reconocimiento de un (mismo) hecho delictivo o bien de una unidad de hecho, en el sentido de un concurso ideal de delitos. La controversia, más bien, recae sobre cuáles han de ser esos criterios autónomos.

La *concepción fáctica* (o “naturalista”), que suele ser presentada como la concepción más tradicional, recurre a una “perspectiva natural” para identificar el “suceso vital histórico” en el marco del cual el imputado pudiera haber perpetrado un delito.¹²³ Así, el parámetro decisivo parece reducirse a la existencia de una más o

120 Así ya Beling, *Derecho Procesal Penal*, p. 85.

121 Beling, *Derecho Procesal Penal*, pp. 118 s. En detalle respecto del Derecho Procesal Penal chileno, Del Río, *Los poderes de decisión del juez penal*, pp. 217 ss.

122 Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/15 ss.; Del Río, *Los poderes de decisión del juez penal*, pp. 149 ss.

123 Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/15.

menos estrecha conexión espacio-temporal entre sucesos que, entonces, tendrían que ser juzgados como una unidad, el cual puede verse completado por un criterio subjetivo que exija algo cercano a una “unidad de voluntad”.¹²⁴ Como contrapartida, la *concepción normativo-fáctica*, si bien atribuye relevancia a los criterios relativos al tiempo y lugar de los acontecimientos, y al objeto de su incidencia, postula la necesidad de recurrir también a criterios “normativamente cargados”, tales como la “dirección de ataque”, la conmensurabilidad de los respectivos contenidos de ilicitud, la correspondencia de significación jurídico-penal de los diferentes tipos delictivos eventualmente realizados, entre otros.¹²⁵

Una ventaja asociada a esta última concepción frente a la primera se halla referida a que ella, preservando la autonomía del concepto procesal de hecho, de todas maneras reconoce relevancia indirecta a criterios de valoración que son jurídico-penalmente relevantes. La clave se encuentra, a este respecto, en que el concepto procesal de hecho ha de posibilitar la identificación de un conjunto de sucesos que hayan de constituir un objeto de juzgamiento jurídico-penal unitario, en el sentido preciso de que ese conjunto de sucesos necesariamente haya de constituir el objeto de una única acusación. Y esta es una pregunta que en ningún caso puede ser confundida con la pregunta acerca de si, en atención a razones de economía procesal, es procedente una acumulación de varias acusaciones, tal como lo prevé el Art. 274 del Código Procesal Penal.¹²⁶ Pues en este último caso, el objeto de cada una de las acusaciones acumuladas sigue representando un objeto procesal independiente,¹²⁷ de modo tal que respecto de cada objeto procesal rigen, por separado, las definiciones relativas al alcance del principio de congruencia y del efecto de cosa juzgada.

Puesto que el criterio último para la aplicación del concepto procesal de hecho apunta a la adecuación de un juzgamiento jurídico-penal unitario, la concepción normativo-fáctica está en mejor posición para reconocer la función (puramente) indiciaria que en este contexto asume la contraposición de las nociones de unidad de hecho y pluralidad de hechos en sentido jurídico-penal, que se corresponde con la distinción entre concurso ideal y concurso real, respectivamente. Así, mientras una posible relación de concurso ideal entre dos o más presuntos hechos delictivos -que han de encontrarse, en tal medida, en relación de unidad de hecho- puede considerarse como un indicio prácticamente irrefutable de la existencia de un solo hecho en sentido procesal,¹²⁸ una posible relación de concurso real entre dos o más presuntos hechos delictivos -que han de encontrarse, en tal medida, en relación de pluralidad de hechos- sólo cuenta como

¹²⁴ Del Río, *Los poderes de decisión del juez penal*, pp. 149 ss., 152 ss.

¹²⁵ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/16.

¹²⁶ Al respecto Horvitz/López, *Derecho Procesal Penal chileno I*, pp. 206 s., II pp. 54 s.

¹²⁷ Así ya Beling, *Derecho Procesal Penal*, pp. 119 s.

¹²⁸ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/13. Al respecto Del Río, *Los poderes de decisión del juez penal*, pp. 169 ss. Una conexión de medio (necesario) a fin entre dos hechos delictivos, que el legislador chileno toma en cuenta para someter el así llamado concurso medial al régimen punitivo del concurso ideal (Art. 75 CP), también tendría que contar como indicio fuerte de la existencia de un solo hecho procesal.

un indicio débil de la existencia de distintos hechos en sentido procesal.¹²⁹

La importancia de delimitar el concepto de hecho en sentido procesal, en lo que aquí interesa, se encuentra en que por esa vía es posible determinar el alcance del principio *ne bis in ídem* en su dimensión de prohibición de juzgamiento múltiple, en la medida en que las excepciones de cosa juzgada y litispendencia, a través de las cuales se hace operativa dicha prohibición, ven condicionada su aplicabilidad a que los dos o más juzgamientos (sucesivos o simultáneos, respectivamente) se encuentren efectivamente referidos a un mismo hecho en tal sentido. Como se mostrará más abajo, sin embargo, tal concepto de hecho en sentido procesal sólo encuentra reconocimiento, en el marco del Derecho Procesal Penal chileno, en el contexto intrajurisdiccional, esto es, tratándose de la coexistencia de dos o ejercicios de jurisdicción por parte de tribunales chilenos.

ii. *Las prohibiciones de juzgamiento y punición múltiple en sus contextos*

El contexto intraprocesal

El primer escenario en que se plantea la pregunta por la medida de la vigencia del principio *ne bis in ídem* bajo el Derecho Penal chileno se corresponde con lo que más arriba fue denominado el “contexto intraprocesal”, esto es, aquel contexto que se distingue por el hecho de que es al interior de un mismo proceso que se plantea la eventual aplicabilidad del principio en cuestión. Y según ya se sostuviera, en este contexto el principio sólo puede resultar operativo en su dimensión de prohibición de punición múltiple, puesto que por definición carece de sentido plantear la aplicabilidad de una pluralidad de juzgamiento múltiple si se tiene a la vista una sola instancia u ocasión de juzgamiento. Igualmente importante es tener en cuenta que la prohibición de punición múltiple, en cuanto estándar sustantivo de adjudicación, se especifica aquí como una prohibición cuyo alcance queda restringido por la referencia a un mismo hecho, en el sentido de un mismo *delito* o *hecho delictivo*, de acuerdo con el análisis ya ofrecido de esta última noción.¹³⁰

De acuerdo con lo ya planteado, son ante todo las categorías -elaboradas por el discurso de la dogmática jurídica- de la unidad de acción (u omisión) delictiva, por una parte, y del concurso aparente o impropio, por otra, las que vienen en consideración, como criterios de aplicación del Derecho Penal sustantivo, para hacer efectiva la prohibición de punición múltiple en el contexto que aquí interesa. Que una y otra categoría no cuenten con reconocimiento legal expreso de ningún modo

¹²⁹ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/14.

¹³⁰ Véase *supra*, 4.1.2.

obsta,¹³¹ empero, a su plena pertinencia y aplicabilidad bajo el derecho chileno vigente.¹³² Pues el reconocimiento de una unidad de acción (u omisión) delictiva, que concierne a la cuestión de la identificación de una única instancia de realización de un mismo tipo delictivo, resulta ser nada más que una operación inmanente a la identificación jurisdiccional del objeto de subsunción, mientras el desplazamiento de una o más normas de sanción en atención a la aplicación preferente de otra, que lleva al reconocimiento de un concurso aparente de delitos, resulta ser nada más que un dato de la lógica de la aplicación (judicial) de la ley.¹³³

Así, por un lado, junto a los tradicionales criterios de la “unidad *típica* de acción” y la “unidad *natural* de acción”, la doctrina y la jurisprudencia chilena reconocen, a este respecto, aquella forma de “unidad jurídica de acción” conocida como “delito continuado”,¹³⁴ cuya función consiste, precisamente, en posibilitar la identificación de un conjunto de episodios delictivos que realizan un mismo tipo delictivo como un solo hecho delictivo, bloqueando así el reconocimiento de un eventual concurso real (homogéneo). Por otro lado, también se encuentra doctrinal y jurisprudencialmente asentado el recurso a los criterios que tradicionalmente hacen posible la afirmación del carácter aparente o impropio de un concurso de delitos, en pos de evitar la doble consideración de una misma circunstancia o una misma propiedad de un hecho con relevancia jurídico-penal.¹³⁵

Lo anterior muestra que el principio *ne bis in idem* se hace operativo, en este contexto, a través de categorías históricamente elaboradas por la dogmática jurídica, sin que resulte necesaria -ni eventualmente deseable- su consagración legal expresa.¹³⁶ Esto no obsta, sin embargo, a que la prohibición de la punición múltiple, específicamente en su concreción como prohibición de doble valoración,¹³⁷ sí se encuentre legalmente consagrada en algunos ámbitos específicos. El primer ejemplo lo proveen todas aquellas cláusulas, insertadas junto a la tipificación de determinadas formas delictivas, que expresan una solución de subsidiariedad expresa a favor del carácter aparente de un eventual concurso de delitos. Así, cuando el encabezado del Art. 391

¹³¹ Ello está lejos de constituir una anomalía. Si bien el Código Penal español de 1995 contiene regulación expresa relativa tanto al así llamado “delito continuado” (Art. 74) -aunque sin configurarlo, propiamente, como una forma de unidad de acción delictiva- como a los criterios de reconocimiento de un concurso aparente (Art. 8º), esto representa más bien la excepción. El Código Penal alemán, por ejemplo, tal como la generalidad de los códigos españoles anteriores al de 1995, no conocen regulación alguna en tal sentido.

¹³² Véase Piña, *Derecho Penal*, pp. 256 s.

¹³³ Kindhäuser, *LPK-StGB*, vor §§ 52-55, n.m. 20.

¹³⁴ Véase por todos, y con matices, Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno II*, pp. 236 ss.; Garrido, *Derecho Penal Parte General II*, pp. 440 ss. En la jurisprudencia más reciente, el reconocimiento de la construcción del delito continuado es bastante generalizado, lo cual no obsta, por cierto, a que sus contornos permanezcan aún altamente indeterminados. Para una muestra representativa véase, por ejemplo, las sentencias: Corte Suprema, de 26 de marzo de 1996, rol N° 311-96; Corte de Apelaciones de Temuco, 24 de abril de 2008, rol N° 345-08; Corte de Apelaciones de Arica, 24 de mayo de 2010, rol N° 80-10.

¹³⁵ Véase por todos, y con matices, Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno II*, pp. 247 ss., 251 ss.; Garrido, *Derecho Penal Parte General II*, pp. 457 ss.

¹³⁶ En este sentido ya Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno II*, p. 251.

¹³⁷ Véase *supra*, 3.1.1.

del Código Penal, que tipifica las distintas variantes de homicidio *stricto sensu*, incorpora la cláusula “no esté comprendido en el artículo anterior” (que tipifica el parricidio), se hace manifiesta la preocupación legislativa frente a una eventual contravención de la prohibición de doble valoración, que se produciría si al autor de un parricidio también se lo condenase como autor de un homicidio por el mismo hecho (en sentido *extensional*). El otro ejemplo que cabe mencionar aquí es el de la regla del Art. 63 del mismo código,¹³⁸ relativa a la eventual inherencia (formal o material) de determinadas circunstancias agravantes respecto de la tipificación del respectivo delito. Si una circunstancia, legalmente reconocida como agravante, es constitutiva ya del hecho delictivo de cuya imputación se trata, o se encuentra contenida explícita o implícitamente en su tipificación, entonces -por exigencia del principio *ne bis in idem*- no puede ser tomada en consideración en la determinación de la pena correspondiente.

El contexto interprocesal

En el marco del derecho chileno vigente, el escenario correspondiente al “contexto interprocesal”, ya definido, varía considerablemente respecto del anterior. Y ello, en dos sentidos. Esto, porque en este contexto, por una parte, el principio *ne bis in idem* se encuentra expresamente consagrado, aunque en su dimensión exclusiva de prohibición de juzgamiento múltiple; y por otra, porque el alcance de esta prohibición de juzgamiento múltiple queda definido por la referencia a un mismo hecho, en el sentido de un mismo hecho procesal, de acuerdo con el análisis ya ofrecido de esta última noción.¹³⁹ Las dos consideraciones se dejan fundamentar en atención directa al inc. 2º del Art. 1º del Código Procesal Penal, que consagra el principio de “única persecución” en los siguientes términos:

“La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

Que aquí se trata, exclusivamente, de la prohibición de juzgamiento múltiple, resulta manifiesto ante el tenor literal de la disposición, que restringe el objeto de la prohibición al sometimiento a “un nuevo procedimiento penal”. Esto no quiere decir, ciertamente, que en el contexto interprocesal pueda asumirse la irrelevancia *per se* de la dimensión de la prohibición de punición múltiple. De lo que se trata, más

¹³⁸ Dispone el Art. 63:

“No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

¹³⁹ Al respecto *supra*, 4.1.4.

bien, es que la inhibición de la punición múltiple, bajo esta consagración del principio *ne bis in idem* como estándar de clausura procesal, deviene un efecto reflejo de la prohibición de juzgamiento múltiple, siempre que el resultado de un eventual primer juzgamiento haya sido la imposición de una sanción a través de la correspondiente sentencia condenatoria.¹⁴⁰

Hay que apuntar, de paso, que en la disposición citada el principio *ne bis in idem* se encuentra exclusivamente formulado como una prohibición de juzgamiento *sucesivo* múltiple, lo cual se obtiene como consecuencia interpretativa de que el presupuesto de aplicación de la regla está constituido por el pronunciamiento de una sentencia ejecutoriada que haya dado lugar, con efecto de cosa juzgada material, a una condena, una absolución o un sobreseimiento definitivo de la misma persona en relación con el mismo hecho. Esto no quiere decir, ciertamente, que el Derecho Procesal Penal chileno no reconozca una prohibición de juzgamiento *simultáneo* múltiple; ésta se expresa, antes bien, en la consagración de la litispendencia como excepción de previo y especial pronunciamiento, en paralelo a la excepción de cosa juzgada, tal como lo prevé el Art. 264 del Código Procesal Penal.¹⁴¹

Como ya se adelantara, lo fundamental es reparar, en segundo término, en el alcance que la disposición legal confiere a la prohibición de juzgamiento múltiple. Su extensión es mayor que la que determina el alcance de la prohibición de punición múltiple en el contexto intraprosesal. En efecto, para que se haga operativa la prohibición de juzgamiento múltiple del Art. 1º del Código Procesal Penal basta con que el objeto de juzgamiento constituya “el mismo hecho” que fuera objeto de juzgamiento anterior. Y por “el mismo hecho” cabe entender aquí lo que más arriba fuese definido como un solo hecho en sentido procesal.¹⁴² La razón para esto se conecta con un doble aspecto del diseño del proceso penal. Por una parte, se trata de una condición imprescindible para la existencia de continuidad en el desarrollo del proceso en caso de producirse una modificación en su calificación jurídica (provisional). Pues lo que garantiza esa continuidad es precisamente la identidad del objeto procesal en el tiempo. Luego, si el objeto del proceso está constituido por un mismo hecho en sentido procesal, la vigencia del principio de congruencia, complementado por el principio de recalificación, exige que la identidad de ese hecho no se vea alterada por su eventual recalificación.

