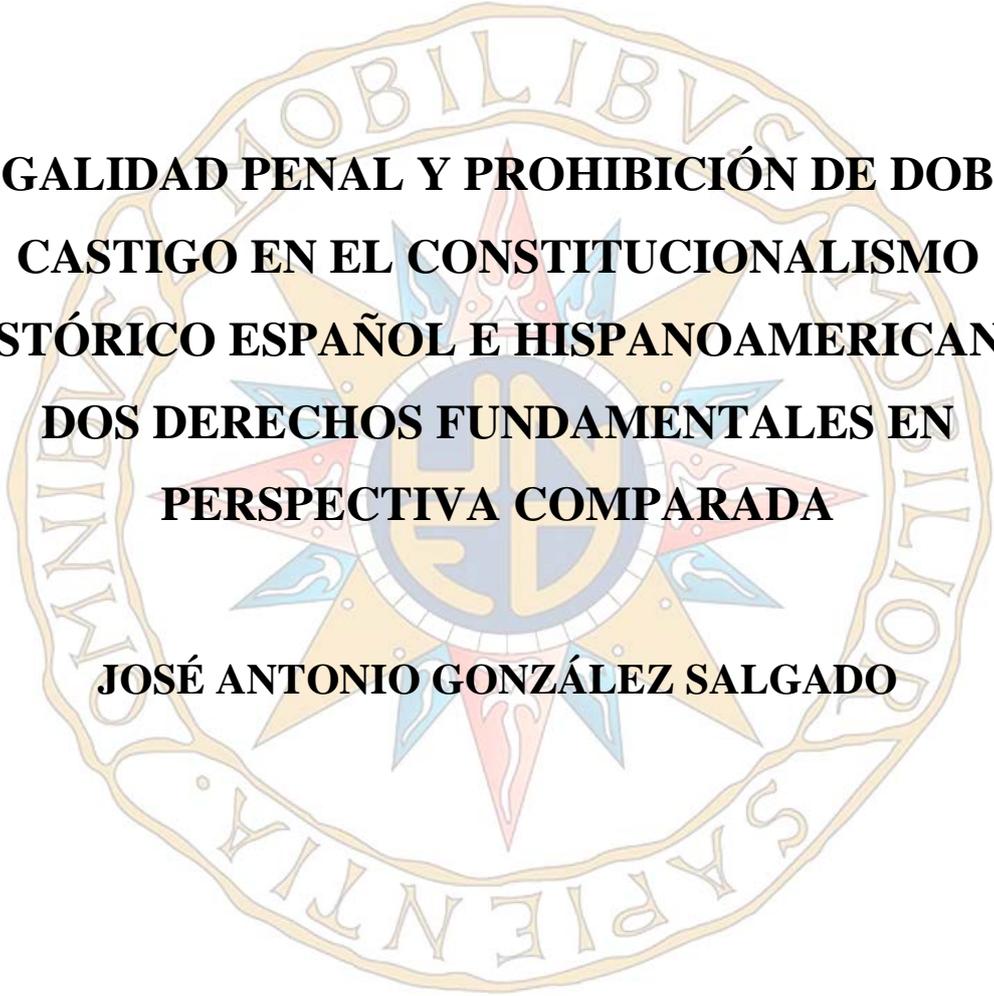


UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

FACULTAD DE DERECHO

(Máster en Derechos Fundamentales)

2016



**LEGALIDAD PENAL Y PROHIBICIÓN DE DOBLE
CASTIGO EN EL CONSTITUCIONALISMO
HISTÓRICO ESPAÑOL E HISPANOAMERICANO:
DOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN
PERSPECTIVA COMPARADA**

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SALGADO

TRABAJO FIN DE MÁSTER

DIRECTORA

Dr.^a D.^a María Acracia Núñez Martínez

DEDICATORIA

A los doctores Mapi Ballesteros Panizo (Universidad de Barcelona) y Jesús Miguel Hernández Galilea (Universidad de Oviedo), “*culpables*” de que haya iniciado —¡a estas alturas!— un nuevo camino... tan incierto como apasionante.

**LEGALIDAD PENAL Y PROHIBICIÓN DE DOBLE CASTIGO EN EL
CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL E
HISPANOAMERICANO: DOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN
PERSPECTIVA COMPARADA**

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SALGADO

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. OBJETIVOS CIENTÍFICOS Y OBSERVACIONES METODOLÓGICAS ..	9
3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.....	13
3.1 Origen y desarrollo histórico.....	13
3.2 Contenido del principio de legalidad penal.....	16
3.2.1 <i>Lex scripta</i>	16
3.2.2 <i>Lex praevia</i>	18
3.2.3 <i>Lex certa</i>	18
3.2.4 <i>Lex stricta</i>	19
3.2.5 <i>Non bis in idem</i>	20
3.3 Fundamentos y garantías.....	21
3.4 Esquema resumen.....	25
4. EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i>.....	27
4.1 Historia del principio.....	27
4.2 Tipos de <i>non bis in idem</i>	32
4.2.1 <i>Non bis in idem material</i>	32
4.2.2 <i>Non bis in idem formal o procesal</i>	33
4.3 Fundamentos	36

4.4	Condiciones o identidades	37
4.4.1	<i>Identidad de sujeto</i>	38
4.4.2	<i>Identidad de hecho</i>	39
4.4.3	<i>Identidad de fundamento</i>	39
4.5	Esquema-resumen	41
5.	LEGALIDAD PENAL Y NON BIS IN IDEM EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL.....	43
5.1	Introducción al constitucionalismo español	43
5.2	Estatuto de Bayona (1808).....	46
5.3	Constitución de Cádiz (1812).....	48
5.4	Estatuto Real (1834).....	52
5.5	Constitución de 1837	53
5.6	Constitución de 1845	54
5.7	Constitución <i>non nata</i> de 1856	56
5.8	Constitución de 1869	57
5.9	Proyecto de Constitución Federal de la Primera República Española (1873)	59
5.10	Constitución de 1876	60
5.11	Constitución de 1931	62
5.12	Leyes fundamentales del régimen franquista.....	64
5.13	Constitución de 1978	66
6.	LEGALIDAD PENAL Y NON BIS IN IDEM EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO HISPANOAMERICANO	81
6.1	Introducción	81
6.2	Argentina.....	84
6.3	Bolivia.....	96

