

III. Jurisprudencia extranjera

1. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS
DE 12 DE ABRIL DE 2016. ASUNTO DUNGVECKIS V. LITHUANIA
N° 32106/08

FELIPE ORTEGA AZÓCAR
Universidad de Chile

I. EL CASO

Vaidas Dungvekis, lituano, desde ahora “el solicitante”, fue acusado de haber cometido fraude y falsificación en un grupo organizado de acuerdo a los artículos 25, 182 y 300 del Código Penal de Lituania entre octubre de 2001 y mayo de 2002. Éste consistía en comprar grandes cantidades de pescado sin pagar el impuesto de valor agregado (IVA), falsificando documentos de pago del impuesto para luego vender este pescado a otras empresas por un precio que incluía el IVA. El solicitante cooperó con la investigación y admitió su responsabilidad en los hechos.

El 3 de febrero de 2005, la Corte Regional de Kaunas lo declaró culpable de todos los cargos (fraude y falsificación) y lo condenó a pagar una multa. El demandante interpuso un recurso contra el fallo y el 3 de febrero de 2006 la Corte de Apelación lo absolvió de fraude, pero confirmó la sentencia por falsificación condenándolo a dos años de prisión. La pena privativa de libertad fue suspendida y se le estableció una *injunction*¹, que le prohibía salir de su domicilio por más de

¹ El TEDH traduce *įpareigojimas* como *injunction*. El artículo 75 del Código Penal de Lituania del año 2000 establece que cuando una persona sea condenada a prisión y reúna ciertos requisitos, la Corte podrá suspender la condena impuesta por un período de uno a tres años. En caso de que se aplique la suspensión al condenado, se deberá imponer una de las sanciones del capítulo IX de este Código (penal) o una *injunction* (*įpareigojimas*). Dentro de las *injunction* establecidas se encuentra que el condenado no pueda abandonar su residencia por un período superior a siete días sin el consentimiento de la respectiva entidad supervisora. En comparación con nuestro sistema legal, una *injunction* es similar a algunas de las medidas alternativas al cumplimiento de penas privativas de libertad, establecidas en la ley 18.216. Sobre la ley N° 18.216 ver POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUTIÉRREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte general, (Santiago, 2004), primera edición, pp. 543 y ss.

siete días seguidos sin autorización. Esta *injunction* comenzó a ser cumplida en forma efectiva por el solicitante desde el momento de su dictación². El 5 de diciembre de 2006, habiendo conocido del asunto, la Corte Suprema de Lituania modificó parcialmente la sentencia condenatoria anulando la absolución por fraude y regresando esa parte (de la sentencia) a un nuevo examen por la Corte de Apelación, ratificando lo restante. Con fecha 4 de julio de 2007, la Corte de Apelación condena al solicitante por fraude con una pena de dos años y tres meses de prisión, la cual se combina con la anteriormente impuesta por el delito de falsificación (dos años), resultando una “sentencia consolidada”³ con una pena de dos años y tres meses de prisión, señalando la Corte que esta pena no puede ser suspendida por ser un crimen grave⁴ (el fraude).

El solicitante interpone un recurso de casación ante la Corte Suprema, en el cual se solicitaba que se anule la condena de prisión por crimen de fraude de la Corte Apelación, y en su lugar restaurar la multa impuesta por el Tribunal Regional de Kaunas del 3 de febrero de 2005.

El 31 de julio de 2007, la Corte Suprema retrasó la ejecución de la *sentencia consolidada*, hasta que el recurso de casación interpuesto por la solicitante fuera revisado, pero no indicó expresamente si el condenado tenía que continuar cumpliendo la *injunction*, por lo que éste siguió en cumplimiento de la orden. El 8 de enero de 2008, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación considerando que la *sentencia consolidada*, pronunciada por la Corte de Apelación, había evaluado correctamente todas las circunstancias del caso. Sin embargo, modificó la sentencia porque se aplicó una ley de amnistía, reduciendo la pena en un quinto, quedando ésta en un año y nueve meses de prisión.

En enero de 2008 el condenado presentó una solicitud a la Corte Regional de Kaunas para ser liberado del cumplimiento efectivo de la *sentencia consolidada* por haber casi cumplido el tiempo de la sentencia por falsificación con la *injunction*, de otra forma estaría cumpliendo dos condenas por un mismo crimen. Esta solicitud

² Es necesario señalar que en los hechos establecidos en la sentencia dictada por el TEDH no se explica el motivo por el cual el solicitante empieza a cumplir la *injunction* establecida por la Corte de Apelación el 3 de febrero de 2006 si no era una sentencia definitiva o ejecutoriada, en consideración de que posteriormente se presentaron recursos judiciales, entendiéndose esto desde el proceso penal chileno (artículo 468 del Código Procesal Penal).