Pero esto también se vincula, por otra parte, con una condición de legitimación de la persecución penal, que concierne a dos de las funciones cuya realización compete al diseño del proceso penal.¹⁴³ De un lado, existe un requerimiento de justicia procedimental, relativo a la asimetría de la posición de los intervinientes en el proceso, que se traduce en que al Ministerio Público se reconozca, *prima facie* al menos, una única oportunidad para hacer efectiva la pretensión punitiva estatal a través del ejercicio de la acción penal pública. De lo contrario, el órgano persecutor

¹⁴⁰ Véase *supra*, 3.2.1.

¹⁴¹ Véase *supra*, 4.1.4.

¹⁴² Al respecto *supra*, 4.1.4.

¹⁴³ Al respecto *supra*, 4.1.1.

podría someter reiteradamente a una misma persona a la contingencia de la persecución penal, sin verse constreñido por la exigencia de satisfacer estándares de rigor y exhaustividad en la identificación de las circunstancias fácticas relevantes bajo el derecho eventualmente aplicable por el tribunal competente. En tal medida, a la garantía de la persecución única también cabe atribuir un efecto colateral de incentivo a la prudencia en la persecución penal. Y de otro lado, según ya se indicara, la función de certeza jurídica que también ha de realizar el diseño procesal se traduce en la exigencia de que el ejercicio de jurisdicción respecto del objeto del proceso se convierte en una respuesta jurídicamente definitiva a la incertidumbre asociada a la eventual perpetración de un hecho delictivo.

Por ello, en la medida en que la prohibición (interprocesal) de juzgamiento múltiple opera por referencia al juzgamiento del mismo hecho en sentido procesal, y no del mismo delito o hecho delictivo en sentido jurídico-penal, su alcance resulta más amplio que el de la prohibición (intraprocesal) de punición múltiple. Sigue siendo una cuestión abierta, en el marco del derecho procesal chileno, cuáles han de ser los criterios específicos para el reconocimiento de una identidad de hecho en sentido procesal. Parece suficientemente claro, sin embargo, que en la medida en que dos o más hechos delictivos concurrentes se encuentren vinculados por una relación de unidad de hecho en sentido jurídico-penal, al modo de un concurso ideal, en todo caso habrá que asumir que tales hechos delictivos configuran un solo hecho en sentido procesal.¹⁴⁴

El contexto interjurisdiccional

En cambio, no puede decirse lo mismo de la manera en que el principio *ne bis in idem* se hace operativo en el escenario correspondiente a lo que más arriba fue definido como el “contexto interjurisdiccional”.¹⁴⁵ Pues aquí, según ya se anticipara, aparece la variable relativa a la medida en que la jurisdicción de un Estado soberano pueda quedar negativamente condicionada por el reconocimiento del ejercicio de jurisdicción de otro Estado soberano. La medida precisa del reconocimiento del “efecto en Chile de las sentencias penales de tribunales extranjeros” queda delimitada, como también se adelantara, por las reglas expresadas en el Art. 13 del Código Procesal Penal. El contraste entre el tenor de esta disposición y el tenor del inc. 2º del Art. 1º del mismo código pone de manifiesto el considerable menor alcance que exhibe el principio *ne bis in idem* cuando pretende reclamar aplicación en un contexto interjurisdiccional, quedando sujeto al principio del reconocimiento mutuo del ejercicio de jurisdicción de los respectivos Estados. Puede ser útil, por lo mismo, considerar por de pronto lo dispuesto en el inc. 1º del Art. 13:

Tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En conse-

¹⁴⁴ Véase *supra*, 4.1.4.

¹⁴⁵ Al respecto *supra*, 4.2.3.

cuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente.

A diferencia de lo establecido en el Art. 1° del mismo código, el principio *ne bis in ídem* aparece consagrado aquí tanto en su dimensión de prohibición juzgamiento múltiple (“juzgado”) como en su dimensión de punición múltiple (“sancionado”). La segunda parte del inciso citado, ahora bien, hace inequívocamente reconocibles los límites que se imponen al reconocimiento del ejercicio de jurisdicción penal por parte de un tribunal extranjero, en relación con una y otra dimensión del principio. La referencia a la posibilidad de que ese juzgamiento haya “obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad por delitos de competencia de los tribunales nacionales”, así como a la posibilidad de que el proceso respectivo no haya “sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso” o haya sido instruido de un modo que revele una “falta de intención de juzgarle seriamente”, cuenta como demostración concluyente de un principio de confianza restringida en cuanto a la legitimidad y la efectividad del ejercicio de jurisdicción foránea.

Esta consideración es decisiva, a su vez, para entender por qué la disposición expresamente formula tanto una prohibición de juzgamiento múltiple como una prohibición de punición múltiple, a diferencia de lo previsto por el Art. 1°; esto es, para entender por qué la disposición no se limita a establecer una prohibición de juzgamiento múltiple, cuyo efecto reflejo pudiera consistir, entonces, en la inhibición de una eventual punición múltiple. La respuesta a esta pregunta es la siguiente. En los casos en que, por satisfacerse alguno de los presupuestos mencionados en la segunda parte del inc. 1° del Art. 13 -y siempre que, tratándose de la hipótesis de vulneración de las garantías del debido proceso o falta de intención de juzgamiento serio, exista solicitud expresa por parte del imputado- decaiga la prohibición de un posterior juzgamiento por parte de un tribunal chileno, de todas formas subsiste la posibilidad de que a consecuencia del primer juzgamiento -no obstante la irregularidad de éste- la persona haya ya sufrido la imposición de una sanción por el mismo hecho delictivo que es objeto del nuevo juzgamiento. En tal situación, rige lo dispuesto en el inc. 2° del mismo Art. 13:

En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado.

Es decir: siempre que el proceso ante el tribunal extranjero haya dado lugar a la imposición de una pena, y siempre que ésta haya sido efectivamente ejecutada o cumplida en el extranjero, ello tendrá que computarse en el cumplimiento de la

pena eventualmente impuesta por el tribunal chileno a consecuencia del segundo juzgamiento.

Todo lo anterior presupone, sin embargo, que uno y otro juzgamiento hayan estado referidos a un mismo “delito”, tal como lo exige el inc. 1º del Art. 13, lo cual, según ya se adelantara, limita decisivamente el alcance del principio *ne bis in ídem* en el contexto interjurisdiccional. Aquí, tanto la prohibición de juzgamiento múltiple como la prohibición de punición múltiple resultan únicamente aplicables si hay identidad entre el hecho delictivo por el cual la persona fuera condenada o absuelta ante un tribunal extranjero y el hecho delictivo al cual se halle referido el posterior juzgamiento por parte de un tribunal chileno. Así, el Art. 13 prescinde del concepto (fuertemente) extensional que funciona como designación de un (mismo) hecho en sentido procesal en los términos del Art. 1º, adoptando, en cambio, un concepto intensional de hecho delictivo. Y ello se traduce en que, frente a una sentencia condenatoria o absolutoria pronunciada por un tribunal extranjero,¹⁴⁶ el principio *ne bis in ídem* sólo opere, inhibiendo un juzgamiento o la imposición de una sanción penal por un tribunal chileno, en la medida en que el hecho que cuenta como objeto del juzgamiento o como antecedente de la sanción consista en la misma realización de la misma forma (o tipo) de comportamiento delictivo.

Lo anterior no representa más que la explicitación de la doble cuestión de identidad que siempre se encuentra involucrada en el reconocimiento de un mismo delito o hecho delictivo, a saber: la cuestión relativa a la identidad de la descripción de la forma de comportamiento delictivo, de un lado, y la cuestión relativa a la identidad de la acción (u omisión) que realiza la descripción en cuestión, de otro.¹⁴⁷ Puesto que la segunda cuestión de identidad siempre se encuentra supeditada, por definición, a la primera cuestión de identidad -en el sentido de que la determinación de si una descripción ha sido realizada una o más veces depende de cuál sea esa descripción-, cabe asumir aquí que es la cuestión relativa a la identidad de la descripción de la forma de comportamiento delictivo la que da lugar a las mayores dificultades. En este marco, es suficiente con establecer cuáles son las posibilidades a disposición del intérprete.

Por una parte, es obvio que el concepto de un mismo delito presupone una relación de congruencia entre una y otra descripción que necesariamente ha de superar la exigencia mínima identificada con el principio de doble incriminación, tal como éste suele consagrarse en la regulación de los procedimientos de extradición.¹⁴⁸ Pero por otra, no es obvio sin más que esa relación de congruencia entre una y otra descripción haya de ser entendida como una relación de identidad en sentido lógico-for-

¹⁴⁶ Puesto que el Art. 13 presupone la existencia de una decisión de condena o absolución establecida por sentencia firme, cabe concluir el principio *ne bis in ídem* no opera, en este contexto, frente a sentencias extranjeras que dieran lugar, meramente, a un sobreseimiento.

¹⁴⁷ Véase *supra*, 4.1.2.

¹⁴⁸ El Art. 449 b) del Código Procesal Penal exige, como requisito de la extradición pasiva, que “de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen”.

mal,¹⁴⁹ esto es, como la exigencia de que la extensión de una y otra sea exactamente la misma, de modo tal que cada hecho subsumible bajo una de ellas sea al mismo tiempo subsumible bajo la otra, y viceversa.¹⁵⁰ Antes bien, en este contexto puede resultar sensato orientar la pregunta acerca de la identidad de dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo hacia los criterios relativos a la independencia del respectivo fundamento de la ilicitud que son invocados, en el contexto intraprocesal, para afirmar el carácter aparente o impropio de un concurso de delitos.¹⁵¹ Y estos criterios se dejan sintetizar a través de la siguiente fórmula: dos descripciones de formas de comportamiento delictivo son (total o parcialmente) idénticas cuando comparten una o más de aquellas propiedades que cuentan como fundamento del carácter específicamente delictivo del objeto de la respectiva descripción.¹⁵²

Lo importante, en lo que aquí interesa, es reparar en una consecuencia fundamental que se sigue de esto para la determinación del alcance del principio *ne bis in idem* en el contexto interjurisdiccional. Pues en conformidad con lo anterior, en la medida en que un hecho (en sentido extensional) haya sido objeto de juzgamiento o haya dado lugar a la imposición de una sanción por parte de un tribunal extranjero bajo una descripción que no comparta el mismo contenido de ilicitud con la descripción bajo la cual ese hecho pudiera ser objeto de juzgamiento o dar lugar a la imposición de una sanción por parte de un tribunal chileno, no vendrá en consideración, entonces, un mismo delito para los efectos del Art. 13 del Código Procesal Penal. Éste sería desde luego el caso, por ejemplo, si la específica lesividad de la realización de una y otra descripción fuese divergente en atención a la diversidad de la naturaleza o de los titulares de los bienes jurídicos concretamente afectados.

IV. TERCERA PARTE: EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN EL DERECHO SANCIONATORIO CHILENO

a) El principio *ne bis in idem* en el Derecho Administrativo sancionatorio

i. *El estatus normativo del principio como estándar de derecho sancionatorio*

¹⁴⁹ Coincidentemente acerca de la interpretación de la exigencia de “un mismo delito” en el contexto de la cláusula de la doble exposición de la Constitución federal de los EE.UU., Thomas, “A Blameworthy Act Approach to the Double Jeopardy Same Offense Problem”, pp. 1033 s.

¹⁵⁰ Para esta definición de la relación lógico-formal de identidad entre dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo, véase Klug, “Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz”, p. 404.

¹⁵¹ Véase por todos, en la doctrina alemana, Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 31/12; Kindhäuser, *LPK-StGB*, vor §§ 52-55, n.m. 20; en la doctrina española, Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 27/64.

¹⁵² Precisamente en esta dirección se orientan los criterios normativos propuestos por Moore, *Act and Crime*, pp. 337 ss.; y Thomas, “A Blameworthy Act Approach to the Double Jeopardy Same Offense Problem”, pp. 1041 ss.