LEGALIDAD PENAL Y PROHIBICIÓN DE DOBLE CASTIGO EN EL CONSTITUCIONALISMO
HISTÓRICO ESPAÑOL E HISPANOAMERICANO

6.4	Chile	104
6.5	Colombia.....	110
6.6	Costa Rica	120
6.7	Cuba	126
6.8	Ecuador	134
6.9	El Salvador.....	140
6.10	Guatemala	146
6.11	Honduras	153
6.12	México.....	157
6.13	Nicaragua	164
6.14	Panamá	170
6.15	Paraguay.....	173
6.16	Perú	178
6.17	Puerto Rico.....	183
6.18	República Dominicana	185
6.19	Uruguay.....	189
6.20	Venezuela.....	192
6.21	Apunte sobre las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la denominada cosa juzgada fraudulenta	197
7.	CONCLUSIONES.....	201
8.	BIBLIOGRAFÍA.....	207
9.	ANEXO: CUADRO COMPARATIVO	227

1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico español, los principios a los que se encuentra sujeto el *ius puniendi* del Estado, según consolidada doctrina¹, son cinco: el principio de legalidad, el de proporcionalidad, el de igualdad, el de prohibición del doble castigo (*non bis in idem*) y el de presunción de inocencia². Todos ellos son además principios recogidos en el ordenamiento jurídico internacional, por más que en algunos casos las vinculaciones que se establezcan entre ellos sean distintas o su contenido y su ámbito de actuación sean más o menos amplios en jurisdicciones determinadas.

Pese a que todos los principios citados se recogen en mayor o menor medida, como derechos fundamentales de los ciudadanos, en las constituciones que vamos a analizar en este trabajo, nuestra atención se va a centrar únicamente en dos de ellos: el principio de legalidad y el de prohibición del doble castigo. Dejaremos para un estudio posterior el análisis de todas las garantías del proceso penal que se pueden rastrear en el constitucionalismo histórico español e hispanoamericano, análisis que permitirá obtener una visión completa de la evolución de los derechos fundamentales que restringen el poder punitivo del Estado en unos ordenamientos jurídicos que parten de una base común, pero que han ido desarrollando particularidades de sumo interés³.

¹ Véanse, entre otros, Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás S. VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; y César Augusto GINER ALEGRÍA: *Las medidas cautelares penales personales en el proceso penal español y su vinculación con los derechos fundamentales (especial referencia a las recomendaciones internacionales en materia de derechos humanos)*, Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2014, pág. 27.

² Aparte quedan otros derechos fundamentales del ámbito procesal, como el derecho a la publicidad del juicio, a los recursos y a un proceso sin dilaciones indebidas (véase, por ejemplo, Vicente GIMENO SENDRA: *Derecho procesal penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012, págs. 75-158). Todos esos derechos parten además de la base del principio de intervención mínima del Derecho penal, entendido en el sentido de «procurar que haya el menor número posible de delitos y que las penas sean limitadas a lo imprescindible para afirmar el Derecho, que tutela bienes jurídicos, y posibilitar la convivencia pacífica» (Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Jordi JARIA I MANZANO y Antoni PIGRAU SOLÉ: «Aspectos generales», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.): *Derecho penal constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 32).

³ En la Constitución española de 1978, las garantías del proceso penal se establecen en los artículos 17 (derecho a la libertad y a la seguridad, duración de la detención preventiva, información inmediata al detenido de las razones de su detención, derecho a la asistencia de abogado al detenido, procedimiento de *habeas corpus* y duración de la prisión provisional), 24 (tutela judicial efectiva, derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, derecho a la asistencia letrada, derecho a información sobre la acusación, derecho a un proceso con todas las garantías, derecho al uso de medios de prueba, derecho a no declarar contra sí mismo y derecho a la presunción de inocencia) y 25 (existencia de ley previa para la sanción o pena que se imponga y orientación de las penas privativas de libertad hacia la reinserción del preso).

Con respecto a la conexión del principio de legalidad —expresado normalmente con el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*— con el principio que prohíbe que un mismo hecho pueda ser doblemente castigado —*non bis in idem*—, es necesario hacer algunas aclaraciones preliminares para justificar su tratamiento conjunto en este trabajo, pero también para explicar por qué los mantenemos en cierta medida disociados.

La tradición jurídica española, a partir de 1978 y a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, presenta el *non bis in idem* como principio derivado de la legalidad penal. Es decir, la prohibición de sancionar más de una vez un hecho (*non bis in idem*) está subordinada al principio que expresa que los delitos —y las penas que les correspondan— han de estar explícitamente contemplados en la ley antes de que se cometan (principio de legalidad penal). En otros ordenamientos, sin embargo, legalidad penal y *non bis in idem* no mantienen subordinación entre sí, pese a que tampoco se niegue que exista vinculación entre ellos⁴.

En España, como veremos más adelante, el problema arranca de la redacción del artículo 25.1 de la Constitución y de la falta de consagración explícita en la Carta Magna del principio *non bis in idem*⁵. El Tribunal Constitucional solventó esa ausencia en una de sus primeras sentencias afirmando que del artículo 25.1, que recoge el principio de legalidad penal, se desprende también el principio de prohibición de la doble sanción⁶. En el apartado correspondiente analizaremos qué implicaciones tiene esta interpretación y daremos cuenta de las opiniones que existen a favor o en contra de ella.

Aparte de estas garantías explícitamente contempladas en el texto constitucional, hay que señalar las que se desprenden de forma implícita de la prohibición de indefensión: derecho a la segunda instancia judicial y necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas (véase Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Jordi JARIA I MANZANO y Antoni PIGRAU SOLÉ: «Aspectos generales», *op. cit.*, págs. 46-49).

⁴ Véase Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, págs. 35-36.

⁵ «La prohibición de doble sanción por un mismo hecho no está expresamente consagrada en el art. 25 CE, ni su conexión implícita con el principio de legalidad penal resulta evidente y automática» (Luis María Díez-PICAZO: «El principio de legalidad penal», en *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, pág. 474).

⁶ STC 2/1981, de 30 de enero.

Esta dualidad de interpretaciones que se observa en la vinculación del *non bis in idem* a la legalidad penal es lo que justifica que hayamos optado por analizar los dos principios —y no solo uno de ellos— en este trabajo. Consideramos que entre uno y otro existe una conexión íntima, aunque creemos también que esa conexión no es suficiente como para presentar el *non bis in idem* como entidad subordinada al *nullum crimen, nulla poena sine lege*. El hecho mismo de que ya en el título hayamos hecho mención separada de ambos principios muestra que nos alineamos con aquella parte de la doctrina que no considera que el *non bis in idem* se subordine en sentido estricto al principio de legalidad penal, por más que sí pueda establecerse una asociación conceptual entre ambas figuras⁷. En resumen, pensamos que se trata de dos derechos fundamentales relacionados entre sí, pero independientes el uno del otro.