³ El artículo 63 del Código Penal de Lituania del año 2000 establece que, en el caso de que se hayan cometido varios delitos, se establecerá una pena para cada uno por separado, y posteriormente se impondrá una sentencia consolidada o una pena acumulada total o parcialmente. La sentencia final combinada será igual a la pena más alta de uno de los delitos.

⁴ El artículo 75 del Código Penal de Lituania del año 2000 establece que la suspensión de la pena es aplicable en los casos en que la pena no sea superior a tres años y que ésta sea por delitos menores o menos graves.

fue rechazada. La Corte Regional reiteró que la condena por fraude no permitía la suspensión. El condenado apeló esta resolución la cual fue rechazada por la Corte de Apelación el 28 de febrero de 2008, considerando entre sus argumentos que el tiempo de cumplimiento de la *injunction* no se podía imputar como abono de la otra sentencia, por lo que no había sido condenado dos veces, y además el tiempo que había cumplido la *injunction* sólo era relevante para la determinación de la *sentencia consolidada*, lo que había sido hecho por la Corte Suprema. La sentencia era definitiva y no susceptible de recurso.

Posteriormente el condenado presentó una solicitud a la Corte del Distrito de Kaunas, para que confirmara que había completado la sentencia por falsificación (cuya pena fue suspendida, aplicando una *injunction*). Su petición fue rechazada, ya que ésta sólo podía ser solicitada por la institución supervisora. El 15 de abril de 2008, la Corte Regional de Kaunas rechazó el recurso del condenado y entre otras cosas sostuvo que la *sentencia consolidada* había anulado la suspensión de la sentencia por falsificación y la ley no admitía la posibilidad de condonar las penas debido al hecho de que la persona haya venido dando cumplimiento a una *injunction*.

Casi al mismo tiempo el condenado presentó una solicitud a la Corte Administrativa Regional de Kaunas pidiendo que se oficiara a la prisión local para que ésta pidiera a la Corte del Distrito que afirmara que había completado el término de suspensión de la sentencia por falsificación. El 9 de abril de 2008 la Corte Administrativa se declaró incompetente para examinar la petición y la Corte Suprema Administrativa confirmó la decisión de la Corte inferior. El 16 de abril de 2008, el solicitante comenzó a cumplir la *sentencia consolidada* (un año y nueve meses, impuesta por la Corte Suprema). Después de cumplir un tercio de la pena que le fue impuesta, el 26 de enero de 2009 obtuvo la libertad condicional.

El solicitante recurrió al TEDH por cuanto estima que había sido condenado dos veces por el mismo delito, ya que había cumplido el tiempo de la suspensión de la condena por falsificación de documentos y que después le fue impuesta la *sentencia consolidada*. Se basa en el art. 4º § 1 del Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:

“Artículo 4º

Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces.

1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado”.

II. DOCTRINA

“El concurso de normas penales sancionatorias. Conocido como ‘multiplicación excluida’: Principio en virtud del cual un hecho o circunstancia ya ha sido tomada

en consideración para la imposición de una pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerla en cuenta nuevamente”⁵.

“Principio de multiplicación excluida. Formulamos así el principio ‘non bis in idem’: cuando un hecho o circunstancia ya ha sido tomado en consideración para la aplicación de una pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerla en cuenta por segunda o ulterior vez para los mismos efectos”⁶.

“Como es sabido, con la fórmula non bis in idem, la doctrina penal alude al principio según el cual un mismo hecho no debe ser objeto de doble sanción; o una misma circunstancia, de doble ponderación”⁷.

III. LA DECISIÓN DEL TEDH

El TEDH declaró que no hubo un incumplimiento del artículo 4º, porque al solicitante no se le habría condenado dos veces en procedimientos separados, sino que había sido condenado en un único procedimiento por una sentencia definitiva. También declara tajantemente que el solicitante fue condenado por los delitos de fraude y falsificación en atención a distintos hechos de su conducta. Además, el tribunal resalta que el gobierno falló al momento de comunicar claramente al solicitante sus obligaciones legales durante el transcurso del proceso penal al que fue sometido.

IV. COMENTARIO

En este caso, encontramos una interesante argumentación por parte del juez Zupančič, quien, estando de acuerdo con la decisión del TEDH, emite una “opinión separada”. Para el desarrollo de este comentario se tomarán en consideración ambas partes de la sentencia.