El reconocimiento del principio *ne bis in idem* como estándar de control del ejercicio de las potestades sancionatorias de orden administrativo constituye un proceso de creciente consolidación, que en lo fundamental ha respondido a una doble variable: de un lado, la proliferación y especialización de instancias de reglamentación administrativa sectorial reforzada por mecanismos sancionatorios a disposición de órganos de la propia administración; de otro, la progresiva expansión de ámbitos de superposición entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionatorio. Esto explica que en la exposición de su alcance como principio del Derecho Administrativo sancionatorio tiendan a ser diferenciados dos frentes: el de la posible concurrencia de pretensiones sancionatorias de orden penales y administrativo en relación con un mismo hecho, y el de la posible concurrencia de varias pretensiones sancionatorias de orden administrativo en relación con un mismo hecho.

Antes de entrar en ello, sin embargo, es necesario retomar la pregunta que quedara planteada en la primera parte, en cuanto a la medida en que el principio *ne bis in idem* puede constituir un principio intrínseco a cualquier régimen de derecho sancionatorio propio de un Estado de Derecho.¹⁵³ Y la respuesta debe venir dada por las implicaciones del concepto funcional de sanción, cuyo contenido mínimo fuese analizado más arriba: por “sanción” cabe entender la irrogación de un mal como reacción institucionalizada a la contravención de una norma de comportamiento, que recae sobre la(s) persona(s) responsable(s) de esta contravención, a través de la cual se reafirma la vigencia de la norma en cuestión. Este mecanismo de reafirmación jurídica, ahora bien, descansa en la representación de la reacción sancionatoria como una reacción adecuada frente a la contravención que genera la ocasión para la reacción. Y esta exigencia de adecuación, que es intrínseca a la noción de sanción, es articulada más precisamente como una exigencia de proporcionalidad. Pero se trata aquí de una exigencia de proporcionalidad que no es absoluta, sino relativa a la representación legislativa de la relación de congruencia recíproca entre contravención y sanción.

El principio *ne bis in idem*, en su dimensión sustantiva como prohibición de sanción múltiple, no representa más que una especificación de esa exigencia de proporcionalidad relativa a la valoración legislativa.¹⁵⁴ Y en esta medida, se trata de un estándar de control susceptible de reclamar aplicación frente a cualquier ejercicio de una potestad sancionatoria. Esta consideración no basta, sin embargo, para dar cuenta de la otra dimensión del principio *ne bis in idem*, a saber, su dimensión procesal como prohibición de persecución múltiple,¹⁵⁵ siempre que el alcance de ésta no se restrinja a casos de previa condena por la misma contravención. Pues sólo en este

¹⁵³ Véase *supra*, 2.2.

¹⁵⁴ Véase Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 201 ss., aunque privilegiando una concepción estrictamente preventiva o disuasoria de la función de la sanción.

¹⁵⁵ Aquí es preferible hablar de “persecución” y no de “juzgamiento” (múltiple), por la circunstancia de que, normalmente, la pretensión sancionatoria de carácter administrativo tiende a no presuponer, al menos de entrada, su ejercicio frente a un tribunal que adjudique o juzgue, en la medida en que sea un órgano de la administración, de tipo no-jurisdiccional, el competente para la eventual imposición de la sanción, sin perjuicio de la existencia de vías de impugnación a través de las cuales ésta pueda verse “judicializada”. Al respecto *supra*, 1.1.

último escenario puede decirse que la prohibición de persecución múltiple se limite a operar al modo de un impedimento anticipado de una doble sanción por “lo mismo”. Si la prohibición de juzgamiento múltiple, en cambio, muestra un alcance mayor, ello sólo puede explicarse en atención a variables de otra índole, vinculadas a razones de justicia procedimental y de certeza jurídica. Por ende, bajo una definición funcional del concepto de sanción, la prohibición de juzgamiento múltiple sólo indirectamente puede reclamar reconocimiento junto a la prohibición de sanción múltiple.

Ciertamente, lo anterior no alcanza a prejuzgar cuál ha de ser el nivel normativo en el cual pueda reconocerse validez al principio *ne bis in idem* como estándar general de derecho sancionatorio. A este respecto, es notable la divergencia existente, al respecto, entre los ordenamientos jurídicos más representativos en lo que aquí interesa. Bajo la Constitución federal de los EE.UU., está suficientemente asentada la comprensión de la cláusula de la doble exposición de la Quinta Enmienda como exclusivamente referida al juzgamiento y la imposición de sanciones de carácter criminal; tratándose de sanciones de otro carácter, sólo cabría invocar, con bastante menor perentoriedad, la cláusula sobre debido proceso entendida en sentido sustantivo, también contemplada en la Quinta Enmienda.¹⁵⁶ Bajo la Constitución de la República Federal alemana, igualmente, la consagración del principio *ne bis in idem* en el párrafo 3º del Art. 103 se entiende exclusivamente referida al ámbito jurídico-penal.¹⁵⁷ Sólo a nivel legislativo se prevé, en el derecho alemán, un reconocimiento del principio *ne bis in idem* para los efectos de la persecución y la imposición de sanciones en materia de contravenciones al orden, según lo previsto por los §§ 21 y 84 de la respectiva ley (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*): mientras que el § 21 prevé la prevalencia de la norma de sanción penal frente a la norma de sanción administrativa en caso de estar ambas referidas a la misma acción, el § 84 establece el efecto negativo de la cosa juzgada en relación con el futuro juzgamiento del mismo hecho (en sentido procesal), también frente al eventual ejercicio de una acción penal.

El caso del derecho español es, probablemente, el más interesante en términos de su comparación con el caso chileno. Esto, porque la Constitución española, al igual que la Constitución chilena, no consagra expresamente el principio *ne bis in idem* en disposición alguna, no obstante lo cual existe una tendencia -relevante, aun cuando no hegemónica- a entenderlo implícitamente reconocido bajo su Art. 25, que establece el principio de “legalidad penal”.¹⁵⁸ La peculiaridad del Derecho Constitucional español, a este respecto, está constituida por la expresa equiparación, bajo esta consagración del principio de “legalidad penal”, del estatus de las normas sancionatorias de carácter jurídico-penal y de carácter administrativo. La controversia interpretativa al respecto, empero, no deja de ser considerable. Pues por una parte,

¹⁵⁶ Véase sólo Amar, “Double Jeopardy Law Made Simple”, pp. 1810 ss., 1836 s.

¹⁵⁷ Así la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 2 de mayo de 1967, BVerfGE 21, pp. 378 ss., 383 s.

¹⁵⁸ Véase por ejemplo Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, pp. 167 s.; García Enterría/Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, p. 185; Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 206 s.

no es en absoluto claro que la disposición en cuestión reconozca, en sentido estricto, una exigencia de legalidad que no sea la asociada al principio de irretroactividad de la ley desfavorable.¹⁵⁹ Y por otra, tampoco parece verosímil la pretensión de dar siquiera anclaje al principio *ne bis in idem* en el principio de legalidad, puesto que éste a lo sumo puede llegar a dar cuenta de la ilegitimidad de la doble imposición de una misma sanción en un contexto intraprocesal. Lo mismo no vale, sin embargo, para la aplicabilidad del principio en cualquiera de los contextos en los cuales se plantea no la aplicación de una misma norma sancionatoria más de una vez, sino de dos o más normas sancionatorias diferentes en relación con un mismo hecho, o bien en cualquiera de los contextos en los cuales se plantea una eventual pluralidad de persecuciones, ya sea por el mismo o por distintos órganos, en relación con un mismo hecho.

Es inequívoco, ahora bien, que el legislador español sí reconoce la vigencia del principio *ne bis in idem* para los efectos de la aplicación de normas de sanción administrativa. En efecto la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo Título IX reconoce como uno de los “principios de la potestad sancionadora” la solución establecida en el Art. 133, para el caso de “conurrencia de sanciones”:

“No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

La disposición, sin embargo, se restringe a establecer la prohibición de imponer una sanción administrativa en caso de que ya previamente se haya impuesto una sanción penal o una sanción administrativa. La disposición no reconoce, en esta medida, la dimensión del principio *ne bis in idem* como estándar de procedimiento, en el sentido de una prohibición de persecución múltiple.¹⁶⁰

Estas mínimas referencias bastan para sentar la premisa de que, al menos a nivel comparado, no parece haber antecedentes suficientes para postular un asentamiento del principio *ne bis in idem* como estándar general de derecho sancionatorio, más allá del ámbito estrictamente jurídico-penal, que pueda resultar directamente vinculante para la legislación. Antes bien, la medida y el alcance de la vigencia del principio *ne bis in idem* resulta ser una cuestión esencialmente abierta a la decisión legislativa. Y esto se explica porque los estándares constitucionales que proveen el fundamento último para cada una de las dos dimensiones del principio -a saber: el principio de proporcionalidad, tratándose de la prohibición de sanción múltiple, y el principio del debido proceso (*lato sensu*), tratándose de la prohibición de persecución múltiple- son compatibles con un amplio conjunto de posibilidades a disposición del legislador.

¹⁵⁹ Latamente al respecto Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 171 ss., 217 ss., quien sostiene, sobre todo teniendo a la vista la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que lo que regiría sería más bien una exigencia de *cobertura* legal, y no una genuina exigencia de *reserva* legal. Véase también Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 364 ss., con nota 545.

¹⁶⁰ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 439 s.

Lo anterior es enteramente predicable de la situación del principio *ne bis in idem* en el derecho sancionatorio chileno, en referencia al cual ni siquiera resulta reconocible su consagración constitucional en el ámbito estrictamente jurídico-penal. Y la situación no cambia si se pone la vista en los tratados internacionales que sí pueden resultar vinculantes para el legislador. Pues tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen el principio, en los términos ya considerados,¹⁶¹ únicamente para los efectos de la aplicación de normas de sanción penal.¹⁶² Ante esto, el desafío consiste en determinar la medida precisa en que la multifacética expresión del principio *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho Penal sustantivo y del derecho procesal admiten ser generalizadas como estándares de control del ejercicio de cualquier potestad de carácter (propriadamente) sancionatorio. Para ello es imprescindible, sin embargo, diferenciar la manera en que las cuestiones concernientes a una eventual multiplicidad de persecuciones e imposición de sanciones por un mismo hecho se presenta en cada uno de los dos frentes ya apuntados: el de la concurrencia de pretensiones sancionatorias de orden penal y administrativo, y el de la concurrencia de (varias) pretensiones sancionatorias de orden administrativo.

ii. *El frente intercompetencial: concurrencia de pretensiones sancionatorias penales y administrativas*

El primer frente, definido por la posibilidad de una concurrencia de potestades sancionatorias de orden penal y orden administrativo, puede ser designado como “frente intercompetencial”, en cuanto se trata aquí del eventual ejercicio concurrente de potestades sancionatorias que competen a los órganos encargados de la persecución y adjudicación penal, por un lado, y a órganos de la administración, por otro; es decir, del eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias *heterogéneas*. Tal concurrencia de pretensiones sancionatorias puede darse en términos simultáneos o en términos sucesivos, y en ambos casos se plantea la cuestión acerca de si alguna de las dos vías, y en su caso cuál de ellas, habría de tener prioridad frente a la otra, de modo tal de afirmarse una relación de subsidiariedad.

El problema fundamental que se suscita en este frente, para los efectos de determinar la eventual aplicabilidad del principio *ne bis in idem*, está asociado, por lo mismo, a la pregunta acerca de la relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionatorio desde el punto de vista de su respectiva “naturaleza”. En el marco del presente informe no es pertinente ni necesario entrar más detalladamente en la cuestión acerca de la diferenciación cualitativa o cuantitativa de una y otra potestad

¹⁶¹ Al respecto *supra*, 3.1.1.

¹⁶² El Art. 14 N° 7 del primer tratado dispone que no puede haber juzgamiento ni sanción por un “delito” en relación con el cual ya se haya pronunciado sentencia firme en conformidad con “el procedimiento penal” del respectivo país; el Art. 8° N° 4 del segundo tratado se refiere exclusivamente al “inculpado”, en circunstancias que el contexto de la disposición deja claro que se trata de una “persona inculpada de delito” (Art. 8° N° 2).

sancionatoria. Más arriba fueron sugeridas algunas consideraciones favorables, *prima facie*, a la primera solución, ante todo en atención a algunos datos de la legislación (positiva) chilena, que en distintos contextos se inclina a reconocer la independencia del ejercicio de una y otra potestad sancionatoria.¹⁶³ La consecuencia de tal solución tendría que consistir en la plena legitimidad tanto de la doble persecución (penal y administrativa) como de la doble sanción (penal y administrativa) en relación con un mismo conjunto de hechos. Pues por una parte, en la medida en que las respectivas potestades sancionatorias no compartan una “naturaleza” común, no habría espacio a una objeción a la doble persecución fundada en consideraciones de justicia procedimental. Y por otra, el único límite a la posibilidad de imposición paralela de sanciones penales y administrativas tendría que estar representado por una eventual contravención del principio general de proporcionalidad, en contra del cual el legislador democrático puede invocar, con razón, una amplísima prerrogativa de decisión autónoma.

Cabría pensar, ahora bien, que las consecuencias de validar una diferenciación puramente cuantitativa de las sanciones penales y las sanciones administrativas tendrían que ser las opuestas. Pero esto sería un error. Pues ya se ha mostrado que aun bajo esta segunda hipótesis el legislador sigue conservando el mismo vasto margen de prerrogativa de decisión. Y esto tendría que resultar obvio de cara a la siguiente consideración: si el legislador puede legítimamente, y sin quebrantar el principio general de proporcionalidad, disponer una acumulación de sanciones jurídico-penales de diversa índole en relación con un mismo hecho -piénsese, por ejemplo, en la acumulación de penas privativas de libertad, penas de multa y determinadas penas accesorias que el legislador chileno normalmente formula en las normas de sanción del Código Penal o de legislación penal especial-, entonces no puede haber objeción alguna a que el propio legislador prevea una acumulación de sanciones penales y administrativas en relación con un hecho que satisfaga -por vía de hipótesis- una misma descripción que pudiera conferirle, simultáneamente, significación delictiva en sentido jurídico-penal y significación contravencional en el sentido del Derecho Administrativo sancionatorio. Y si esto vale para este caso hipotético, entonces *a fortiori* también habrá de valer para el caso en que la acumulación de sanciones de uno y otro orden se produzca por la superposición incidental de una y otra descripción en relación con un mismo hecho (en sentido puramente extensional). Pues es evidente que, en este último caso, ni siquiera podría decirse que las sanciones estén siendo impuestas en relación con “un mismo hecho” (en sentido *intensional*).

