



Universidad de
los Andes > **FACULTAD
DE DERECHO**

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL

**SANCIÓN PENAL
Y SANCIÓN
ADMINISTRATIVA.
DOBLE VALORACIÓN
DESPUÉS DEL ART. 78 BIS
DEL CÓDIGO PENAL**



COLEGIO DE ABOGADOS
DE CHILE A.G.



Thomson Reuters™

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

Análisis del mecanismo de “compensación” sancionatoria establecido en el artículo 78 bis del Código Penal incorporado por la Ley N° 21.595, sobre delitos económicos	3
<i>Analysis of the sanctioning “compensation” mechanism established in article 78 bis of the Penal Code, incorporated by Law N° 21.595, on Economic Crimes</i>	
<i>Rosa Fernanda Gómez González</i>	
Artículo 78 bis del Código Penal. Propuesta de interpretación.....	19
<i>Article 78 bis of the Criminal Code. Interpretation proposal</i>	
<i>Magdalena Ossandón Widow</i>	

II. COMENTARIOS DE SENTENCIAS

Comentario a la SCS de 18 de junio de 2018 (Rol N° 30176-2017). Acumulación de sanciones penales y administrativas por un mismo hecho y nuevo artículo 78 bis del Código Penal	43
<i>Javier Escobar Veas</i>	
Comentario a la SCA de Temuco de 20 de febrero de 2024 (Rol N° 16-2024).....	61
<i>Rodrigo Andrés Guerra Espinosa - Eduardo Riquelme Portilla</i>	
Comentario sentencia SCS 15 de junio de 2020 (Rol N° 22970-2019).....	71
<i>Juan Sebastián Vera Sánchez</i>	

III. SENTENCIAS CLASIFICADAS

Agravante y calificante.....	81
Clases y efectos de la doble valoración	87
Concurso de normas y concurso de delitos	101
Doble faceta: sustantiva y procedimental	107
Doble valoración y determinación de pena	111
Doble valoración en la incriminación	119
Exigencias para establecer doble valoración.....	127
Fundamentos y requisitos de la doble valoración	135
<i>Non bis in idem</i> en el Derecho administrativo sancionatorio	141
Sanción penal y sanción administrativa	147

I. ESTUDIOS



ANÁLISIS DEL MECANISMO DE
“COMPENSACIÓN” SANCIONATORIA ESTABLECIDO
EN EL ARTÍCULO 78 BIS DEL CÓDIGO PENAL
INCORPORADO POR LA LEY N° 21.595,
SOBRE DELITOS ECONÓMICOS

ANALYSIS OF THE SANCTIONING “COMPENSATION” MECHANISM ESTABLISHED
IN ARTICLE 78 BIS OF THE PENAL CODE, INCORPORATED BY LAW N° 21.595,
ON ECONOMIC CRIMES

ROSA FERNANDA GÓMEZ GONZÁLEZ*

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es analizar si el mecanismo de compensación sancionatoria establecida en el artículo 78 bis del Código Penal se encuentra en armonía con el principio de non bis in idem. Al efecto, se sostiene que dicho precepto permite la doble punición o castigo penal y administrativo, aunque establece una regla de abono de la multa, suspensión o inhabilitación impuestas en la primera sede (sea penal o administrativa), vulnerando con ello la vertiente procedimental del principio y configurando una sobreacción del ordenamiento jurídico simplista que desvirtúa el fundamento de proporcionalidad sobre el cual reside el non bis in idem.

PALABRAS CLAVE: Non bis in idem, proporcionalidad, regla de abono, seguridad jurídica.

ABSTRACT: The objective of this paper is to analyze whether the mechanism of compensation for penalties established in article 78 bis of the Criminal Code is in harmony with the principle of non bis in idem. To this end, it is argued that this provision allows double penal and administrative punishment, although it establishes a rule for the payment of the fine, suspension or disqualification imposed in the first instance (whether penal or administrative), thereby violating the procedural aspect of the principle and configuring an overreaction of the simplistic legal system that distorts the basis of proportionality on which non bis in idem resides.

KEYWORDS: Non bis in idem, proportionality, payment rule, legal certainty.

* Abogada. Magíster en Derecho Regulatorio LLM UC. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actualmente es investigadora y profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes, Chile. Esta investigación cuenta con el apoyo del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11230414 “Análisis dogmático de los mecanismos de protección de la legalidad urbanística en Chile en: revisión y sistematización de las medidas de prevención, restablecimiento de la legalidad y sanción”.