En las constituciones españolas e hispanoamericanas que repasaremos en este estudio, observaremos el tratamiento que se ha hecho de los dos principios. Además, como la legalidad penal está integrada por varias garantías, daremos cuenta de los casos en que estas se contemplan de forma explícita en los textos constitucionales. Esas garantías (o subprincipios) son las siguientes: irretroactividad de la ley penal, prohibición de la analogía y reserva de ley. En el caso del principio *non bis in idem*, nos fijaremos en la prohibición de la doble sanción en sí (*non bis in idem* material); pero, sobre todo, en la manifestación de este principio que coincide con la cosa juzgada (*non bis in idem* procesal o formal)⁸, que, además, es la única vertiente que —salvo excepciones— merece reconocimiento constitucional en los ordenamientos jurídicos que van a recibir nuestra atención.

Pero antes de repasar la presencia de los dos principios en el constitucionalismo histórico español e hispanoamericano, es necesario presentar las características más

⁷ «El principio *ne bis in idem* o *non bis in idem* no se considera por una parte de la doctrina penal española como una derivación inmediata del principio de legalidad penal, sino como una consecuencia inherente a las exigencias de racionalidad y no arbitrariedad que a todos los poderes públicos impone el artículo 9.3 de la Constitución española» (Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, págs. 75-76).

⁸ Un análisis exhaustivo del tratamiento que los principios de legalidad penal y prohibición del doble castigo han tenido y tienen en los ordenamientos jurídicos español e hispanoamericano, con el análisis de las implicaciones que presentan en todas las áreas del Derecho —no solo en materia estrictamente penal— excedería con mucho las pretensiones de este trabajo. Nuestro objetivo es más modesto, pero también más práctico. Nos limitaremos a repasar en qué medida ambos principios han tenido cabida en los textos constitucionales para llegar a conclusiones sobre su alcance en el ordenamiento jurídico actual.

destacadas de cada uno de ellos. Los apartados tercero y cuarto de este trabajo estarán dedicados a clarificar los aspectos más importantes que debemos tener en cuenta para determinar con la mayor precisión posible a qué nos referimos cuando hablamos de legalidad penal y *non bis in idem* en las constituciones analizadas.

2. OBJETIVOS CIENTÍFICOS Y OBSERVACIONES METODOLÓGICAS

Los **objetivos** que perseguimos con el estudio en el constitucionalismo histórico español e hispanoamericano de los dos derechos fundamentales que se desprenden de los principios de legalidad penal y prohibición del doble castigo son los siguientes:

- (i) Presentar las características generales de los conceptos de legalidad penal y prohibición de doble castigo para sentar en el trabajo una base suficientemente sólida que permita repasar ambos principios en el constitucionalismo histórico español e hispanoamericano.
- (ii) Observar el desarrollo del contenido del principio de legalidad penal en los textos constitucionales españoles e hispanoamericanos para evaluar en qué medida se contienen los subprincipios de *lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* y *lex stricta* en las constituciones analizadas.
- (iii) Identificar las garantías que encierra el principio de legalidad y dar cuenta de las que se contemplan en las constituciones estudiadas.
- (iv) Señalar aquellos casos en que las constituciones han permitido la conculcación del principio de legalidad penal.
- (v) Examinar la formulación constitucional del principio *non bis in idem* en España e Hispanoamérica, y reseñar las ocasiones en que se ha permitido su vulneración.
- (vi) Evaluar el alcance de la denominada jurisdicción indígena y sus repercusiones para el principio *non bis in idem* en los países en que tal jurisdicción tiene reconocimiento constitucional.
- (vii) Ofrecer un acercamiento al panorama legislativo actual con respecto a los dos principios analizados con la intención de completar lo que se declara en las constituciones.

Con respecto a la **metodología** seguida para elaborar el presente estudio, hay que atender a dos aspectos fundamentales: las fases que han determinado la ejecución del proyecto y la realización material del trabajo a partir de un esquema previo.

Las fases de elaboración del estudio han sido las siguientes:

- (i) Recopilación de las fuentes primarias sobre las que se proyecta el estudio (textos constitucionales y otra normativa de ámbito nacional e internacional).
- (ii) Selección y estudio de las fuentes secundarias relativas a aspectos generales sobre los principios de legalidad penal y prohibición del doble castigo. Esas fuentes bibliográficas son las que han permitido realizar la descripción que se contiene en los apartados tercero y cuarto del trabajo.
- (iii) Análisis de las constituciones españolas e hispanoamericanas para extraer de ellas los preceptos que contienen datos de interés relacionados con los dos principios elegidos.
- (iv) Selección y estudio de las fuentes secundarias que abordan aspectos relativos a la legalidad penal y prohibición del doble castigo en las jurisdicciones elegidas. En este apartado incluimos también la jurisprudencia y los documentos emanados de instituciones internacionales.
- (v) Redacción del trabajo.

La realización material del estudio —que se corresponde con la fase (v) de la lista anterior— ha seguido los siguientes presupuestos metodológicos:

- (i) Como marco general del trabajo, y a modo de apartado que permite concretar los aspectos fundamentales que hay que tener en cuenta sobre los dos principios elegidos, se ha realizado un estudio preliminar breve que contiene la descripción de los aspectos más importantes que se desprenden de la legalidad penal y del *non bis in idem*.
- (ii) Tanto del constitucionalismo histórico español como del hispanoamericano presentamos una introducción en la que señalamos sus características más destacadas.
- (iii) El análisis de los principios de legalidad penal y prohibición del doble castigo en las constituciones españolas va precedido de unas notas breves que permiten el encuadre histórico de cada uno de los textos constitucionales o que presentan algunas de sus características básicas.

- (iv) En el caso de Hispanoamérica, la introducción de los aspectos generales se proyecta no sobre cada uno de los textos tomados en consideración —lo que haría interminable el estudio—, sino sobre cada uno de los diecinueve países.
- (v) Además de lo que declaran las constituciones españolas e hispanoamericanas sobre los principios analizados, hemos tomado en consideración lo que exponen al respecto las leyes actuales (fundamentalmente, los códigos penales y procesales) y, en los casos en que lo hemos considerado pertinente, hemos aludido también a los pronunciamientos jurisprudenciales que tratan alguna cuestión con incidencia en la legalidad penal o en el principio *non bis in idem*.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

3.1 Origen y desarrollo histórico

En la actualidad, el principio de legalidad penal forma parte del conjunto de derechos fundamentales de numerosas jurisdicciones. Prácticamente todas las instituciones jurídicas internacionales reconocen que —en materia penal y como limitación al *ius puniendi* de los Estados— no deben ser sancionadas aquellas conductas que no se encuentren expresamente establecidas en la ley; en consecuencia, no deben imponerse penas para delitos que en el momento de cometerse no estaban contemplados en la legislación⁹.