Lo que en todo caso debería advertirse es la inconsistencia implicada en la pretensión de fundamentar la “prevalencia de la sentencia penal” en la tradicional caracterización del Derecho Penal como *ultima ratio*, en el sentido de lo que se cono-

¹⁶³ Véase *supra*, 1.2.

ce como el principio de subsidiariedad o intervención mínima.¹⁶⁴ Pues en la medida en que efectivamente se dé una identidad entre los respectivos objetos de protección de las normas (de comportamiento) reforzadas por normas de sanción penal y de las normas reforzadas por normas de sanción administrativa, entonces, de ser verosímil la descripción del Derecho Penal como *ultima ratio*, tendría que decaer la aplicabilidad de las normas de sanción penal. Que esto no sea así, muestra que alguna de las dos premisas es falsa: o bien no hay identidad entre los respectivos objetos de protección, o bien el Derecho Penal no constituye la *ultima ratio*.

Distinta sería la situación, ciertamente, si pudiera constatarse o inferirse una voluntad legislativa en el sentido de no dar lugar a dicha acumulación de sanciones de órdenes competenciales diversos. Tal voluntad es claramente constatable si se pone la vista en la legislación alemana o en la legislación española, según ya se indicara. Pues tanto el legislador alemán como el legislador español han adoptado expresamente una solución de prevalencia de la vía penal frente a la vía administrativo-sancionatoria. Nótese, empero, que la solución no es idéntica en uno y otro ordenamiento. Pues la regla española exige “identidad de sujeto, hecho y fundamento”, mientras que para la regla alemana es suficiente que se trate de una misma “acción” (en sentido extensional) que cuente como “hecho punible” y como “contravención al orden”. Pero el legislador chileno no ha manifestado semejante voluntad contraria a esa posibilidad de acumulación.

Esto no excluye, sin embargo, que tal voluntad pudiera ser inferida interpretativamente, lo cual podría verse favorecido por la premisa de que no hay diferencia cualitativa entre una y otra potestad sancionatoria. Pero entonces, la condición indispensable para reconocer una acumulación de sanciones eventualmente no validada por el legislador estaría representada por la exigencia de que el contenido de ilicitud del respectivo hecho punible y de la respectiva contravención administrativa no fuese recíprocamente independiente. Pues sólo entonces cabría afirmar que se estaría dando lugar a una acumulación de sanciones “por lo mismo”. Para detectar cuándo habría que constatar una superposición de uno y otro contenido de ilicitud, cabría recurrir a los criterios que en el ámbito jurídico-penal se invocan para reconocer el carácter impropio o aparente de un determinado concurso de delitos.¹⁶⁵ En todo caso, no alcanza a haber fundamentos, en el marco del derecho chileno vigente, para postular la existencia de una prohibición de persecución múltiple que pudiese operar con independencia del mero efecto reflejo de la prohibición de imposición concurrente de sanciones de uno y otro orden, en caso de que ésta se tenga por efectiva en los términos recién descritos.

¹⁶⁴ Así, sin embargo, Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 218 ss., quien pretende sustentar el argumento en la dimensión “positiva y fundamentadora” que exhibiría el principio de la *ultima ratio*. Ciertamente, esto no constituye más que una inversión del sentido originario del principio en cuestión, que explica que la consecuencia a ser extraída de éste se vea igualmente invertida.

¹⁶⁵ Al respecto *supra*, 3.1.1., 4.2.1. Acerca de la pertinencia de ese recurso, en el ámbito que aquí interesa, véase Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 352 ss.; Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 212 ss.

iii. *El frente intracompetencial: concurrencia de múltiples pretensiones sancionatorias de orden administrativo*

Observaciones generales

Lo distintivo del frente en el cual se plantea el eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias de orden exclusivamente administrativo -que admite denominarse, entonces, “frente intracompetencial”- radica en que aquí pueden darse, *mutatis mutandis*, los mismos escenarios o contextos que también se plantean cuando se trata de casos de eventual juzgamiento o punición múltiple en el ámbito jurídico-penal. Pues en uno y otro caso, y a diferencia de lo que es característico del frente intercompetencial, se trata del eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias *homogéneas*. En tal medida, aquí también cabe diferenciar las particularidades propias del contexto interjurisdiccional y del contexto intrajurisdiccional; y al interior de este último, las particularidades propias del contexto extraprocesal y del contexto intraprocesal.¹⁶⁶ Con ello, es claro que ha de compartirse el juicio de Nieto en cuanto a la obsolescencia del esquema de la triple “identidad de sujeto, objeto y fundamento”,¹⁶⁷ en la medida en que este esquema no sirve de herramienta para la articulación de los diferentes problemas que pueden suscitarse en cada uno de esos tres contextos.

Aquí meramente habrán de plantearse algunos criterios generales que han de orientar el planteamiento y la posible solución de esos problemas, para poder considerar algunos de ellos, con mayor detenimiento, al considerar el alcance específico que puede llegar a exhibir el principio *ne bis in idem* en el marco del derecho contravencional de la libre competencia. El punto de partida a este respecto, empero, tiene que consistir en la siguiente proposición: no existiendo decisiones legislativas vinculantes, está excluida de antemano la posibilidad de que, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio, el principio *ne bis in idem* pueda exhibir un alcance mayor que el que exhibe en el ámbito jurídico-penal. Esto se sigue de que, como variante específica de derecho sancionatorio, el Derecho Penal representa el ámbito en el cual se hace aplicable el conjunto de garantías más estrictas. Por ende, en el ámbito de otras variantes específicas de derecho sancionatorio ese conjunto de garantías no tiene por qué reclamar aplicación sin más; y a lo sumo puede llegar a reclamar aplicación con el mismo grado de intensidad, en la medida en que se pueda sustentar -a modo de hipótesis- la tesis de la equivalencia cualitativa entre uno y otro régimen. Por ende, la demarcación del alcance del principio *ne bis in idem* en el ámbito jurídico-penal, ya examinada, señala en todo caso cuáles son los límites máximos de eventual aplicabilidad del principio *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio.

¹⁶⁶ Aquí, ciertamente, se trata de un uso parasitario y no-técnico de las expresiones “jurisdicción” y “proceso”, en la medida en que la discusión abarque el ejercicio de potestades sancionatorias por parte de órganos no jurisdiccionales, en términos del concepto de Derecho Administrativo sancionatorio en sentido estricto. Véase *supra*, 1.1.

¹⁶⁷ Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 385.

El contexto intraprocesal

En relación con un eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias en el contexto intraprocesal, esto es, con ocasión de una única instancia de persecución, se impone desde ya la constatación de que aquí sólo puede venir en consideración una prohibición de sanción múltiple.¹⁶⁸ En tal medida, el posible quebrantamiento del principio *ne bis in idem* tendría que estar asociado a la imposición de sanciones por hechos cuyo respectivo contenido de ilicitud se encuentre de tal modo superpuesto, que la efectiva aplicación de las dos o más normas de sanción aplicables conllevaría una contravención de la prohibición de doble valoración. Una vez más, como criterios para detectar esa posible superposición de los respectivos contenidos de ilicitud pueden resultar operativos los mismos criterios que hacen posible el reconocimiento de un concurso aparente en el ámbito jurídico-penal. En cualquier caso, es evidente que siendo diferente el correspondiente objeto de protección de las normas que determinan el respectivo contenido de ilicitud de las distintas infracciones administrativas concurrentes, por definición no habrá contravención del principio *ne bis in idem* si se imponen sanciones por cada una de ellas.¹⁶⁹

Y esto, con total independencia, por lo demás, de si las distintas infracciones son cometidas en relación de unidad de hecho, esto es, en relación de “concurso ideal”.¹⁷⁰ Pues en este caso tampoco se produce una superposición de los contenidos de ilicitud de las distintas infracciones concurrentes. Dado que la diferenciación jurídico-penal de los regímenes punitivos aplicables en casos de concurso ideal (y medial) y en casos de concurso real no responde a una exigencia impuesta por el principio *ne bis in idem*, no hay razones concluyentes para postular su traslado al ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio sin que haya pronunciamiento legislativo al respecto.¹⁷¹

El contexto interprocesal

La aplicabilidad del principio *ne bis in idem* frente a una eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias de carácter administrativo en un contexto interprocesal resulta mucho menos segura. Pues aquí no sólo se presenta la variable adicional representada por la posible aplicabilidad de una prohibición de persecución múltiple, tanto en términos simultáneas como en términos sucesivos, sino que a esto se añade la cir-

168 Al respecto *supra*, 3.3., 4.2.1.

¹⁶⁹ Véase por todos Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 390 s.

¹⁷⁰ Así Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 244 ss.

¹⁷¹ Véase Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 386 s.; Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 244 ss., quien llama la atención sobre la inviabilidad técnica de hacer aplicable el régimen de absorción agravada previsto por la regulación del concurso ideal (y medial) bajo el Código Penal español (al igual que bajo el Código Penal chileno), dada la mayor heterogeneidad e indeterminación de las sanciones administrativas, favoreciendo, por lo mismo, la aplicación de un régimen de atenuación de las sanciones a ser cumulativamente impuestas.

cunstancia de que las entidades encargadas de llevar a efecto la persecución e imponer las sanciones respectivas, en su caso, pueden corresponderse con órganos administrativos sectorialmente competentes, que sólo se encuentren débilmente coordinados entre sí.¹⁷² Lo cual, a su vez, puede traer consigo la aplicabilidad, respecto de cada uno de dichos órganos, de reglas de procedimiento divergentes y, por ende, de difícil conmensuración, en la medida en que no exista, tal como es el caso en el derecho chileno, un régimen general de reglamentación del ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración cuya observancia se encuentre sometida al control, por ejemplo, de tribunales con competencia específicamente contencioso-administrativa.¹⁷³

En esta medida, resulta inviable proponer pautas generales acerca de hasta qué punto, y con qué consecuencias, pudieran ser operativas las excepciones de cosa juzgada y litispendencia como expresión del principio *ne bis in ídem* en cuanto estándar de clausura procesal.

El contexto interjurisdiccional

Finalmente, cabe plantear la pregunta acerca de la vigencia del principio *ne bis in ídem* frente al ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias de orden administrativo en el contexto interjurisdiccional. Por razones similares a las precedentemente enunciadas, aquí también resulta inviable identificar pautas generales de aplicación general, lo cual ciertamente se ve acentuado por la variable definitoria de todo contexto interjurisdiccional: se trata del ejercicio de potestades sancionatorias adscritas a dos o más ordenamientos jurídicos distintos. Ello explica sea en este contexto donde el principio *ne bis in ídem* muestra menor perentoriedad, toda vez que su vigencia queda sujeta a la contingencia de una política de reconocimiento mutuo entre ordenamientos normativos que reclaman independencia para sí.¹⁷⁴ Lo único que cabe establecer al respecto, en términos generales, es que en ningún caso podría defenderse la aplicabilidad del principio *ne bis in ídem*, ya sea en su dimensión de estándar sustantivo en su dimensión de estándar de procedimiento, más allá de los límites fijados, para el ámbito jurídico-penal, en el Art. 13 del Código Procesal Penal. Y esto quiere decir: en la medida en que una y otra pretensión sancionatoria se encuentren referidas a hechos que no constituyen una misma infracción, en el doble sentido ya analizado,¹⁷⁵ de ninguna manera resultaría aplicable el principio. Esto se examinará más pormenorizadamente en atención a la manera en que el problema puede plantearse, específicamente, bajo el régimen jurídico chileno aplicable en materia de contravenciones al derecho de la libre competencia.

¹⁷² Véase al respecto Cano Campos, “*Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 240 ss.

¹⁷³ Al respecto Pierry, “Tribunales Contencioso-Administrativos”, *passim*.

¹⁷⁴ Véase *supra*, 3.3., 4.2.3.

¹⁷⁵ Al respecto *supra*, 4.1.2.

b) El principio *ne bis in idem* en el derecho contravencional de la libre competencia

i. El derecho contravencional de la libre competencia como derecho sancionatorio

Lo que resta por examinar, a continuación, es la manera en que el principio *ne bis in idem* se constituye como un estándar de control del ejercicio de la potestad sancionatoria referida a las contravenciones del derecho de la libre competencia, en conformidad con las normas del DL 211. Que el principio *ne bis in idem* ha de encontrar aplicación en este ámbito, no es más que la conclusión que se sigue de la conjunción de dos premisas, a saber: que el principio *ne bis in idem* constituye, más allá de cuál sea su configuración específica, un principio general de derecho sancionatorio, y que el derecho contravencional de la libre competencia, en el marco del ordenamiento jurídico chileno, representa un régimen de derecho sancionatorio. Ambas premisas ya han sido fundamentadas en secciones anteriores del presente informe.¹⁷⁶ Para los efectos de la indagación en la específica configuración del principio en este ámbito, empero, puede ser importante marcar dos puntualizaciones respecto de las premisas ya mencionadas.