INTRODUCCIÓN¹

El *non bis in idem* procura impedir que un hecho que ha sido sancionado o que ha servido de base para la agravación de una pena sea utilizado nuevamente.² De este modo, si un hecho ha sido tomado en consideración para la aplicación de una pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerlo en cuenta por segunda o ulterior vez para los mismos efectos.³

Su objeto es evitar que se realice una persecución abusiva por parte del Estado en contra de los sujetos que hubiesen cometido un delito,⁴ sea que por un mismo ilícito se pretenda imponer dos penas, que una misma agravante sea apreciada en más de una ocasión o que un mismo hecho se pueda sancionar a la vez con una pena criminal y con una sanción administrativa.⁵ Si en la práctica dos o más preceptos configuran una posible infracción al principio, la autoridad deberá aplicar uno de ellos, pero no todos.⁶

Tradicionalmente, el principio puede ser analizado desde dos perspectivas.⁷ Una de carácter material o sustantiva, conforme a la cual se impide imponer a un sujeto un doble castigo por un mismo hecho y fundamento (proscripción de punición múltiple) y, la otra, de orden procesal, a través de la cual se prohíbe someter a más de un proceso a un mismo sujeto por los mismos hechos y fundamento, tras una decisión judicial firme, sea o no condenatoria, es el efecto negativo de la cosa juzgada (prohibición de juzgamientos múltiples).⁸

¹ Para la elaboración de este trabajo, se ha tenido presente la publicación GÓMEZ, Rosa Fernanda, “El *non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), 2017, pp. 101-138, la cual ha sido actualizada fundamentalmente a partir de fuentes normativas, dogmáticas y jurisprudenciales.

² BUSTOS, Juan, *Obras Completas, Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, I, p. 370.

³ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 108.

⁴ BALMACEDA, Gustavo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 25.

⁵ GARCÍAS PLANAS, Gabriel, Consecuencias del principio «non bis in idem» en Derecho Penal, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 42, 1989, pp. 109-124.

⁶ MIR, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª edición, B de la F Editores, Buenos Aires, 2005, pp. 51 y 651.

⁷ Para Mañalich el *ne bis in idem* no puede ser entendido como “un único principio”, sino que tiene que ser reconstruido como una conjunción de dos estándares: uno sustantivo que importa la prohibición de punición múltiple y, otro, procesal que implica la prohibición de juzgamiento múltiple. Para el autor, ambos estándares son susceptibles de ser diferenciados en atención a sus respectivas condiciones operativas, en MAÑALICH, Juan Pablo, “El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, en *Política Criminal*, 9, 2014, 18, p. 547.

⁸ El Tribunal Constitucional ha señalado que implica una restricción de carácter procesal y una restricción de naturaleza material o sustantiva, que, en principio, vinculan al sentenciador. Como 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, restricción que se identifica con la institución de la

Sin perjuicio de la denominación que se le otorgue,⁹ existe consenso en que la prohibición es un “principio” de carácter amplio y sentido abstracto que se desprende del ordenamiento jurídico y que es relevante para la legitimidad del sistema jurídico y del Estado de Derecho,¹⁰ constituyendo una poderosa garantía contra los abusos del poder estatal sobre los particulares.¹¹

Si bien no existe un consenso respecto de su fundamento, es posible señalar que éste descansaría en múltiples instituciones como la *cosa juzgada*,¹² la *litispendencia*, la *seguridad jurídica*,¹³ la *proporcionalidad*,¹⁴ entre otros.¹⁵

cosa juzgada material o la litispendencia. Como estándar sustantivo de adjudicación, se vincula a aquellos casos en que el hecho objeto del juzgamiento puede satisfacer dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo (concurso de delitos), estándar que obliga al juez, porque la premisa ideológica que subyace a la aplicación del principio en su modalidad de prohibición es la necesidad de evitar las consecuencias de una eventual redundancia legislativa circunstancial, en STC rol N° 2254, cc. 37°, 38° y 39°.

⁹ Tanto la doctrina como la jurisprudencia se refieren indistintamente al *non bis in idem* como derecho, garantía, regla o principio, y, en ocasiones, se ha llegado inclusive a hacer sinónimas estas terminologías.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª edición, Madrid, Civitas, 2020, I, p. 107.