Aunque se han hecho intentos para encontrar el origen de este principio en la antigüedad greco-latina¹⁰, lo cierto es que gran parte de la doctrina coincide en reconocer que su formulación es producto de la corriente política liberal del siglo XVIII¹¹. Jerome HALL, en un estudio pionero sobre la legalidad penal, admite que se

⁹ «Nos encontramos ante un principio plenamente asumido por la comunidad internacional, como demuestra su acogimiento en los acuerdos supranacionales más importantes de nuestro tiempo» (Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN: «El principio de legalidad en el Derecho español», en *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 99-100). Luis María Díez-PICAZO también hace alusión al carácter fundamental que se expresa con este principio en los modernos sistemas democráticos: «El principio de legalidad penal es uno de los pilares de toda la tradición jurídica ilustrada y liberal, hasta el punto de constituir, sin duda, un elemento integrante de la idea misma de Estado de derecho» (Luis María Díez-PICAZO: «El principio de legalidad penal», *op. cit.*, pág. 463). Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ incide en la importancia internacional del principio de legalidad, aunque también pone el foco de atención —con ejemplos muy significativos— en las crisis por las que ha atravesado este principio en algunos países y, sobre todo, en los peligros a los que se enfrenta en la España de comienzos del siglo XXI, entre los que la autora destaca la ausencia de debate parlamentario de las reformas del Código Penal que se llevaron a cabo en 2003 (Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, págs. 22-26, en especial). Para Enrique BACIGALUPO, por último, el principio de legalidad tiene que hacer frente en la actualidad a especiales dificultades relacionadas con la precisión (subprincipios de *lex certa* y *lex stricta*) debido a la criminalización de ámbitos mercantiles y empresariales que, hasta hace muy poco tiempo, únicamente conllevaban responsabilidad civil (Enrique BACIGALUPO: «Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal», en *Teoría y práctica del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2009, vol. 1, págs. 341-344).

¹⁰ En opinión de Christos DEDES, el principio *nulla poena sine lege* procede del antiguo derecho griego, en concreto de las reglas que se postularon después de la derrota de los Treinta Tiranos en el año 400 a. C. (Christos DEDES: «Sobre el origen del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 9, 2002, págs. 142-143). No obstante, según este autor, es en la Carta de Pablo a los romanos donde ya se identifican «pasajes que ponen de manifiesto la vigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* en su sentido actual» (pág. 144).

¹¹ Según Agustín RUIZ ROBLEDO, que se basa a su vez en Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, no se debería buscar «en la noche de los tiempos el origen del principio de legalidad» (Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal en la historia constitucional española», *Revista de Derecho Político*, n.º 42, 1997, pág. 141).

pueden identificar antecedentes antiguos a los que remite el principio —en el *Digesto* y en el artículo 39 de la *Magna Charta Libertatum* de 1215¹²—, pero que su verdadero origen, en Europa, no puede retrasarse más allá del Código penal austriaco de 1787, que es donde por primera vez se recoge de forma clara la prohibición de la analogía en materia penal:

«Long before the French Revolution, the movement for codification had advanced some of the ideas underlying *nulla poena* on its technical side. Indeed, it was in the Code of the Austrian monarch, Joseph II, (1787) that specific prohibition of analogy first entered the modern criminal law»¹³.

No obstante, en los Estados Unidos el principio ya había tenido acogida en las constituciones de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776), y tanto las primeras referencias teóricas como el desarrollo dogmático de lo que hoy conocemos como legalidad penal se deben a los filósofos ilustrados franceses (en especial, a MONTESQUIEU) y, sobre todo, al marqués de BECCARIA, Cesare BONESANA, que en 1764 lo dejó fijado en su obra *Dei delitti e delle pene*¹⁴.

La frase latina que resume el contenido del principio es posterior a las primeras manifestaciones de la legalidad penal en la legislación de los países democráticos. Fue el criminalista alemán Paul Johann Anselm von FEUERBACH quien en 1810 acuñó la máxima *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legalis*, abreviada posteriormente en *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁵.

¹² «Poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est» (*Digesto*, 50.16.131.1); «Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre» (artículo 39 de la Magna Charta inglesa de Juan sin Tierra de 1215. Referencia tomada de <http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html>).

¹³ Jerome HALL: «Nulla poena sine lege», *The Yale Law Journal*, n.º 47, 1937, pág. 168. Un poco antes, en este mismo estudio, el autor había afirmado lo siguiente: «On the other hand, one must not read into ancient doctrine those special meanings which the rule took on in the eighteenth and nineteenth centuries. Hence those who find the origin of *nulla poena*, in its present significance, in Magna Carta are on unsettled territory» (pág. 167).

¹⁴ BECCARIA explica el principio con las siguientes palabras: «Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad» (Marqués de BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid: Joachin Ibarra, 1774, pág. 14).

¹⁵ Véase Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, op. cit., págs. 18-19.

La necesidad de que los hechos delictivos estén claramente identificados en leyes anteriores a la comisión del delito ya se contempló en la redacción de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de 1789¹⁶, y ha tenido cabida desde entonces en la mayoría de las constituciones nacionales europeas y de otros continentes, así como en todo tipo de declaraciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos. El principio de legalidad penal se proclama expresamente en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948)¹⁷, en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (1950)¹⁸, en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966)¹⁹ y en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica* (1969)²⁰, por citar solo algunos de los más importantes instrumentos normativos internacionales. En suma, el principio de legalidad penal es hoy admitido de forma casi universal²¹. Se trata de un derecho subjetivo que impide que los Estados abusen de su capacidad para

¹⁶ «La Ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente» (artículo 8).

¹⁷ «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito» (artículo 11.2).

¹⁸ «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida» (artículo 7.1. No hay pena sin ley).

¹⁹ «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello» (artículo 15.1).

²⁰ «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello» (artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad). Hay que destacar, además, que este artículo 9 no puede ser suspendido ni siquiera en situaciones excepcionales —guerra, peligro público o emergencias que amenacen la independencia de los Estados—, tal como expresa el artículo 27 de la Convención.