En cuanto al carácter sancionatorio del régimen del derecho contravencional de la libre competencia bajo el DL 211, es relevante no perder de vista que se trata de un régimen de derecho sancionatorio en sentido amplio, según se estableciera más arriba. Pues una nota distintiva de este régimen, frente a las variantes más representativas del Derecho Comparado, se encuentra en que la potestad sancionatoria se encuentra directamente conferida a un órgano propiamente jurisdiccional -a saber, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia-, que ha de resolver imparcialmente acerca del mérito de la eventual pretensión sancionatoria hecha valer por el órgano persecutor -a saber, la Fiscalía Nacional Económica- o bien por algún particular.¹⁷⁷ La potestad de imponer las sanciones previstas por el DL 211, entonces, no recae en un órgano de la administración, sino en un tribunal de naturaleza contencioso-administrativa, especialmente competente para la adjudicación en este ámbito específico. Y una consecuencia de ello es que, en este ámbito, es enteramente correcto hablar de una “prohibición de *juzgamiento* múltiple (por un mismo hecho)” para referirse a la dimensión procesal (*stricto sensu*) del principio.

Y en cuanto al estatus del principio *ne bis in idem* como principio general de derecho sancionatorio, lo crucial es advertir que de esta sola consideración no es posible extraer, sin más, consecuencias directas para su concreción específica en el ámbito que aquí interesa. No basta, en este sentido, con invocar el principio *ne bis in idem* como principio de derecho sancionatorio para estar en posición de resolver cada uno de los variados problemas particulares que pueden presentarse a propósito de las distintas posibilidades de sanción o juzgamiento múltiple por “lo mismo”. De ahí que sea im-

¹⁷⁶ Véase *supra*, 1.1., 5.1.

¹⁷⁷ Al respecto Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 589 ss.

prescindible diferenciar el análisis en atención a cada uno de los escenarios relevantes.

Para favorecer la revisión de las cuestiones de mayor significación práctica bajo el DL 211, se examinarán primero las preguntas vinculadas al alcance del principio *ne bis in ídem* en el contexto intrajurisdiccional, distinguiendo entre aquellas referidas a la prohibición de sanción y juzgamiento múltiple frente a la eventual ejercicio en paralelo, sea simultáneo o sucesivo, de pretensiones sancionatorias de orden jurídico-penal y de orden contravencional (“frente intercompetencial”), por una parte, y aquellas referidas al ejercicio simultáneo o sucesivo de varias pretensiones sancionatorias de orden contravencional. Después de ello se entrará, para concluir, en las preguntas propias del contexto interjurisdiccional, concernientes al alcance del principio *ne bis in ídem* frente al ejercicio de potestades sancionatorias por parte de órganos extranjeros.

ii. *El contexto intrajurisdiccional*

El frente intercompetencial

Para el análisis de las cuestiones susceptibles de plantearse en el contexto intrajurisdiccional, esto es, con ocasión del ejercicio de pretensiones sancionatorias relativas a hechos eventualmente constitutivos de contravenciones al derecho de la libre competencia, cuyo fundamento de validez esté constituido por normas del ordenamiento jurídico chileno, resulta imprescindible diferenciar los frentes intercompetencial e intracompetencial, esto es, si las dos o más pretensiones sancionatorias pertenecen a órdenes competenciales heterogéneas u homogéneas, respectivamente. Por de pronto, aquí habrá que ocuparse de lo primero, restringiendo la perspectiva a aquellas situaciones en que pudieran concurrir pretensiones sancionatorias de orden contravencional y de orden jurídico-penal.

Esta última pregunta tiene importancia frente a todas aquellas situaciones en que pudiese ser viable un enjuiciamiento paralelo de un mismo conjunto de hechos con arreglo a normas de sanción penal, por un lado, y a las normas del DL 211, por otro. Dentro del conjunto de posibles casos de eventual concurrencia de pretensiones sancionatorias, la cuestión se ha planteado, en particular, en términos de la posibilidad de que pudiera tener lugar un juzgamiento y una eventual condena, bajo el Art. 285 del Código Penal, en relación con hechos que también pudieran ser objeto de juzgamiento y eventualmente dar lugar a la imposición de sanciones por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

A este respecto, puede ser oportuno enfatizar que la pregunta de si determinados hechos con relevancia bajo el derecho de la libre competencia pudieran satisfacer la descripción del delito tipificado en el Art. 285 del Código Penal (o bien la descripción de cualquier otra forma de comportamiento con relevancia delictiva en sentido jurídico-penal) es una pregunta previa a la pregunta acerca de la eventual viabilidad de la persecución de tales hechos bajo una y otra vía, cuya respuesta no compete en modo alguno a los órganos intervinientes bajo la vía del derecho de la libre competencia, con arreglo al DL 211. Esto tiene relevancia ante la pregunta de

si la reforma del régimen jurídico previsto por el DL 211 (introducida por la Ley 19.911), a partir de la cual dicho régimen ya no contiene normas de sanción penal, pudiera tener alguna incidencia en el alcance del Art. 285 del Código Penal. Y la respuesta debe ser negativa. Pues sostener lo contrario implicaría desconocer la plena independencia de las normas del Código Penal (y de la legislación penal especial) frente a su eventual superposición con normas sancionatorias de otro orden.

Esto no excluye que, por vía de hipótesis, pudiera existir alguna objeción en cuanto a que determinados hechos constitutivos de contravenciones al derecho de la libre competencia sean subsumibles bajo la descripción típica del Art. 285 del Código Penal. El punto es que estas objeciones, y desde luego en la medida en que pretendan sustentarse en el principio de legalidad como límite a la aplicación de las normas de sanción, conciernen exclusivamente a la determinación del sentido y alcance de la norma establecida en ese artículo del Código Penal. Que el tenor literal del Art. 285 del Código Penal haga posible la subsunción de los hechos en cuestión, empero, es una pregunta a ser exclusivamente respondida por los tribunales que ejercen jurisdicción en lo penal, para lo cual es enteramente irrelevante si los hechos también pudieran ser subsumibles bajo el supuesto de hecho de normas de sanción de otro orden, como lo son algunas de las normas del DL 211. Al respecto, quizá no sea enteramente superfluo mencionar que el principal especialista en la materia expresamente sostiene que, no obstante la reforma introducida por la Ley 19.911, “aún subsisten delitos penales contemplados en el Código Penal que guardan relación con el bien jurídico tutelado [de la] libre competencia”.¹⁷⁸

Para determinar el alcance del principio *ne bis in idem* como estándar eventualmente vinculante para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en lo que aquí interesa, basta con asumir, por vía de hipótesis, que podría darse algún caso en que tanto las normas del DL 211 como alguna norma de sanción penal pudieran resultar aplicables al mismo conjunto de hechos. En este punto se vuelve significativa la cuestión relativa a la naturaleza cuantitativa o cualitativa de la diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionatorio, incluyendo dentro del campo de este último el régimen del DL 211 para el derecho contravencional de la libre competencia. Pues es claro que si se favorece la segunda solución, de entrada no podrá plantearse vulneración alguna, ya sea de la prohibición de juzgamiento múltiple, ya sea de la prohibición de sanción múltiple, según corresponda.¹⁷⁹

Mas ello está lejos de significar que, en caso de asumirse la corrección de la otra solución, consistente en la tesis de la diferenciación puramente cuantitativa, la consecuencia necesariamente tendría que ser la afirmación de una vulneración del principio *ne bis in idem* en una u otra dimensión, según corresponda. Esto, porque ya fue establecido que, aun bajo esta hipótesis, la cuestión sigue dependiendo, en primer término, de si el legislador podría, sin vulneración del principio general de proporcionalidad, prever la acumulación de sanciones múltiples en relación con hechos que

¹⁷⁸ Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 225 s.

¹⁷⁹ Véase Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 436 s., en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.

satisficieran tanto la descripción relevante bajo el derecho de la libre competencia como la descripción relevante bajo el Código Penal. Y no habiendo indicios de que pudiera darse semejante vulneración, la cuestión depende, en segundo término, de si cabe inferir una voluntad legislativa en contra de esa eventual acumulación de sanciones de diverso orden.¹⁸⁰ Baste con observar, a este respecto, que el legislador chileno ha manifestado, en términos generales en el Art. 20 del Código Penal, pero también en términos específicos en las leyes 18.045 y 18.046, que en principio favorece la posibilidad de imposición concurrente de penas y sanciones administrativas.¹⁸¹

El frente intracompetencial

La prohibición de sanción múltiple

Cabe poner la vista ahora en las preguntas más relevantes que se plantean, en referencia exclusiva al derecho chileno, en el frente intracompetencial. Puesto que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es el único órgano con competencia, de acuerdo con el derecho vigente, para la imposición de sanciones de orden administrativo frente a contravenciones tipificadas en el DL 211, lo que hay que determinar es la medida en que el principio *ne bis in idem* se hace operativo como estándar sustantivo de adjudicación y como estándar de clausura procesal en el ejercicio de jurisdicción en el ámbito de su específica competencia. Aquí se examinará la primera de las dos cuestiones, esto es, aquella relativa al alcance del principio *ne bis in idem* en su dimensión de prohibición de sanción múltiple.

Una primera cuestión, de inequívoca relevancia práctica, que se suscita en este contexto se refiere a la viabilidad de una imposición (sucesiva o simultánea) de medidas de carácter sancionatorio y medidas de carácter no-sancionatorio, de aquellas previstas en el Art. 26 del DL 211. El aparente problema se suscita por lo dispuesto en el inc. 1º del Art. 3º del DL 211, que establece que el responsable de alguna de las contravenciones tipificadas en el mismo artículo “será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas o prohibitivas que [...] puedan disponerse en cada caso”. Esto ha llevado a que Valdés, por ejemplo, sostenga que sería contrario al principio *ne bis in idem* que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia llegase a imponer sanciones de aquellas previstas en el Art. 26 y medidas preventivas, correctivas o prohibitivas en relación con los mismos “hechos, actos o convenciones” que constituyen la respectiva infracción.¹⁸²

Pero ello desconoce, manifiestamente, que el principio *ne bis in idem* constituye un principio de derecho sancionatorio, lo cual significa que aquél sólo puede resultar aplicable frente al ejercicio de potestades sancionatorias. Es claro, por ejem-

¹⁸⁰ Véase *supra*, 5.2.

¹⁸¹ Al respecto *supra*, 1.2.

¹⁸² Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 369 s.

plo, que compromisos de contribución pecuniaria que pudieran ser asumidos con efecto vinculante por una persona jurídica en el marco de un acuerdo celebrado con un organismo administrativo, que ni siquiera da lugar a un establecimiento concluyente de la efectividad de una eventual infracción, carecen de toda connotación sancionatoria, desde ya porque el concepto de sanción es incompatible con el carácter consensuado de semejantes compromisos.¹⁸³ E igualmente, las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas a las que se refiere el Art. 3º del DL 211 carecen, desde el punto de la representación legislativa, de carácter sancionatorio, en la medida en que el propio Art. 3º contrapone explícitamente la mención de las medidas (señaladas en el Art. 26) a través de cuya imposición el responsable de la contravención ha de ser “sancionado”, de aquellas otras medidas (preventivas, correctivas o prohibitivas) que pueden ser impuestas “sin perjuicio” de aquéllas. Precisamente el carácter “preventivo, correctivo o prohibitivo” de dichas medidas sugiere que ellas carecen de significación propiamente represiva y, por ende, de connotación sancionatoria.¹⁸⁴ La prohibición de *sanción* múltiple no puede venir en consideración, *ex definitione*, tratándose de medidas no sancionatorias.¹⁸⁵

Ahora bien, y más allá de lo anterior, el propio Valdés observa que en todo caso se encontraría excluida la posibilidad de una imposición simultánea de sanciones y medidas preventivas, correctivas o prohibitivas, con arreglo a lo establecido en el Auto Acordado N° 5, de 2004, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el entendido de que “las medidas propiamente tales [esto es, las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas] sólo caben dentro del proceso consultivo”, de modo tal que no sería viable una imposición simultánea de unas y otras.¹⁸⁶ Si bien esto no concierne al alcance del principio *ne bis in ídem*, por el hecho de que éste no es aplicable frente a medidas no sancionatorias, puede ser oportuno clarificar el punto. Ello, porque Valdés incurre en una confusión aquí. Pues del hecho de que, con arreglo al auto acordado mencionado, no sea posible el desarrollo simultáneo de un proceso jurisdiccional y un proceso consultivo en relación con un mismo conjunto de “hechos, actos o convenciones”, no se sigue en modo alguno que las medidas no sancionatorias sólo puedan ser impuestas en el marco de un proceso consultivo. No hay disposición alguna del DL 211 que sugiera que dichas medidas no puedan ser impuestas en el marco de un proceso jurisdiccional; más bien, el inc. 1º del Art. 3º sugiere exactamente lo contrario.

La confusión en que incurre Valdés puede explicarse, eventualmente, por su intento de recurrir analógicamente, en el ámbito que aquí interesa, a la distinción entre penas y medidas de seguridad que reconoce el Derecho Penal.¹⁸⁷ Valdés pasa

¹⁸³ En referencia a los “compromisos de obligación” (*Verpflichtungszusagen*) en el marco del derecho europeo de la libre competencia, véase Frenz, *Europäisches Kartellrecht*, n.m. 1540 ss.

¹⁸⁴ En relación con las así llamadas “medidas de restablecimiento de la legalidad” bajo el Derecho Administrativo sancionatorio español, véase Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 250 ss.

¹⁸⁵ Véase sólo Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 436 s.

¹⁸⁶ Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, p. 370.