El principio de *ne bis in idem* presenta, desde un punto de vista doctrinal, dos estándares normativos: el primero sería un “estándar sustantivo de aplicación

⁵ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, Principios y penas en el Derecho Penal chileno, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 10, (2008), pp. 18 y ss.

⁶ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, Derecho Penal, Parte general, Tomo I, (Santiago, 1998), Tercera Edición, p. 118.

⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, Principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, en *Revista de Derechos Fundamentales* 8, (2012), pp. 159 y ss. Ver también Comentario y una breve reseña de casos juzgados en atención al *ne bis in idem* en BELTRÁN Y PUGA, Alma y COUSO SALAS, Javier, Apuntes sobre el principio *ne bis in idem*, en PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos (Coordinador), *El derecho humano al debido proceso. Sus dimensiones legal, constitucional y convencional*, (México D.F., 2014), pp. 69 y ss.

jurisdiccional de normas de sanción penal”⁸. En éste el principio se relacionaría con la prohibición de doble valoración de los hechos en el momento de la adjudicación. Y en segundo lugar un “estándar de clausura procesal”⁹, en el cual el principio establece una prohibición de doble juzgamiento, es decir, la prohibición de ser sometido dos veces a un juicio por los mismos hechos. Este principio es, en teoría, el que sería aplicable para la solución de este caso.

El TEDH (en adelante el Tribunal), en su decisión principal señala que la finalidad de la norma aplicable, el artículo 4º del Protocolo N° 7¹⁰, es “prohibir la repetición de procesos penales que se basen en un mismo delito, dentro de la jurisdicción de un mismo Estado, siempre y cuando hayan concluido por una sentencia definitiva”, al igual que en la “opinión separada”¹¹. De esto podemos deducir, entonces, que la aplicación de este precepto se centra en la repetición de procedimientos y castigos, lo que nos lleva a concluir que el convenio y el tribunal consideran esto sólo como una prohibición de índole procesal, eludiendo de esta manera el estándar sustantivo de la aplicación del principio *ne bis in idem*.

Junto con lo descrito en el párrafo anterior, el tribunal señala, en su jurisprudencia, que estamos en presencia de una violación del artículo 4º cuando concurren estos cuatro elementos: a) que el solicitante haya sido condenado o absuelto por una decisión definitiva; b) que se haya producido la duplicación de los procedimientos en relación con el solicitante; c) que el conflicto sea de materia penal, d) y que todos ellos se refieran a la misma infracción supuestamente cometida por el solicitante. Del análisis de estos cuatro puntos el tribunal concluye que el presente caso estaría resuelto por estar ausente el elemento b), estableciendo que sólo existió un procedimiento relativo a los dos cargos contra el demandante, el cual fue concluido por una sola decisión final, recalcando con esto la atención y preponderancia en el ámbito procesal del principio *ne bis in idem*.

El razonamiento efectuado por el tribunal, aun cuando sea restringido a un ámbito procesal, está en lo correcto, porque el solicitante fue juzgado dentro de un solo procedimiento que no había sido concluido por una sentencia definitiva, dejando a salvo las diversas instancias para hacer valer los recursos correspondientes, lo cual queda claro en el relato de los hechos, que fueron interpuestos

⁸ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El principio *ne bis in idem* en el Derecho Penal chileno, en *Revista de Estudios de la Justicia* 15, (2011), p. 140.

⁹ MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 140.

¹⁰ Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

¹¹ En el párrafo 8 de la “opinión separada” de este caso se realiza una cita de un argumento del caso *Zolotukhin v. Rusia*, “§ 82: La Corte considera que el artículo 4 del Protocolo N° 7 debe entenderse como una prohibición de la persecución o juicio de un segundo ‘delito’ en la medida en que surge de hechos idénticos o hechos que son sustancialmente los mismos” (traducción propia).

correctamente y que se sometieron a su respectiva tramitación. Relacionado con esto, resulta llamativo que el solicitante enfocara su argumentación en que no había sido liberado del cumplimiento de la *sentencia consolidada* para las dos condenas, después de que supuestamente completó el término de suspensión de la sentencia por la falsificación de documentos, reclamando así su doble juzgamiento. Argumento que construyó equiparando su *injunction* (establecida por la suspensión de la condena) con una sanción penal propiamente tal. Incluso si aceptáramos como válido su argumento, queda establecido en la sentencia que el tiempo de suspensión de la condena aún no había sido cumplido en su totalidad¹².