²¹ El *nullum crimen sine lege* forma parte del denominado *núcleo duro de los derechos humanos*, es decir, de aquellos que no pueden ser suspendidos por los Estados ni siquiera en situaciones de emergencia, núcleo en el que también se incluyen, entre otros, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y el derecho a la libertad de conciencia. Pertenece a la costumbre legal internacional como integrante de los «derechos humanos esenciales [que] son obligatorios para los Estados por formar parte del derecho consuetudinario internacional», lo que «se traduce en obligaciones directas para los Estados, aun cuando el Estado no haya ratificado el instrumento internacional que reconoce ese derecho» (Christian STEINER y Patricia URIBE (coords.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México D.F. - Bogotá: Suprema Corte de Justicia de la Nación - Fundación Konrad Adenauer, 2014, págs. 11-12).

imponer sanciones por hechos que en el momento de cometerse no eran considerados ilícitos. Nos encontramos, por tanto, ante un derecho fundamental del ciudadano, tal como viene recogido y expresado por multitud de constituciones nacionales.

3.2 Contenido del principio de legalidad penal

La formulación general del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* implica la existencia de varios subprincipios que se desprenden de él. Se trata de requisitos que debe cumplir la ley penal para evitar que el principio de legalidad se quede en una simple declaración de intenciones. La doctrina ha desarrollado esos subprincipios teniendo en cuenta el aspecto formal de la ley penal (*lex scripta*) y los aspectos sustantivos (*lex praevia, lex certa, lex stricta* y —no sin mucha polémica— *non bis in idem*)²².

3.2.1 *Lex scripta*

Este subprincipio implica la reserva absoluta de ley en materia penal y la prohibición de que la costumbre (el derecho consuetudinario) actúe como fuente en la determinación de delitos y penas:

- (i) Las leyes penales deben emanar del Poder Legislativo para evitar la arbitrariedad que supondría que los Poderes Ejecutivo y Judicial tuvieran potestad para regular el ámbito penal. Solo normas con rango de ley pueden contener la regulación de los aspectos penales, lo que a su vez supone que la técnica legislativa de la promulgación de leyes penales en blanco (las que

²² De la formulación clásica del principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), según Luis ARROYO ZAPATERO, se desprenden varios subprincipios: «La reserva absoluta de ley para la definición de las conductas constitutivas de delito y de las correspondientes penas; la proscripción de la costumbre como fuente de Derecho penal; la prohibición de la analogía *in malam partem* y de la interpretación extensiva; la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo; la determinación, certeza o taxatividad de las normas penales; la prohibición del *bis in idem*; la garantía jurisdiccional y la garantía de la ejecución penal» (Luis ARROYO ZAPATERO: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 8, 1983, pág. 10). No obstante, en algunas jurisdicciones no hay coincidencia en todos esos subprincipios: en Alemania e Italia, por ejemplo, el *non bis in idem* no se considera subordinado al principio de legalidad penal. Volveremos sobre ello más adelante.

remiten para su desarrollo a normas con rango inferior a la ley) no sea acorde al principio de legalidad²³.

- (ii) Solo la ley debe considerarse fuente en el ámbito penal. Quedan descartadas, por tanto, la costumbre y la jurisprudencia como instancias para el establecimiento de delitos y penas²⁴.

La prohibición de que la ley penal se base en fuentes no escritas está desempeñando un papel trascendental en los cambios que se están llevando a cabo en el plano del derecho penal internacional, ya que se ha producido una paulatina disminución de la importancia que se le concede al derecho consuetudinario en la Sala de Apelaciones de los tribunales *ad hoc*. Como expone Héctor OLÁSOLO ALONSO:

«La progresiva limitación del papel de la costumbre internacional como fuente del derecho penal internacional es un efecto inevitable de esta nueva prioridad en cuanto que las fuentes de derecho no escritas ofrecen menos garantías desde las perspectivas de la especificidad y la previsibilidad. Por ello, es de esperar que las recientes decisiones de la Sala de Apelaciones no sean sino los últimos coletazos de un derecho penal internacional abocado a una evolución hacia la norma escrita, lo que a su vez permitirá la superación de la tradicional dicotomía entre el derecho penal internacional y el derecho penal de numerosos sistemas nacionales»²⁵.

²³ Véase Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN: «El principio de legalidad en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 112-115.

²⁴ Este aspecto lo explica Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ con las siguientes palabras: «Las ventajas de la ley frente al derecho consuetudinario descansan en que la ley, a través de las garantías de su proceso de creación, encierra un elevado grado de objetividad e imparcialidad, garantizando con su redacción abstracta, desconectada del caso concreto, la unidad y la igualdad en la aplicación del Derecho» (Rosario de VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, pág. 37).

²⁵ Héctor OLÁSOLO ALONSO: «Del estatuto de los tribunales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crimen sine lege* en el Derecho penal internacional», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 5, 2006, pág. 13. Un desarrollo más amplio de las implicaciones que el principio de legalidad penal presenta en el Derecho internacional se puede consultar en Héctor OLÁSOLO ALONSO: «El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo», *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, vol. 1, 2013, pp. 18-42; Manuel OLLÉ SESÉ: «El principio de legalidad en el Derecho penal internacional: su aplicación por los tribunales domésticos», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid: Edisofer, 2008, págs. 559-582; Ángel Juan NIETO GARCÍA: «A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional: estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas», *Diario La Ley*, n.º 7061, 21 de noviembre de 2008, págs. 1-6; y Marco SCOLETTA: «El principio de legalidad penal europeo», en Luis María Díez-PICAZO y Adán NIETO MARTÍN (dirs.): *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal Europeo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2010, págs. 251-297. Por su actualidad, conviene que se tenga presente también Vicente GIMENO SENDRA: «La doctrina Parot y el principio de legalidad», *Diario La Ley*, n.º 8307, 9 de mayo de 2014, págs. 1-6.

3.2.2 *Lex praevia*

La irretroactividad de la ley penal «es el contenido más asentado tradicionalmente del principio de legalidad, y su consecuencia jurídica es la prohibición de dotar a las nuevas leyes penales de efectos retroactivos»²⁶. La irretroactividad se basa en el principio general de derecho que se formula bajo el aforismo latino *tempus regit actum*.

No obstante, la aplicación retroactiva de las leyes penales sí suele ser admitida en el caso de que la nueva ley favorezca al reo²⁷. Esta excepción al principio de irretroactividad la vamos a encontrar expresamente reconocida como derecho fundamental en muchas de las constituciones que estudiaremos en este trabajo.

Con la irretroactividad de las normas se va a producir una paradoja histórica que también se observa en el principio *non bis in idem*²⁸: el subprincipio tiene una tradición mucho más antigua que el principio al que se vincula. En efecto, el principio de legalidad penal, como hemos visto, es fruto del desarrollo liberal del derecho que se produjo a finales del siglo XVIII; pero la irretroactividad de las normas penales forma parte de la esencia misma del derecho desde la antigüedad romana²⁹. Esto nos lleva a afirmar que entre legalidad penal —entendida en sentido amplio— e irretroactividad de las normas se establece una conexión *ad hoc* o conceptual, no una relación de subordinación histórica.