¹⁸⁷ Véase Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 371 ss., quien habla de un “paradigma dualista”.

por alto, sin embargo, dos consideraciones decisivas. La primera: que si bien bajo el derecho chileno vigente resulta excluida la posibilidad de una imposición conjunta de penas y medidas de seguridad, dado que la imposición de una pena presupone una declaración de culpabilidad, mientras que -bajo el Art. 455 del Código Procesal Penal- la imposición de una medida de seguridad presupone la constatación de una condición de enajenación mental que es incompatible con una declaración de culpabilidad, esta no es la única posibilidad de articular la relación entre unas y otras; en el Derecho Comparado son muchas las legislaciones que contemplan, en cambio, la posibilidad de imposición conjunta de penas (fundamentadas en la culpabilidad personal) y medidas de seguridad (fundamentadas en la peligrosidad individual).¹⁸⁸ Y la segunda: que el legislador chileno haya optado por un régimen de incompatibilidad recíproca entre penas y medidas de seguridad, en el ámbito estrictamente jurídico-penal, no es razón suficiente para pretender trasladar semejante régimen a otro ámbito regulativo, en el cual, por lo demás, y como lo expresa el Art. 3° del DL 211, el legislador parece haber optado por un régimen esencialmente distinto.

La segunda cuestión de significación práctica que cabe discutir en este contexto concierne a la eventualidad de que, con ocasión del pronunciamiento de una sentencia condenatoria, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pueda constatar una pluralidad de contravenciones atribuibles a una misma persona, en el sentido de lo que cabría llamar un “concurso de infracciones”. A este respecto, rigen sin más las consideraciones ya formuladas en cuanto a la posibilidad de recurrir, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio, a las categorías de la dogmática de los concursos de delitos, en particular respecto de la inviabilidad, no existiendo declaración legislativa, de pretender hacer aplicables regímenes distintos para la determinación de las sanciones en casos de concurso ideal (en situación de unidad de hecho) y de concurso real.¹⁸⁹ Pues, en todo caso, esta es una pregunta que no se vincula con el alcance del principio *ne bis in idem*. Lo que interesa examinar, más bien, son las condiciones para el reconocimiento de un eventual concurso aparente o impropio entre dos o más contravenciones al derecho de la libre competencia. Pues en caso de darse un concurso aparente, el principio *ne bis in idem* sí prohíbe la imposición conjunta de las sanciones correspondientes a la totalidad de las infracciones cuyo respectivos contenidos de ilicitud no fuesen plenamente independiente entre sí.

Lo que interesa aquí es enunciar, someramente, cuáles son los criterios en conformidad con los cuales puede reconocerse el carácter aparente de un concurso de infracciones, de modo tal que el órgano jurisdiccional deba prescindir de una o más de ellas como eventual objeto de condena. Recurriendo aquí a las propuestas más estandarizadas en la dogmática del Derecho Penal, dichos criterios son: el de *especialidad*, el de *subsidiariedad* y el de *consunción* (o *absorción*), pudiendo discutirse si acaso el criterio del así llamado “hecho anterior o posterior co-penado”

¹⁸⁸ En relación con el derecho alemán véase Kindhäuser, *LPK-StGB*, vor §§ 38-45b, n.m. 1 ss., § 61, n.m. 1 ss., § 66, n.m. 1 ss.; en relación con el derecho español, véase Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, Lección 34/1 ss., 18 ss., 26 ss.

¹⁸⁹ Véase *supra*, 5.3.2.

cuenta como un criterio independiente o, en cambio, como una aplicación específica del criterio de la consunción.¹⁹⁰ En este espacio, puede ser suficiente ofrecer un ejemplo de lo que inequívocamente tendría que constituir un concurso aparente de infracciones, en contraposición a un ejemplo de lo que podría constituir un concurso auténtico (no aparente) de infracciones.

Para lo primero, considérese la especificación de la infracción (genérica) prevista por el inc. 1º del Art. 3º del DL 211 que contempla la letra a) del inc. 2º del mismo artículo. Bajo la suposición de que entre la variante relativa a los “acuerdos expresos o tácitos entre competidores” y la variante relativa a “prácticas concertadas entre ellos”- ambas relativas a la obtención de poder de mercado- no existe una relación de mutua exclusión, cabría imaginar una situación en que una práctica concertada entre dos o más competidores no fuese más que la materialización o implementación de un acuerdo (expreso o tácito) ya adoptado por ellos. Parece sensato asumir que, ante tal situación, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no podría legítimamente imponer sanciones por la realización de una y otra variante, en la medida en que su objeto -en términos del mercado afectado y el modo de su afectación, etc.- sea idéntico. Y esto, porque lo que se daría en tal situación es, eventualmente, un concurso aparente o impropio entre la realización de una y otra variante típica. Y el criterio para fundamentar el carácter aparente o impropio de ese concurso podría ser el siguiente: en la medida en que se impusiera sanción ya por el acuerdo adoptado por los competidores, su materialización como práctica concertada constituiría un hecho (posterior) co-sancionado; o alternativamente, en la medida en que se impusiera sanción ya por la práctica concertada, el acuerdo entre ellos constituiría un hecho (anterior) co-sancionado.

Esto puede ser contrastado con una situación en que el eventual concurso tuviera que ser calificado, en cambio, como auténtico. Considérese ahora una situación en que, a consecuencia de sostener la práctica concertada a través del tiempo, los competidores en cuestión llegasen a hacerse de una “posición dominante en el mercado”, en relación con la cual ejercieran una “explotación abusiva”, en el sentido de la variante específica establecida en la letra b) del mismo Art. 3º. La pregunta sería entonces: ¿Cabría en tal situación una imposición cumulativa de sanciones por la circunstancia de que una misma persona haya realizado, a lo largo de un mismo curso de acción, tanto de la variante específica de la letra a) como la variante específica de la letra b) del inc. 2º del Art. 3º? Y la respuesta puede ser afirmativa, en el sentido de negar el carácter aparente o impropio del respectivo concurso de infracciones, en la medida en que el contenido de ilicitud específicamente asociado a la realización de una y otra variante, en atención a las diferentes modalidades de menoscabo de la libre competencia que enuncia el inc. 1º del Art. 3º, sea independiente.¹⁹¹

¹⁹⁰ Así, entre otros, Kindhäuser, *LPK-StGB*, vor §§ 52-55, n.m. 21 ss.

¹⁹¹ De ahí que en el ámbito del derecho europeo de la libre competencia, la tesis de que puede haber concurso auténtico (y más precisamente, ideal) entre la contravención de la prohibición de formación de carteles y la contravención de la prohibición de abuso de posición de mercado dominante cuenta con reconocimiento jurisprudencial y doctrinal. Véase sólo Frenz, *Europäisches Kartellrecht*, n.m. 278 ss.

La prohibición de juzgamiento múltiple

También en el contexto intrajurisdiccional puede presentarse, tal como ya se anunciara, la pregunta acerca de la aplicabilidad de una prohibición de juzgamiento (sucesivo o simultáneo) múltiple en relación con un mismo hecho. Aquí son pertinentes sin más las observaciones ya planteadas en cuanto a la inviabilidad de postular criterios generales respecto de la operatividad de las excepciones de cosa juzgada (material) y litispendencia, sin considerar las definiciones del respectivo contexto regulativo.

A primera vista, cabría sugerir la posibilidad de que, para el ámbito regulativo al cual se encuentra referido el DL 211, se hiciera aplicable un principio de persecución única en los términos del Art. 1º del Código Procesal Penal, cuyo alcance fuese examinado más arriba.¹⁹² Lo cual podría parecer especialmente apropiado si se adoptara la tesis de una identidad cualitativa entre la potestad sancionatoria cuyo ejercicio es reglamentado por el Derecho Penal y la potestad sancionatoria cuyo ejercicio es reglamentado por el DL 211. En contra de esto, sin embargo, cabe esgrimir la siguiente consideración: el Art. 29 del DL 211 hace supletoriamente aplicables las normas de los dos primeros libros del Código de Procedimiento Civil, “en todo aquello que no sea incompatibles” con la forma del procedimiento establecida en los artículos anteriores. Y dentro de las disposiciones del Libro I del Código de Procedimiento Civil se encuentra el Art. 177, relativo al alcance de la excepción de cosa juzgada, estableciendo una exigencia de triple identidad: la “identidad legal de personas”; la “identidad de la cosa pedida”, y la “identidad de la causa de pedir”.

Lo anterior no modifica, ciertamente, que esa tradicional exigencia de triple identidad se considere, con razón, obsoleta de cara a la articulación precisa de la prohibición de juzgamiento (o persecución) múltiple en el ámbito del derecho sancionatorio.¹⁹³ Es claro, por ejemplo, que la exigencia de “identidad legal de personas” tendría que entenderse circunscrita a la posición de la persona en contra de quien se ejerce la respectiva pretensión sancionatoria, sin concernir, en cambio, la posición de quien ejerce dicha pretensión (el Fiscal Nacional Económico o cualquier persona), en la medida en que la pretensión sancionatoria, en virtud de su carácter pública, precisamente no es relativa a quien la ejerce.

La cuestión es, más bien, si en virtud de lo establecido en el Art. 29 del DL 211 haya que articular dicha prohibición de un modo no necesariamente coincidente con el alcance del principio de única persecución establecido en el Art. 1º del Código Procesal Penal. Una respuesta afirmativa a esta pregunta pasa por la viabilidad de dotar a la noción tradicional de “identidad de la causa de pedir” de un sentido congruente con la función de la prohibición de juzgamiento múltiple como estándar de derecho sancionatorio. Y si es posible interpretar “identidad de la cau-

¹⁹² Véase *supra*, 4.2.2.

¹⁹³ Véase *supra*, 5.3.1.

sa de pedir” como “identidad de fundamento”, entonces esta identidad de fundamento debe ser relativa a la específica pretensión sancionatoria. Esto tendría que resultar en la adopción de un concepto más estricto de hecho en sentido procesal, en comparación con el que rige en el ámbito procesal-penal, en términos tales que si tras un primer juzgamiento -con resultado condenatorio o absolutorio- se hiciera valer una pretensión sancionatoria respecto del mismo conjunto de circunstancias de hecho, pero bajo una diferente calificación típica, no cabría reconocer una eventual excepción de cosa juzgada.¹⁹⁴ Así, de producirse un primer juzgamiento relativo a determinados “hechos, actos o convenciones” bajo su calificación como constitutivos de una práctica concertada resultante en una obtención de poder de mercado, nada obstaría a que esos mismos “hechos, actos o convenciones” pudieran ser objeto de un juzgamiento posterior bajo su calificación como constitutivos de una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, dado que, en principio al menos, las respectivas pretensiones sancionatorias no exhibirían una “identidad de fundamento”.

Aquí es oportuno mostrar que el alcance de la prohibición de juzgamiento múltiple que se sigue de la interpretación recién sugerida también resulta congruente con su aplicación frente a casos no ya de juzgamiento sucesivos, sino de juzgamientos simultáneos; esto es, para los efectos de hacer operativa la excepción de litispendencia, reconocida legalmente bajo el Libro II del Código de Procedimiento Civil (Art. 303 N° 3), al cual se remite el Art. 29 del DL 211. Para esto, basta con considerar un muy recientemente pronunciamiento jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el cual, por sentencia de 24 de enero de 2011, rol N° C211-10, acogiera una excepción de litispendencia en el marco de un proceso relativo a “los mismos hechos” que eran objeto, en paralelo, de otro proceso llevado ante el mismo tribunal, encontrándose este último asunto en conocimiento de la Corte Suprema tras haberse interpuesto un recurso de reclamación en contra de la sentencia pronunciada por el tribunal.

Al fundamentar su decisión de acoger la excepción de litispendencia, el tribunal ofreció, en primer término, la consideración de que los hechos que configuraban el objeto procesal en el asunto ya fallado y sometido por vía de reclamación al conocimiento de la Corte Suprema y los hechos que fueran objeto de la denuncia posterior “constituyen todos ellos el elemento fáctico de una única conducta supuestamente infraccional para efectos de su juzgamiento en esta sede” (c. 11), lo cual fuera reforzado por la consideración ulterior de que los mismos representarían “una unidad, pues constituyen todos ellos el presupuesto fáctico de una misma conducta presuntamente anticompetitiva” (c. 15). Es especialmente afortunado que, bajo esta formulación, el tribunal ponga de manifiesto la doble cuestión de identidad de la cual depende el reconocimiento de una “unidad de acción contravencional o infraccional”, en pleno paralelismo al reconocimiento de

¹⁹⁴ Dicho técnicamente: el concepto de hecho en sentido procesal que ha de reclamar aplicación bajo el DL 211, en referencia al Art. 177 del Código de Procedimiento Civil, no es un concepto extensional, sino un concepto intensional de hecho.

una “unidad de acción delictiva” en los términos del Derecho Penal: ha de tratarse de una misma descripción de una forma de comportamiento contravencional, que se vea realizada una sola vez.¹⁹⁵

Lo fundamental es que, inmediatamente a continuación, el tribunal haya explicitado la conexión entre esta última cuestión de doble identidad y las condiciones de admisibilidad de la excepción de litispendencia:

“[...] si se juzgaran los actos objeto de la demanda en estos autos, se infringiría el principio de *non bis in idem* que, en su manifestación procesal, busca evitar que una misma persona sea sometida a procesos simultáneos en razón de una misma supuesta infracción y respecto de la cual existe una misma pretensión sancionatoria [...]” (c. 16).

El tribunal asumió, de esta manera, que en el ámbito de su competencia la prohibición de juzgamiento múltiple que se deriva del principio *ne bis in idem* es aplicable siempre que el objeto de uno y otro juzgamiento sea idéntico, y asumió, además, que esto último es el caso siempre que se trate de una misma (presunta) infracción respecto de la cual exista “una misma pretensión sancionatoria”. Esto muestra que el tribunal reconoce la exigencia de una identidad de fundamento como presupuesto de aplicabilidad de la prohibición de juzgamiento múltiple, lo cual resulta exigido, según ya se viera, por la remisión del Art. 29 del DL 211 a las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

Es inequívoco que, de acuerdo con esta solución, el alcance de la prohibición de juzgamiento múltiple bajo el DL 211 provee una garantía más débil que la provista por el principio de persecución única consagrado en el Art. 1º del Código Procesal Penal. Pero ello está lejos de resultar inadmisibles, en la medida en que el régimen sancionatorio aplicable en materia de contravenciones al derecho de la libre competencia es un régimen sancionatorio considerable menos “aflictivo” que el régimen jurídico-penal.

iii. *El contexto interjurisdiccional*

¿Aplicabilidad del Art. 13 del Código Procesal Penal?