Otro punto que destaca el Tribunal es que el señor Dungvekis no alegó, en la instancia procesal correspondiente, que había sido “engañado” para seguir cumpliendo la medida cautelar, que existió una conducta negligente del Estado de Lituania, o que esta medida había restringido sus derechos. Alegaciones que hubiesen permitido demandar una indemnización, y, además, podrían haber dado paso a la revisión del asunto por este tribunal y a la determinación de la razón de porqué por un lapso de tiempo, como lo señala el voto disidente¹³, había sido efectivamente castigado dos veces, por estar cumpliendo una “pena” al mismo tiempo que había sido condenado por otra (la que se encontraba en suspenso hasta la vista de la causa por la Corte Suprema de Lituania), siendo la negligencia¹⁴ y la poca celeridad de los procedimientos de Lituania motivos razonables para sustentar dicha violación del principio.

Pero, por otro lado, alejándose del análisis procesal del caso, en la sentencia el tribunal considera un argumento del gobierno de Lituania que está relacionado con el ámbito sustantivo o de adjudicación del principio, pero que no desarrolla. Acoge (el tribunal) que el solicitante fue condenado por dos cargos que colmaban las exigencias de dos tipos penales, pues se referían a dos aspectos distintos de la conducta desplegada por el autor (fraude y falsificación). No nacían de hechos delictivos idénticos, por lo tanto, no podían fundar el mismo delito. El fraude, por una parte, subsume la apropiación de dinero (IVA no pagado), mientras que el delito falsificación de los documentos subsume la falsificación que el solicitante hizo personalmente de las declaraciones de IVA, que posteriormente se ocuparon. Se destaca además que el solicitante no alegó esto, por lo que no era pertinente la revisión de fondo de este asunto.

¹² En la “opinión separada” de este caso el cuestionamiento, sobre esta idea, es si la Corte Suprema al fijar la sentencia consolidada toma en cuenta el tiempo que el solicitante cumplió la *injunction*.

¹³ En los párrafos 27 y 28 de la “opinión separada” de este caso.

¹⁴ En el párrafo 47: “El Tribunal considera desconcertante que las autoridades no aclararon al solicitante sus obligaciones legales por casi 6 meses” (traducción propia).

En consideración del párrafo anterior, resulta relevante la “opinión separada” del juez Zupančič, porque rescata la discusión que se hubiese dado, considerado el principio *ne bis in idem* en su estándar sustantivo, en el caso de una distinta calificación de las acciones del solicitante. El primer cuestionamiento que se realizó el juez es si hay un concurso ideal o real entre los dos delitos por los que fue condenado el solicitante, y concluye que en este caso no estaríamos en presencia de un concurso ideal, porque el solicitante no cometió una sola acción que produjo dos o más hechos delictuales de tipos distintos¹⁵. Por el contrario, sí habría un concurso real, porque el solicitante cometió dos acciones que generaron dos hechos delictivos (delitos) distintos, uno que es la acción positiva de la fabricación de documentos públicos de pago de impuestos y otro que es el fraude. Por lo tanto, *hasta el momento* no habría una violación del *ne bis in idem* en su ámbito sustantivo, dado que una condena en un caso así planteado (concurso) se constituiría como un reproche a cada uno de los tipos ejecutados¹⁶.

Pero sólo *hasta el momento*, porque el juez Zupančič, al hablar sobre los concursos, plantea las dudas de cuál es el motivo de separar la conducta del solicitante en dos acciones distintas que son subsumibles en dos delitos distintos, generando un concurso real (argumento que es acogido por el TEDH¹⁷). Y por qué razón no se analiza ésta a partir de que ambos delitos surgen de “hechos sustancialmente idénticos”¹⁸.

Para tratar de responder a estas interrogantes, el juez Zupančič plantea que no siempre la calificación jurídica de los hechos va a ser la única posible y exacta, dado que las normas de la parte especial de un código penal siempre van estar combinadas con normas y doctrinas de la parte general del código, y que, por lo tanto, aplicar a un conjunto de hechos normas especiales a secas es una forma muy simplista de calificar jurídicamente los hechos. De lo cual podemos inferir una clara crítica a la calificación llevada a cabo en este caso por las cortes de justicia

¹⁵ Lo cual también es comprobable a través de un “test de evitabilidad conjunta”. MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 163.

¹⁶ Ver en GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, Parte general, Tomo II, (Santiago, 2003), Tercera Edición, pp. 344 y ss. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, Derecho Penal, Parte general, Tomo II, (Santiago, 1998), Tercera Edición, pp. 115 y ss. POLITOFF LIFSCHITZ, MATUS ACUÑA, RAMÍREZ GUTIÉRREZ, ob. cit., pp. 445 y ss.

¹⁷ En el párrafo 17 de la “opinión separada”, el juez Zupančič señala que el TEDH, aun cuando acoja este argumento del gobierno, no es capaz de justificar o argumentar por qué son dos delitos separados.