3.2.3 *Lex certa*

La taxatividad de la ley penal debe entenderse en un doble sentido³⁰: por un lado, como un mandato al legislador para que redacte las leyes penales con la máxima

²⁶ Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Bilbao: La Ley, 1999, pág. 50.

²⁷ La nueva ley puede despenalizar una actuación delictiva anterior o puede reducir la pena que le corresponde al delito cometido (véase Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, pág. 64).

²⁸ Entiéndase que, en el caso del *non bis in idem*, la paradoja solo existirá para quienes consideren que este (sub)principio está subordinado a la legalidad penal. No existe tal paradoja para los que pensamos que esa subordinación no es cierta.

²⁹ Véase el informado repaso histórico que realiza José María SUÁREZ COLLÍA: *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid: Actas, 1994, págs. 31-40.

³⁰ Como indica Luis María Díez-PICAZO: «Taxatividad significa que, al definir las conductas delictivas y prever las correspondientes penas, la ley debe satisfacer un mínimo de claridad, precisión y

precisión posible (subprincipio de *lex certa*); por otro lado, como una exigencia al Poder Judicial para que se apliquen de forma estricta esas leyes (subprincipio de *lex stricta*)³¹.

La *lex certa* implica que los textos que recogen la determinación de los delitos y las penas deben evitar cualquier tipo de imprecisión. Como afirma Rosario de VICENTE MARTÍNEZ, «de poco sirve exigir que la conducta y la sanción estén predeterminadas en una norma, si ésta aparece formulada en términos tan imprecisos que ni el ciudadano sabe con certeza qué conducta se declara punible o qué pena tiene asignada»³². Además, la claridad en la determinación de la ley penal es importante no solo para que delitos y penas sean predecibles, sino también para evitar que se hagan interpretaciones arbitrarias y parciales por parte de quienes se encargan de la aplicación del derecho³³.

3.2.4 *Lex stricta*

La principal consecuencia del postulado de *lex stricta* es la prohibición de recurrir a la analogía para solucionar los casos que no estén contemplados expresamente en la ley penal, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del ordenamiento —como el civil—, donde sí se admite la aplicación analógica de reglas jurídicas para casos similares al regulado³⁴.

determinación. A la vista de la ley penal, los ciudadanos deben poder saber, con un margen razonable de certidumbre, cuál es el comportamiento prohibido y cuál es la sanción por su infracción» (Luis María Díez-PICAZO: «El principio de legalidad penal», *op. cit.*, pág. 470). Víctor FERRERES COMELLA define el principio de taxatividad de la siguiente forma: «El principio de taxatividad no es otra cosa que la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas» (Víctor FERRERES COMELLA: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. (Una perspectiva constitucional)*, Madrid: Civitas, 2002, pág. 21).

³¹ Esta es la forma en que entienden la taxatividad autores como Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, págs. 40-61, o Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*: *Lecciones de derecho penal...*, *op. cit.*, págs. 47-50. Sin embargo, lo habitual es que no se realice esa diferenciación entre la condición de *lex certa* y la de *lex stricta*, y se tengan en cuenta de forma conjunta bajo el paraguas integrador de la taxatividad como garantía de la seguridad jurídica (véanse, por ejemplo, entre otros muchos, Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN: «El principio de legalidad en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 105-107, y Luis María Díez-PICAZO: «El principio de legalidad penal», *op. cit.*, págs. 470-474).

³² Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, pág. 40.

³³ Véase Víctor FERRERES COMELLA: *El principio de taxatividad en materia penal...*, *op. cit.*, págs. 43 y ss.

³⁴ «La ley penal ciertamente, como cualquier ley, puede presentar lagunas como consecuencia de que determinados hechos que en principio deberían ser delitos, han escapado a las previsiones del legislador. En otras ramas del ordenamiento jurídico, distintas de la penal, el modo de solucionar estas lagunas es el

Como sucede con el postulado de irretroactividad de la ley penal (principio para el que comúnmente se admite el efecto retroactivo a favor del reo), en el caso de la analogía existe una excepción —bien es cierto que no exenta de polémica— en lo que en términos técnicos se denomina analogía *in bonam partem*: si la aplicación analógica de la ley penal favorece al reo, entonces es legítima su consideración. Lo que censura el principio de legalidad, en definitiva, es la denominada analogía *in malam partem* o en perjuicio del reo:

«La taxatividad excluye la analogía *in malam partem*: dado que la ley penal debe ser clara, precisa y determinada, no puede ser aplicada, en perjuicio del reo, a supuestos distintos de los previstos expresamente por ella misma. La simple semejanza con el supuesto expresamente previsto no es una razón para ampliar la esfera de aplicación de la ley penal»³⁵.

La prohibición de la analogía está conectada íntimamente con la reserva de ley en materia penal, ya que es una forma de evitar que otras instancias distintas a la legislativa —en especial, la jurisprudencia— puedan arrogarse la capacidad para crear leyes penales o, mejor, para desarrollar aspectos concretos no contemplados en las leyes³⁶.

3.2.5 *Non bis in idem*

El sentido literal del principio *non bis in idem* expresa que no se debe castigar más de una vez el mismo hecho. Su inclusión dentro del contenido del principio de legalidad —como hemos avanzado en la introducción— no es una cuestión pacífica³⁷. En los ordenamientos jurídicos italiano y alemán, por ejemplo, el *non bis in idem* no se

de recurrir a la analogía, es decir, aplicar una regla jurídica a casos a los que ciertamente no se ajusta su tenor literal, pero que son tan similares al caso regulado expresamente que parece conveniente darles el mismo tratamiento jurídico» (Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, pág. 57).

³⁵ Luis María Díez-PICAZO: «El principio de legalidad penal», *op. cit.*, pág. 472.

³⁶ A propósito del artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica, Francisco CASTILLO GONZÁLEZ lo explica de la siguiente forma: «La prohibición de la analogía *in malam partem* tiene su fundamento en que solo el legislador, por disposición constitucional, puede crear delitos y penas. Hay, pues, una estricta reserva de ley en esa materia. La analogía *in malam partem* implica que el juez, en libre creación del derecho y mediante la exploración del sentido de la norma, extiende la norma o la crea mediante la interpretación. Si existe una laguna legal que solamente puede llenarse mediante interpretación analógica, puede completarse si favorece al reo» (Francisco CASTILLO GONZÁLEZ: «La exclusión dolosa de la tipicidad y la analogía *in malam partem*», *Anuario de Derecho Penal*, 2005, pág. 328).