Finalmente, resta examinar el alcance que el principio *ne bis in idem* ha de exhibir, en el marco del régimen sancionatorio del DL 211, en atención al eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias por parte de órganos jurisdiccionales o administrativos extranjeros, con arreglo al derecho aplicable por esos mismos órganos. Tal como ya se sostuviera, es en tal contexto (interjurisdiccional) que el principio *ne bis in idem* muestra un menor grado de perentoriedad, dado que aquí se trata

¹⁹⁵ Véase *supra*, 4.1.2.

de la medida en que el ordenamiento jurídico de un Estado puede llegar a reconocer eficacia al ejercicio (exitoso o fallido) de pretensiones sancionatorias por parte de órganos de otro Estado, lo cual presupone una relación de reconocimiento mutuo que es, por definición, políticamente contingente. No existiendo un régimen que imponga al Estado de Chile una limitación al ejercicio de sus potestades jurisdiccionales y sancionatorias en atención al eventual ejercicio de potestades semejantes por parte de órganos extranjeros, el legislador tiene plena prerrogativa de decisión para determinar si y en qué grado pudiera tener lugar tal reconocimiento.¹⁹⁶

Por ello, la identificación de un estándar normativo que pudiera ser vinculante para el ejercicio de jurisdicción por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se ve enfrentada a un considerable déficit de certeza en este contexto. Desde ya, hay que advertir que aquí no vienen en consideración normas del Código de Procedimiento Civil que pudieran resultar aplicables a través de la regla de remisión del Art. 29 del DL 211. Pues el Código de Procedimiento contempla, en su Libro I, normas sobre ejecución de resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros, en circunstancias, sin embargo, que aquí no se trata de la ejecución de tales resoluciones, sino más bien de su eventual reconocimiento como razón para inhibir el ejercicio de potestades sancionatorias que pertenecen a la esfera de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Y además, hay que advertir que, en este contexto, es necesario determinar el alcance del principio *ne bis in idem* no sólo frente a la actividad de tribunales extranjeros, sino muy fundamentalmente también frente a la actividad sancionatoria de órganos administrativos que no ejercen funciones propiamente jurisdiccionales. Todo lo cual presupone, desde luego, que efectivamente exista un ejercicio concurrente de potestades sancionatorias por parte de un órgano de otro Estado. Pues por el contrario, si lo que viene en consideración no es más que una eventual medida de carácter no coercitivo, o bien un compromiso de contribución pecuniaria voluntariamente acordado, ni siquiera puede entrar a discutirse acerca de la eventual aplicabilidad del principio *ne bis in idem* en este contexto.

Luego, la pregunta podría replantearse en términos de la eventual aplicabilidad, por analogía, de la regla del Art. 13 del Código Procesal Penal, que establece, según ya se analizara, el alcance de las prohibiciones de punición y juzgamiento múltiple para los efectos del ejercicio de jurisdicción en el ámbito jurídico-penal, en el contexto interjurisdiccional. Y la respuesta tendría que ser afirmativa, siempre que pudiera sostenerse que el estándar ahí fijado ha de tomarse como un estándar generalizable para el ejercicio de cualquier potestad auténticamente sancionatoria. Esta es, sin embargo, una cuestión especialmente incierta, dado que no hay razones suficientes para pretender que el principio *ne bis in idem* pudiera resultar vinculante, en este contexto interjurisdiccional, sin declaración expresa del legislador respectivo. En el marco del derecho de la libre competencia de la Unión Europea, por ejemplo, se encuentra asentado el criterio de que las prohibiciones de juzgamiento y sanción

¹⁹⁶ Esto no se ve alterado, como es obvio, por la eventual existencia de acuerdos de cooperación internacional que no conciernan al ejercicio de tales potestades, sino a otros aspectos operativos de la persecución de comportamientos contravencionales.

múltiple en principio no pueden reclamar aplicación frente a persecuciones e imposición de sanciones por parte de órganos estatales no vinculados a la Unión.¹⁹⁷ Y cabe recordar aquí que es una consideración similar la que explica la pervivencia de la doctrina de la soberanía dual como excepción a la prohibición de doble exposición de la Quinta Enmienda de la Constitución federal de los EE.UU.¹⁹⁸

En consecuencia, puede partirse de la base que el principio *ne bis in ídem* no puede reclamar aplicación al interior del contexto interjurisdiccional, sin que haya una decisión legislativa en tal sentido. Ahora bien, puede quedar abierta la pregunta de si la decisión legislativa expresada en el Art. 13 del Código Procesal Penal admite ser interpretada en términos de su generalización al ámbito regulativo del DL 211. Pero es importante establecer cuáles serían las consecuencias a extraer de la eventual aplicabilidad de ese estándar en el ámbito que ahora interesa.

Los límites de la prohibición de juzgamiento y sanción múltiple

De acuerdo con lo establecido más arriba, la prohibición de juzgamiento y sanción múltiple consagrada en el Art. 13 del Código Procesal Penal presupone que el ejercicio de jurisdicción por el tribunal chileno se encuentra referido no meramente al mismo hecho (en sentido extensional), sino al mismo delito al cual se refiriera la sentencia (condenatoria o absolutoria) pronunciada por el órgano extranjero. Ésta es una consideración decisiva, ya que, bajo la hipótesis de que el mismo estándar resultara aplicable al derecho contravencional de la libre competencia, sólo podría afirmarse una vulneración del principio *ne bis in ídem* en la medida en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pretendiera llevar a efecto un juzgamiento o -en su caso- imponer sanciones por la misma contravención o infracción que hubiese sido objeto de persecución por parte del órgano extranjero. Siempre que las respectivas contravenciones no sean idénticas, por el contrario, el principio *ne bis in ídem* no podría reclamar aplicación frente al ejercicio de las potestades correspondientes por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Aquí es fundamental observar, de paso, que la determinación de la posible identidad entre una y otra infracción, que pudiera activar la aplicación del principio *ne bis in ídem*, presupone que el tribunal establezca en qué consiste exactamente la eventual infracción. Por esta razón, resulta excluida la posibilidad de que, en los términos de la prohibición de juzgamiento múltiple, una eventual excepción de cosa juzgada pudiera resultara operativa para inhibir el inicio del proceso correspondiente. Pues sólo en el marco del proceso respectivo podría llegar a establecerse cuáles son los hechos eventualmente constitutivos de la infracción que cae bajo el ámbito de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de manera que éste pueda determinar, a su vez, si entre dicha eventual infracción y una infracción que

¹⁹⁷ Véase Frenz, *Europäisches Kartellrecht*, n.m. 1595 ss.

¹⁹⁸ Véase *supra*, 3.2.3.

hubiese sido objeto persecución o fundamento de imposición de una o más sanciones por parte de un órgano extranjero pudiera existir una relación de identidad que impidiese la continuación de su juzgamiento en el marco de un ejercicio de jurisdicción por el tribunal con arreglo a los términos del Art. 13 del Código Procesal Penal.

En conformidad con los criterios que ya se han analizado a lo largo del presente informe, es fácil determinar bajo qué condiciones cabe afirmar la falta de identidad de las respectivas infracciones. Siempre que las descripciones de las respectivas formas de comportamiento no sean (total o parcialmente) idénticas, de manera tal que los respectivos contenidos de ilicitud de una y otra sean recíprocamente independientes, habrá que reconocer la falta de identidad de las infracciones. Así por ejemplo, si una persona (natural o jurídica) hubiese sido sancionada en el extranjero por una infracción constitutiva de prácticas concertadas entre competidores, esa misma persona podría ser perfectamente sometida a juzgamiento y a la imposición de sanciones, por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de resultarle imputable una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, con total independencia de que el sustrato fáctico de una y otra infracción se corresponda con un mismo hecho o conjunto de hechos (en sentido *extensional*).

Pero ese no es, ciertamente, el único caso posible. Cabría imaginar, también a modo de ejemplo, que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tuviera que conocer de una pretensión relativa a una supuesta infracción constitutiva de la adopción de acuerdos o prácticas concertadas que confieran poder de mercado, respecto de una persona (natural o jurídica) que ya hubiese sido sancionada por parte de un órgano extranjero, por una infracción que consistiera en la realización de esa misma descripción de forma de comportamiento, y cuyo sustrato fáctico fuese el mismo. Esto no bastaría, sin embargo, para concluir que entonces sí operaría una prohibición de un nuevo juzgamiento o una sanción para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, puesto que ello no alcanza para afirmar que una y otra infracción sean una y la misma (en sentido *intensional*). Pues es enteramente posible que el contenido de ilicitud de una y otra infracción sea distinto, en la medida en que el mercado respectivamente protegido, bajo una y otra descripción, no sea el mismo. Es decir: si los acuerdos alcanzados o las prácticas concertadas entre los respectivos competidores producen efectos en el mercado protegido a través de las normas del DL 211, entonces esos acuerdos o prácticas constituirán una infracción relativa al objeto de protección de las prohibiciones reforzadas por las normas de sanción del DL 211; y esta infracción por definición no podrá ser la misma infracción que aquella consistente en la realización de la descripción relativa al mercado cuya protección compete al ordenamiento jurídico cuyas normas son aplicadas por el órgano extranjero. El específico contenido de ilicitud de la infracción relevante bajo el DL 211 es independiente, entonces, del contenido de ilicitud de la infracción sometida a las potestades del órgano extranjero.

Precisamente, tal es la solución que se ha impuesto en el marco del derecho europeo de la libre competencia: siendo diferente el ámbito geográfico de incidencia, las respectivas infracciones ameritan persecuciones e imposición de sanciones múltiples, sin que quepa reconocer una vulneración del principio *ne bis in idem*, y sin que siquiera resulte procedente un cómputo del monto de las multas impuestas

en otro territorio jurisdiccional para los efectos de determinar la cuantía de la multa a ser impuesta en otro territorio jurisdiccional.¹⁹⁹ En cuanto a lo primero, es oportuno considerar la contundencia de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto “Tokai Carbon”, T-236/01, el año 2004:

“Dadas estas circunstancias, resulta *a fortiori* imposible aplicar en el presente asunto el principio *non bis in idem*, pues es evidente que los procedimientos tramitados y las sanciones impuestas por la comisión, por una parte, y por las autoridades norteamericanas y canadienses, por otra, no persiguen los mismos objetivos. En el primer caso se trata de impedir que se falsee el juego de la competencia en el territorio de la Unión Europea o en el EEE, mientras que en el segundo caso el mercado que se trata de proteger es el mercado norteamericano o el canadiense (véase en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, Buchler/Comisión, 44/69, Rec. p. 733, apartados 52 y 53). La aplicación del principio *non bis in idem* está supeditada no sólo a la coincidencia de los hechos constitutivos de la infracción y de las personas sancionadas, sino también a la existencia de un único bien jurídico protegido (conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo Colomer de 11 de febrero de 2003, Italcementi/Comisión, C213/00 P, Rec. p. I0000, punto 89)” (n.m. 134).

El tribunal reforzaba su toma de posición de la mano de la siguiente de observación:

“El alcance del principio de prohibición de la acumulación de sanciones, tal como lo consagra el artículo 4 del Protocolo nº 7 del CEDH, reafirma la conclusión anterior. Se deduce del tenor de dicho artículo que este principio tiene por única consecuencia impedir que los tribunales de un Estado juzguen o sancionen una infracción por la que la persona procesada ya haya sido absuelta o condenada en dicho Estado” (n.m. 135).

Y en cuanto a lo segundo, esto es, a la improcedencia siquiera de un cómputo de la cuantía de multas impuestas por órganos de otros Estados, considérese lo resuelto asimismo por el mismo tribunal en el asunto “Archer Daniels”, T-224/00, de 2003:

“Incluso en el supuesto de que la condena de las prácticas colusorias relativas a la lisina pudiera distinguirse de la condena de las prácticas colusorias relativas al ácido cítrico, es preciso recalcar que, aunque la sentencia dictada en Estados Unidos alude al hecho de que las prácticas colusorias relativas a la lisina tenían por objeto restringir la producción

¹⁹⁹ Así Frenz, *Europäisches Kartellrecht*, n.m. 1595 ss.

y aumentar los precios de la lisina «en Estados Unidos y en otros lugares», no se ha acreditado en absoluto que la condena dictada en Estados Unidos haya sancionado aplicaciones o efectos de estas prácticas colusorias distintos de los que se produjeron en dicho país (véase en este sentido la sentencia de 14 de diciembre de 1972, Boehringer/Comisión, antes citada, apartado 6) y en particular los producidos en el EEE, algo que por lo demás hubiera supuesto una intromisión manifiesta en la competencia territorial de la comisión. Esta última observación se aplica igualmente a la condena impuesta en Canadá. A este respecto, se deduce de los debates mantenidos en la vista que las multas impuestas por los tribunales norteamericanos y canadienses se calcularon partiendo del volumen de negocios de ADM Company en el territorio de estos dos estados” (n.m. 103).