¹¹ SANZ, Ágata, “Aplicación transnacional de la prohibición del *bis in idem* en la Unión Europea”, en *Revista Penal* 21, 2008, p. 3.

¹² CORDERO, Eduardo, *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno* (Santiago, Legal-Publishing Thomson Reuters, La Ley, 2014, p. 264. En el ámbito comparado, Cano señala que el fundamento de la cosa juzgada material (de su efecto negativo o preclusivo) es el *non bis in idem*, y no al contrario. La cosa juzgada es un instrumento procesal que garantiza la prohibición, sin que quepa una identificación absoluta entre ambas instituciones, pues ni la cosa juzgada es el único instrumento de garantía de dicha prohibición ni aquella persigue únicamente garantizar la referida prohibición, CANO, Tomás, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador”, en *Revista de Administración Pública* 156, 2001, pp. 201-202. Por su parte, Nieto rechaza el sustento del principio en la institución de la cosa juzgada, sosteniendo que para efectos del Derecho administrativo sancionador es preciso elaborar una doctrina propia sustentada en las figuras concursales y sobre el análisis y contraste de los hechos constitutivos de los ilícitos, de los sujetos y de los bienes protegidos por las normas, en NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 434-435.

¹³ Resulta contrario a toda lógica que si un asunto fue discutido (en una instancia jurisdiccional o administrativa), sea nuevamente reabierto, manteniendo al particular en una incertidumbre que ningún Estado de Derecho moderno resiste ni debiera tolerar, GÓMEZ, Rosa Fernanda, “El *non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* Valparaíso, 2017, N° 49, p. 106.

¹⁴ La proporcionalidad exige una retribución adecuada entre la gravedad del ilícito imputado y la sanción aplicada, no una “sobre-reacción” del ordenamiento jurídico que atente contra este equilibrio. La proporcionalidad de la sanción constituye una materialización de la garantía de igualdad en la protección de los derechos, si se sanciona dos veces por lo mismo, se afecta la proporcionalidad de la sanción en relación con el ilícito, incurriendo, por consiguiente, en arbitrariedades, GÓMEZ, Rosa Fernanda (2017), “El *non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* Valparaíso, N° 49, p. 106.

¹⁵ Sobre los diversos fundamentos del principio véase el trabajo elaborado por Lucía Alarcón Sotomayor, quien ha efectuado una sistematización conforme a los autores que sostienen cada uno de ellos. Así, García de Enterría y Suay Rincón lo sustentan en el principio de *legalidad*; De León, Del Rey y Alonso Más en la *cosa juzgada*; Cano, Garberí y Navarro en la *proporcionalidad*; Muñoz Lorente en la *seguridad jurídica* y Arroyo Zapatero en la *no arbitrariedad*.

Ahora bien, existen supuestos en que una conducta puede configurar un ilícito penal y además una sanción administrativa, en cuyo caso será necesario determinar su fundamento para efectos de aplicar o descartar el *non bis in idem*. En otros términos, no basta la unidad de la conducta para aplicar el principio, sino que se debe atender al fin de la norma, que indudablemente se relaciona con el bien jurídico tutelado.¹⁶

Esta concurrencia de ilícitos penales y administrativos es la que busca atender el nuevo artículo 78 bis del Código Penal, incorporado por la Ley N° 21.595, de delitos económicos, sin embargo, se trata de una regulación deficiente, por cuanto, reduce el *non bis in idem* a un ejercicio matemático de compensación de multas, suspensiones e inhabilidades, pero somete al sujeto infractor a dos procedimientos por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, afectando la vertiente procedimental del principio.

Para tal efecto, en primer lugar, se analiza el fundamento normativo del principio (2), luego, la regulación contenida en el nuevo artículo 78 bis del Código Penal (3) y para terminar con algunas conclusiones en relación con esta regulación del principio (4).

FUNDAMENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO

Si bien no existe una regulación general del *non bis in idem*,¹⁷ diversos preceptos constitucionales y legales que le brindarían sustento normativo,¹⁸ además de un sistemático reconocimiento a nivel jurisprudencial.¹⁹

en ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, Principio *non bis in idem*, en LOZANO CUTANDA, Blanca, *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 762 y ss.

¹⁶ SCS rol N° 22970-2019, “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 11°.