¹⁸ Dicho de otra manera, se cuestiona si estamos en este caso en presencia de delitos que nazcan de una unidad de acción, es decir, que las acciones cometidas por el solicitante se entiendan en conjunto y que por este motivo se considere la realización de un solo tipo delictivo. MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 161.

lituanas, en que por ser subsumibles los hechos a dos tipos penales, se aplican éstos sin más consideración aparente.

Junto a lo anterior agrega que desde un primer momento del proceso las partes involucradas, como el Ministerio Público, califican los hechos delictivos, lo que provoca que los “*hechos ya son vistos a través del prisma legal específico elegido*”. En otras palabras, señala que el problema al momento de la calificación de los hechos delictuales es que ésta se realiza a través de las normas, lo que genera una influencia sobre la forma de entender los hechos¹⁹.

Por consiguiente, el juez Zupančič entiende que sólo después de una errada calificación por parte de las cortes de Lituania de la conducta delictiva del solicitante, ésta se convierte en dos acciones que violan los respectivos tipos penales (fraude y falsificación), lo que genera el concurso real de delitos que se señaló. Producto de esta manera de entender los hechos, que fue observada por el TEDH, no habría una violación al aspecto sustancial del *ne bis in idem* al momento de penar las dos acciones que generaron hechos delictuales distintos, porque se estaría otorgando a cada una (de las acciones) su respectiva reprobación.

En contraposición de lo anterior, el juez (Zupančič) sostiene que este caso se puede entender como una defraudación que se habría cometido con *dolus coloratus*, es decir, con una intención específica de cometer un delito (fabricación de documentos públicos con la finalidad de cometer fraude). Por ende, producto de esta calificación distinta de los hechos, la intención y la conducta del solicitante pueden ser “percibidas como una sola línea, ya sea de un *delictum continuatum* o de un *delictum continuum*”.²⁰

Por lo tanto, si interpretáramos el planteamiento (*delictum continuatum* o de un *delictum continuum*) del juez (Zupančič) como un delito continuado²¹, el efecto inmediato de reconocer en este caso una unidad de acción sería “la negación de un concurso de delitos y la constatación, en cambio, de un solo hecho delictivo, esto es de un único delito”²². En consecuencia, el solicitante sólo podría ser condenado por un hecho delictual cometido, es decir, por un único delito, dado que estamos en presencia de una *unidad de acción*. Si se hubiera abordado el caso de esta manera, la aplicación del principio *ne bis in idem* en su estándar sustantivo se hubiera hecho patente, por ser subsumida la *unidad de acción* en más de un tipo penal (fraude y falsificación de documentos).

En conclusión, la sentencia del TEDH en este caso resulta relevante porque trae a discusión un ámbito del principio *ne bis in idem*, el cual no es tan observado

¹⁹ En los párrafos 13, 14 y 15 de la opinión separada.

²⁰ En el párrafo 16 de la opinión separada.

²¹ Ver en GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 339.

²² MAÑALICH RAFFO, ob. cit., p. 151.

en la práctica, lo que quizás en un primer momento se deba a que la consagración efectuada del principio siempre se ve restringida a evitar un doble juzgamiento, aludiendo siempre, al momento de su consagración legal, a la existencia de dos procesos y a una sentencia definitiva, olvidando la doble valoración de los hechos delictuales dentro de un solo proceso. Esto genera que “la “opinión separada”, aun cuando no logra desarrollar con amplitud el ámbito sustantivo del principio, sea de relevancia por señalar ideas relacionadas con la doble valoración de las acciones delictuales, que produciría en ciertos casos una punición múltiple.

El tribunal está en lo correcto al rechazar este recurso. El rechazo nace desde un análisis procedimental del caso, lo cual es entendible por los alegatos efectuados por el solicitante, los que se centraron en reclamar que tuvo que cumplir dos condenas violando de esta manera el artículo 4º, lo que realmente no era aplicable en su caso, porque existiendo una prohibición de doble juzgamiento ésta es sólo para sentencias finales firmes o ejecutoriadas (estándar procesal del principio *ne bis in idem*), y en su caso no fue así, ya que quedó establecido que todo se configuró dentro del sistema de recursos que el sistema lituano provee.

Por último, resulta lamentable que las alegaciones del solicitante hayan sido tan restringidas en la valoración de lo acontecido en su caso. En consideración de que si en las distintas etapas de este proceso hubiera cuestionado otros elementos, como la existencia de una unidad de acción o una aparente doble valoración jurídica, quizás se hubiera traducido en una sentencia favorable.