Lo anterior no representa más que la explicitación de una consideración elemental acerca de la configuración de los regímenes de derecho sancionatorio. Pues según ya se sugiriera más arriba, la funcionalidad propia de una sanción en sentido estricto concierne a una pretensión de reafirmación de la autoridad del derecho respectivamente quebrantado.²⁰⁰ Y cada Estado nacional puede pretender, con toda legitimidad, reafirmar la vigencia de sus propias normas a través del ejercicio de las potestades sancionatorias que su respectivo ordenamiento confiere a sus órganos competentes al efecto.

Recapitulación: el principio ne bis in idem como estándar para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el contexto interjurisdiccional

Para finalizar, puede ser oportuno especificar, a modo de recapitulación del análisis propuesto en la presente subsección, cuál es la medida precisa en que el principio *ne bis in idem* ha de operar como estándar vinculante para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, específicamente en el contexto interjurisdiccional, asumiendo (sólo) por vía de hipótesis, por las razones ya planteadas, la aplicabilidad del Art. 13 del Código Procesal Penal.

De acuerdo con lo ya sostenido, la exigencia de que se trate de uno y el mismo “delito” se traduce, desde ya, en una importante relativización del alcance de la prohibición de juzgamiento múltiple en este contexto. Pues el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sólo podrá establecer en qué consiste la eventual infracción de cuya posible identidad con una infracción que ha sido objeto del ejercicio de una pretensión sancionatoria por parte de un órgano extranjero en la medida en que dé curso, inicialmente al menos, al proceso correspondiente. La excepción de cosa juzgada, por lo mismo, sólo podría resultar operativa una vez que el tribunal haya podido efectuar tal determinación.

²⁰⁰ Véase *supra*, 2.1.

Para la determinación de la posible relación de identidad entre la eventual infracción en relación con la cual el tribunal pudiera ejercer sus potestades jurisdiccionales y sancionatorias, por una parte, y una o más infracciones que pudieran haber sido objeto de conocimiento y fundamento de imposición de sanciones por parte de órganos extranjeros, por otra, es imprescindible tener en cuenta que la identidad o falta de identidad ha de ser evaluada en atención al específico contenido de ilicitud de las infracciones en cuestión.

Así, no habría identidad entre dos infracciones, una sometida a una jurisdicción extranjera y otra sometida a la jurisdicción chilena, en caso de que, por ejemplo, una infracción sea constitutiva de un abuso de posición dominante y la otra infracción sea constitutiva de una colusión en la fijación de precios. Y esto, porque en tal situación no se da, en efecto, una relación de identidad, desde el punto de vista de su específico contenido de ilicitud, entre la descripción abstracta de una y otra infracción.

Pero tampoco habrá identidad entre dos infracciones, una sometida a una jurisdicción extranjera y otra sometida a la jurisdicción chilena, en el caso de que, por ejemplo, una infracción sea constitutiva de una colusión en la fijación de precios que afecta el mercado protegido por el ordenamiento jurídico del Estado extranjero en cuestión y la otra sea constitutiva de una colusión en la fijación de precios que afecte el mercado protegido por las normas del DL 211. Pues en este caso sólo a primera vista podría pensarse que hay identidad entre la descripción abstracta de una y otra descripción. Más bien, en la medida en que los mercados protegidos bajo el derecho de uno y otro Estado sean distintos, las respectivas descripciones no pueden ser consideradas idénticas: una infracción que consiste en la realización de la descripción “adoptar acuerdos o prácticas concertadas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado X” no es idéntica a una infracción que consiste en la realización de la descripción “adoptar acuerdos o prácticas concertadas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado Y”, precisamente porque el específico contenido de ilicitud de una y otra es divergente en relación con el objeto de protección de una y otra norma. Y aquí es enteramente irrelevante que los acuerdos o las prácticas concertadas en referencia a uno y otro mercado pudieran haber sido adoptados a través de una misma definición marco por parte de dos o más competidores. Pues en tal caso, recurriendo por analogía a las categorías del Derecho Penal, lo que habría que reconocer es una unidad de hecho, esto es, un concurso ideal entre las distintas infracciones. Y lo fundamental es que un concurso ideal, en lo que aquí interesa, sigue siendo un concurso auténtico entre dos o más infracciones que exhiben un diferente contenido específico de ilicitud.

Distinto sería el caso, ciertamente, si la legislación de libre competencia de un Estado extranjero tipificara infracciones en atención a la protección de la libre competencia en los mercados chilenos. Pero nada sugiere que ello pudiera materializarse sino en el marco de la implementación de políticas bilaterales o regionales de cooperación internacional, como sucede en el ámbito de la Unión Europea. No existiendo iniciativas de tales características en relación con los mercados chilenos, la protección de la libre competencia al interior de estos mercados es algo que incumbe exclusivamente, al menos por el momento, al Estado chileno, que para estos efectos actúa a través del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

V. CONCLUSIONES

Es posible diferenciar dos sentidos, uno estricto y otro amplio, del concepto de Derecho Administrativo sancionatorio. El derecho contravencional de la libre competencia, de acuerdo con su régimen bajo el ordenamiento jurídico chileno, cuenta como instancia de Derecho Administrativo sancionatorio en sentido amplio.

Los estándares mínimos de control de la potestad sancionatoria aplicables a las distintas variantes de derecho sancionatorio han de encontrarse intrínsecamente asociados a una noción funcional de sanción. La función específicamente distintiva de una sanción en sentido estricto consiste en la reafirmación de la pretensión de validez del derecho ante su quebrantamiento. Esto posibilita identificar un conjunto de garantías que han de ser aplicables por estar en juego el ejercicio de potestades sancionatorias.

Que el principio *ne bis in idem* forme parte de ese conjunto de garantías no alcanza a prejuzgar, sin embargo, cuál haya de ser su configuración específica en el ámbito regulativo del cual se trate.

En el Derecho Penal de influencia europeo-continental, el principio *ne bis in idem* es entendido como la conjunción de un estándar de adjudicación (al modo de una prohibición de punición múltiple) y un estándar de clausura procesal (al modo de una prohibición de juzgamiento múltiple). El alcance del principio se encuentra circunscrito, *prima facie*, al ámbito correspondiente a la respectiva jurisdicción estatal.

En el ámbito del Derecho Penal de los E.E.U.U. de Norteamérica, ambas dimensiones del principio se encuentran expresadas en la cláusula de la “doble exposición” de la Quinta Enmienda de la Constitución federal. A este respecto, destacan tanto la controversia en torno a la interpretación de la expresión “un mismo delito” como la restricción del alcance de la cláusula que se sigue de la así llamada “doctrina de la soberanía dual”.

Es en todo caso imprescindible diferenciar los contextos en que puede llegar a activarse la aplicación del principio *ne bis in idem*, dado que el respectivo contexto determina el alcance específico que exhibe el principio. A este respecto, es posible diferenciar dos contextos básicos: el contexto interjurisdiccional (definido por el ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias por parte de órganos de dos o más Estados) y el contexto intra jurisdiccional (definido por el ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias por parte de órganos de un mismo Estado). Al interior de este último, cabe diferenciar, a su vez, dos subcontextos: el (sub)contexto interprocesal (definido por la concurrencia de pretensiones sancionatorias entabladas en procesos distintos) y el (sub) contexto intraprocésal (definido por la concurrencia de pretensiones sancionatorias entabladas en un mismo proceso).

En el marco del Derecho Penal chileno, es imprescindible diferenciar los varios sentidos atribuibles a la expresión “un mismo hecho”, tal como ésta aparece en la formulación del principio *ne bis in idem*. Así, cabe reconocer un concepto procesal de hecho, por oposición al concepto de hecho propio del Derecho Penal sustantivo, siendo. A la vez, dentro del ámbito del derecho propio del penal sustantivo es posible distinguir entre un concepto de “hecho delictivo” y un concepto de “unidad de hecho”; la relevancia de este último concepto se circunscribe a la aplicación de las

reglas sobre concursos de delitos.

En el derecho chileno, el principio *ne bis in idem* se hace operativo, en el contexto intraprocésal, a través de las categorías de la unidad de acción (u omisión) delictiva y del concurso aparente o impropio de delitos. En el contexto interprocésal, el principio se encuentra expresamente consagrado, al modo de una prohibición de juzgamiento múltiple, en el Art. 1° del Código Procesal Penal. Por último, en el contexto interjurisdiccional, el principio exhibe un alcance considerablemente menor, en una y otra dimensión, en conformidad con las restricciones impuestas por el Art. 13 del Código Procesal Penal.

En el ámbito general del derecho sancionatorio, el estatus del principio *ne bis in idem* resulta más incierto. Del principio general de proporcionalidad sólo se deriva, directamente, una prohibición de sanción múltiple por el mismo hecho, que como tal sólo es vinculante para el o los órganos competentes para la imposición de las sanciones. Lo mismo no puede decirse de la prohibición de juzgamiento múltiple. Para establecer el posible alcance de la garantía en este ámbito, es necesario diferenciar dos frentes: el intercompetencial y el intracompetencial, según si las pretensiones sancionatorias concurrentes pertenecen a órdenes de competencia heterogéneos u homogéneos.

En el frente intercompetencial, definido por la posible concurrencia de pretensiones sancionatorias de carácter penal y de carácter administrativo, no basta con considerar la cuestión de la diferencia cuantitativa o cualitativa entre las sanciones penales y las sanciones administrativas para responder la pregunta acerca de una eventual prioridad de una sobre la otra. En el derecho chileno, no existe una manifestación concluyente de una voluntad legislativa contraria a la acumulación de sanciones de una y otra clase, resultando más bien reconocible un favorecimiento legislativo de la solución inversa, esto es, de la posibilidad de acumulación de sanciones de carácter penal y de carácter administrativo. En el marco del derecho chileno, por ende, no es posible fundamentar una prohibición de juzgamiento múltiple en el ámbito de potencial entrecruzamiento del Derecho Penal y el derecho contravencional de la libre competencia. Esto tiene relevancia para el problema de si en relación con un mismo asunto pudieran conducirse, en paralelo, tanto un enjuiciamiento jurídico-penal, por la eventual perpetración de un hecho delictivo, como un enjuiciamiento bajo el DL 211 por alguna eventual contravención del derecho de la libre competencia: en este escenario, y en virtud de la heterogeneidad de las pretensiones sancionatorias eventualmente concurrentes, en principio no existe riesgo alguno de una contravención del principio *ne bis in idem*.

En el frente intracompetencial, por su parte, definido por la posible concurrencia de múltiples pretensiones sancionatorias de carácter administrativo, ha de regir la máxima de que el principio *ne bis in idem* no puede en caso alguno exhibir un alcance mayor que en el ámbito del Derecho Penal. Esto no significa, sin embargo, que dicho alcance deba ser idéntico. Antes bien, es necesario examinar en cada contexto particular cuál ha de ser el alcance específico del principio en su doble dimensión de estándar sustantivo y estándar procesal, reconociendo como límite máximo, en cada caso, el alcance que, en el ámbito jurídico-penal, el principio muestra en el respectivo contexto. En el contexto intraprocésal, la admisibilidad de una posible concurrencia de múltiples pretensiones sancionatorias de carácter administrativo ha

der ser evaluada en términos de si a las respectivas infracciones concurrentes corresponde un contenido de ilicitud independiente. En el contexto interprocesal, en cambio, resulta más difícil identificar pautas generales acerca del eventual alcance de excepciones de cosa juzgada y de litispendencia. Y esa dificultad se agudiza aún más en el contexto interjurisdiccional, puesto que aquí se hace determinante la circunstancia de que un Estado cualquiera sólo puede ver condicionado el ejercicio de sus propias potestades jurisdiccionales y sancionatorias, en la medida en que ese mismo Estado se someta a una restricción de tal naturaleza.

El principio *ne bis in ídem* en ningún caso obsta a la imposición conjunta de sanciones propiamente tales y otras medidas de carácter no-sancionatorio, y tampoco resulta aplicable frente compromisos de prestación pecuniaria establecidos mediante acuerdos. Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones múltiples, cabe recurrir a los criterios que hacen posible reconocer el eventual carácter aparente del respectivo concurso de infracciones.

En el contexto interprocesal, y para los efectos de la aplicación de las normas del DL 211, no resulta aplicable el estándar fijado en el Art. 1º del Código Procesal en cuanto a la prohibición de juzgamiento múltiple, puesto que el Art. 29 del DL 211 se remite, más bien, a las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil. En esta medida, resultando aplicables las excepciones de cosa juzgada y litispendencia en conformidad con las reglas del procedimiento civil, que en todo caso exigen la existencia de una identidad de fundamento.

En el contexto interjurisdiccional, y también para los efectos del régimen sancionatorio del derecho de la libre competencia, la vigencia del principio *ne bis in ídem* resulta considerablemente más incierta, pudiendo favorecerse, en atención a los antecedentes de Derecho Comparado, la tesis de la inaplicabilidad del principio. La otra posibilidad viene dada por una aplicación analógica de las reglas del Art. 13 del Código Procesal Penal. En este último caso, una persecución o una imposición de sanciones por parte de un órgano extranjero tampoco es obstáculo al ejercicio de la potestad sancionatoria propia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la medida en que el específico contenido de ilicitud de las respectivas infracciones, en atención a las variables relevantes para cada ordenamiento jurídico, no sea el mismo. En particular, habrá que negar una vulneración del principio *ne bis in ídem* en la medida en que se trate de la imposición de sanciones por una infracción que no exhibe el mismo contenido de ilicitud que la infracción que pudiera haber sido objeto de una persecución o fundamento de la imposición de sanciones por parte de un órgano extranjero. Esta falta de identidad en cuanto al respectivo contenido de ilicitud no sólo puede darse si son diferentes las descripciones de las respectivas formas de comportamiento, sino también si son diferentes los mercados respectivamente protegidos bajo la legislación de uno y otro Estado. A favor de esto hablan no sólo consideraciones de Derecho Comparado, sino también la noción misma de sanción en sentido funcional.