¹⁷ El artículo 12 del proyecto de ley de bases de los procedimientos administrativos sancionadores de 2004 (Boletín N° 3475-06), establecía que “No podrá aplicarse sanción alguna por hechos que hayan sido previamente sancionados penal o administrativamente, cuando se acredite la identidad del sujeto, hecho y fundamento”. Con todo, esta norma nunca concluyó su proceso legislativo lo que ha generado una inestable aplicación del principio que ha dado lugar a la aplicación de dobles sanciones administrativas o a la imposición copulativa de medidas penales y administrativas, justificadas principalmente en la diversidad de fundamento. A ello, se debe agregar la ausencia de normas que establezcan mecanismos de coordinación en los casos en que un mismo hecho pueda configurar más de una infracción administrativa, como acontece con el artículo 191 inciso 3° del Código del Trabajo.

¹⁸ Sobre el principio Navarro indica que “[...] no aparece consagrado, en forma explícita, en la Carta Fundamental, como tampoco aparece mencionado, de manera desarrollada, el principio del debido proceso legal”, NAVARRO, Enrique, “La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en ARANCIBIA, Jaime y ALARCÓN, Pablo [Coord.], *Sanciones Administrativas* (Santiago, LegalPublishing), 2014), p. 31. No obstante, hay quienes denuncian la falta de una regulación explícita, v. gr. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, “El principio *ne bis in idem* en el sistema jurídico chileno”, en: *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, XLII, 3, 2015, p. 87, nota 2.

¹⁹ En efecto, a la data el principio cuenta con un consistente reconocimiento por parte de la jurisprudencia de diverso orden (v. gr. SCS rol N° 22970-2019, Marín con CMF; STC rol N° 8484, caso Aguas Chañar; dictámenes

Para la Corte Suprema el *non bis in idem* es aquel principio con arreglo al cual una persona no puede ser juzgada, condenada ni sancionada dos veces por un mismo hecho. Se trata de una garantía individual, cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el artículo 19 N° 3 de la Constitución. El referido principio busca evitar que una misma circunstancia o aspecto del hecho o de los hechos objeto de juzgamiento tengan relevancia bajo más de una descripción, y se contravenga así la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho.²⁰

Por su parte, para el Tribunal Constitucional el *non bis in idem* se encuentra implícito en diversas disposiciones constitucionales, además, se trata de un principio esencial de todo ordenamiento democrático,²¹ el cual supone que nadie puede ser juzgado y/o sancionado dos veces por un mismo hecho y fundamento,²² constituyendo una doble restricción para el sentenciador: una de carácter procesal y otra de naturaleza material o sustantiva.²³

En cuanto a su fundamento constitucional “[...] *deriva de la dignidad personal y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cualidad que le es reconocida universalmente. Su transgresión constituye, pues, un atropello de las bases de la institucionalidad, así como de las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, consagradas en el capítulo sobre igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como se ha dicho reiteradamente, tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional. En ese sentido, el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia*”.²⁴

Desde la perspectiva sustantiva, el *non bis in idem* se encuentra implícito en los principios de legalidad (artículo 6°) y de tipicidad (artículo 19 N° 3 inciso final), los cuales establecen los límites que deben observar las autoridades en el ejercicio del *ius puniendi*.²⁵ Asimismo, se encontraría estrictamente vinculado al principio de

N°s. 25.248, de 2012 y 298, de 2014, entre otros), así como por algunas normas sectoriales (*v. gr.* artículos 59 y 60 de la Ley N° 20.417).

²⁰ SCS roles N°s. 5493-2013; 58862-2016; 31578-2018, 21054-2020, entre otros.

²¹ STC roles N° 2045 y N° 2236, c. 4°, sobre acumulación de infracciones de tránsito, entre otras. Sin embargo, al respecto no existe una jurisprudencia uniforme.

²² STC roles N°s. 2045; 2402 y 2403.

²³ STC roles N°s. 2108 y 2236, entre otras.

²⁴ STC roles N°s. 2045 y 2254, c. 4.º, a propósito de la inconstitucionalidad de la norma que dispone la suspensión de la licencia de conducir por acumulación de infracciones. Posteriormente en STC rol N° 8484, c. 6º.

²⁵ SCS rol N° 22970-2019 “Marín con Comisión para el Mercado Financiero”, c. 10º.