³⁷ Como afirma Luis ARROYO ZAPATERO, «asentar el *ne bis in idem* en los fundamentos materiales del principio de legalidad no resulta sencillo» (Luis ARROYO ZAPATERO: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *op. cit.*, pág. 19).

considera subordinado a la legalidad penal³⁸. En España, sin embargo, y aunque existen muchas voces discordantes, el Tribunal Constitucional decidió incluir la prohibición de la doble sanción en el artículo 25.1 de la Constitución y hacerlo depender así del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Analizaremos la historia, los tipos, fundamentos y condiciones del principio *non bis in idem* en un capítulo posterior.

3.3 Fundamentos y garantías

En general, se suele considerar que el principio de legalidad penal se fundamenta en tres criterios distintos.

En primer lugar, el principio de legalidad tiene un **fundamento democrático** que supone una limitación del Poder Judicial. Esto quiere decir que en último término es el pueblo —por medio de sus representantes y a través del Poder Legislativo— el que tiene la potestad de decidir cuáles son los delitos y qué penas son las que les deben corresponder, algo que, evidentemente, no se puede predicar de sistemas totalitarios o absolutos anteriores al nacimiento de los regímenes democráticos³⁹. Esta es prueba definitiva de que el origen del principio de legalidad no pueda hallarse antes de finales del siglo XVIII. Como afirma Agustín RUIZ ROBLEDO:

«Lo cierto es que el principio de legalidad, tal como lo concebimos hoy, no tiene su origen hasta la Ilustración, sólo entonces se le añade a la idea de que el juez debe estar sujeto a la *ley*, la idea de que esta *ley* no puede ser otra que la aprobada exclusivamente por un poder legislativo que represente a los ciudadanos. De épocas anteriores al «Siglo de las luces» no es difícil encontrar testimonios sobre la preocupación social por las penas desproporcionadas y la arbitrariedad judicial; pero, aunque forzáramos las categorías y cometiéramos el anacronismo de aplicarlas al Estado absoluto, sólo encontraríamos una vertiente del principio de legalidad, la seguridad jurídica, la necesidad de normas ciertas que excluyan la arbitrariedad de su aplicación, pero no su *ratio essendi*, que no es otra que la división de poderes, el *principio democrático* para determinar lo que debe ser sancionado»⁴⁰.

En segundo lugar, la legalidad penal presenta un **fundamento criminal**, entendido en el sentido que le dio FEUERBACH de coacción psicológica: las leyes deben

³⁸ Véase Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, págs. 35-36.

³⁹ Véase Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA: «Reflexiones sobre el principio de legalidad», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 7, 2006, pág. 300.

⁴⁰ Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal...», *op. cit.*, pág. 142.

identificar con claridad los delitos y las penas para que actúen como una especie de amenaza que funcione como medida preventiva que coarte al ciudadano de cometer hechos delictivos. La principal consecuencia de ello, en opinión de Luis ARROYO ZAPATERO, «es la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos (principio de irretroactividad) y la exigencia de que las prohibiciones penales se establezcan con la máxima precisión (principio de determinación)»⁴¹.

En tercer lugar, el principio de legalidad tiene un **fundamento tutelar del ciudadano** frente a posibles limitaciones o conductas arbitrarias por parte del Estado. Se trata de garantizar por medio de un derecho fundamental (el contenido de la legalidad penal) otro derecho fundamental de carácter superior (la libertad⁴²) y tiene como consecuencias inmediatas la aceptación de la aplicación analógica *in bonam partem* y la retroactividad de la ley penal cuando favorece al reo⁴³.

Además de esos tres fundamentos principales, también se han tomado a veces en consideración el principio de culpabilidad y la exigencia de certeza o idea de seguridad jurídica para explicar cuáles son las bases sobre las que se asienta la legalidad penal⁴⁴.

En lo que se refiere a las **garantías** que encierra el principio de legalidad, es necesario identificarlas y diferenciarlas entre sí con claridad porque, como veremos, no todas ellas son atendidas en muchas de las constituciones que citaremos en este estudio. Las cuatro garantías que sirven de control del poder punitivo del Estado son las siguientes⁴⁵:

⁴¹ Luis ARROYO ZAPATERO: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *op. cit.*, pág. 14.

⁴² La vinculación del principio de legalidad con la libertad se explica teniendo en cuenta que el primero impide que el Estado ejerza un poder indiscriminado —y arbitrario— en materia penal (véase Luis María Díez-PICAZO: «El principio de legalidad penal», *op. cit.*, pág. 464).

⁴³ Véase Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*: *Lecciones de derecho penal*, *op. cit.*, pág. 44. Estos autores también consideran que el fundamento tutelar del ciudadano explica la inclusión del principio *non bis in idem* entre los subprincipios de la legalidad penal.

⁴⁴ Véase la crítica que realiza a esas fundamentaciones Luis ARROYO ZAPATERO: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *op. cit.*, págs. 15-17.

⁴⁵ Véase Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, págs. 32-35. Como expone María Fernanda ÁLVAREZ ALCÍVAR, conviene que se diferencie el axioma de mera legalidad, que exige las dos garantías principales (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), del principio de estricta legalidad, que abarca un número más amplio de garantías que hay que interpretar como condiciones necesarias de la legalidad penal: *nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione* (María Fernanda ÁLVAREZ ALCÍVAR: «La

- (i) **Garantía criminal** (*nullum crimen sine lege*): implica que no se puede considerar delictiva ninguna acción que no esté previamente contemplada en las leyes⁴⁶. En consecuencia, ni el Poder Ejecutivo ni el Judicial tienen potestad para crear delitos.
- (ii) **Garantía penal** (*nulla poena sine lege*): manifiesta que solo se pueden imponer sanciones o medidas de seguridad en el ámbito penal cuando estas se encuentran previamente establecidas por la ley para el hecho delictivo concreto de que se trate⁴⁷.
- (iii) **Garantía jurisdiccional** (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*): determina que solo los tribunales de justicia pueden imponer sanciones penales⁴⁸.
- (iv) **Garantía de ejecución** (*nullum iudicium sine lege*): implica que no puedan ejecutarse penas que no estén sujetas a la regulación que marque la ley o, dicho de otra forma, que el modo en que deben ejecutarse las penas debe ser el prescrito en las leyes⁴⁹.

Pero, pese a todo lo dicho, el principio de legalidad penal no adquiere toda su plenitud con su sola constitucionalización. Para que sea verdaderamente eficaz, es necesario que las leyes penales en las que se desarrolla no supongan arbitrariedades o desigualdades que permitan la conculcación del principio. Esto último es precisamente

ejecución de la pena: un acercamiento desde el Derecho penal mínimo», en Carolina SILVA PORTERO (ed.): *Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de libertad*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pág. 133).

⁴⁶ Esta garantía se expresa de la siguiente forma en el artículo 1.1 del Código Penal español: «No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración».

⁴⁷ El artículo 2.1 del Código Penal español establece: «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad».

⁴⁸ En España, esta garantía está recogida en el artículo 3.1 del Código Penal: «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales». Como exponen Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, el principio de legalidad exige «que las penas se impongan por el órgano competente y tras el proceso legalmente establecido» (Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN: «El principio de legalidad en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 110-111).

⁴⁹ En España, se prescribe esta garantía en el artículo 3.2 del Código Penal: «Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes».

lo que ocurre, en opinión de Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, por ejemplo, con el delito de incendio que recoge el artículo 351 del Código Penal español al imponer una pena base que abarca desde los diez hasta los veinte años de prisión, un marco tan amplio que puede dar lugar a que la comisión del mismo delito implique una desigualdad notable en la concreción de la pena en función del tribunal que la imponga⁵⁰. En el caso del artículo 351 del Código Penal, parece claro que el establecimiento de un plazo sancionador tan amplio contrasta en cierto sentido con lo que la Constitución española declara en el artículo 25.1, ya que la conculcación del principio de igualdad supone también una violación del principio de la legalidad de la pena⁵¹.

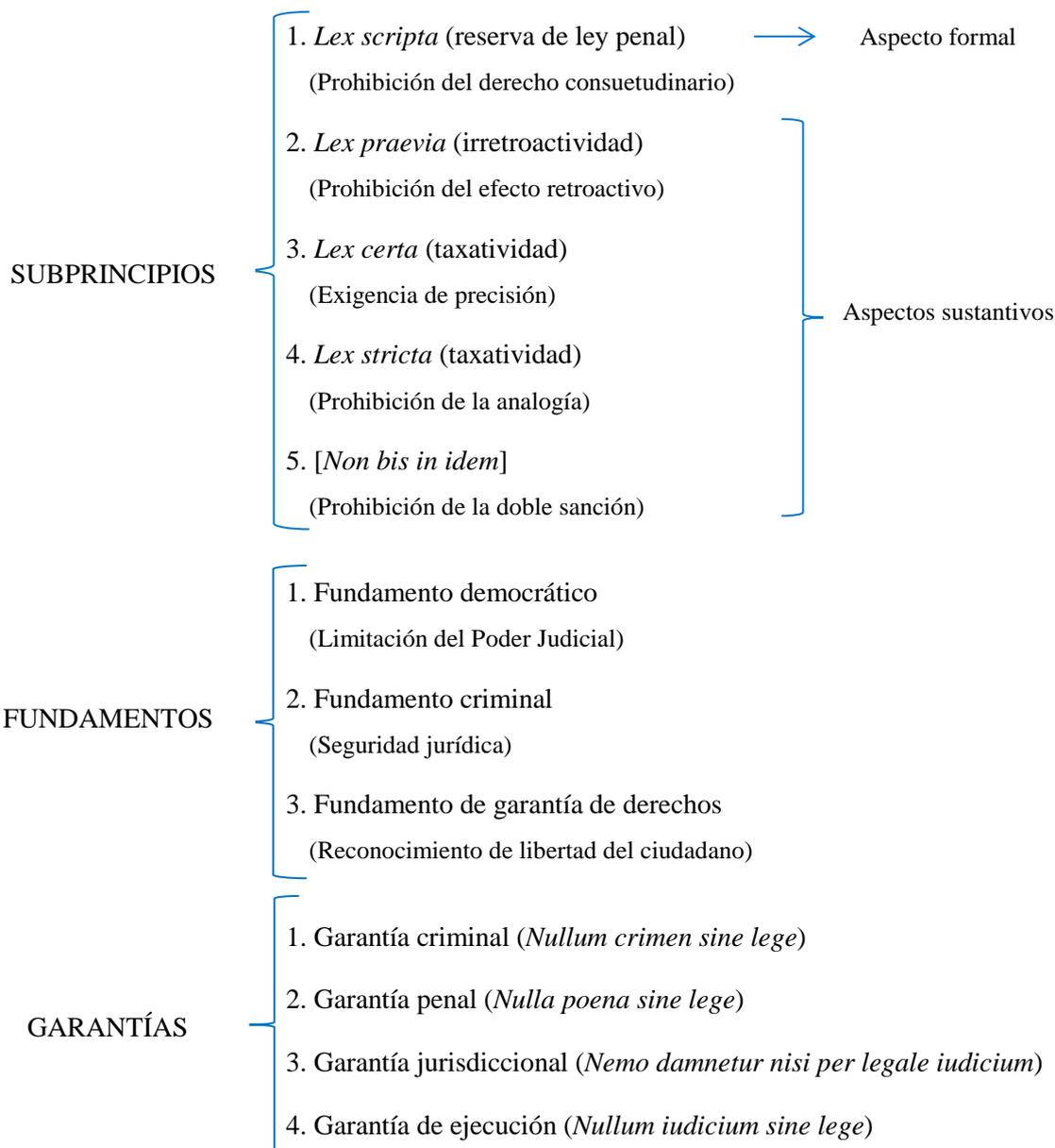
⁵⁰ Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA: «Reflexiones sobre el principio de legalidad», *op. cit.*, págs. 310-311.

⁵¹ Ídem, pág. 312.

3.4 Esquema resumen

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

(Nullum crimen, nulla poena sine lege)



FUENTE DEL GRÁFICO: elaboración propia a partir de la bibliografía manejada.

4. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

4.1 Historia del principio

El principio general de derecho formulado con el brocardo latino *non bis in idem* es tremendamente complejo y ha generado frecuentes polémicas doctrinales. Ya en su propia formulación lingüística, el principio se muestra esquivo y hasta confuso, pues podemos encontrarlo citado de dos maneras distintas: *non bis in idem* y *ne bis in idem*⁵². Nosotros adoptaremos la primera denominación, con el adverbio *non* y sin tilde en el pronombre *idem* tal como recomienda la Real Academia Española⁵³, aunque respetaremos, evidentemente, la escritura de las citas en que se prefiera la segunda forma⁵⁴.

En opinión de una parte de la doctrina jurídica, el origen del principio es remoto. Su antecedente más antiguo lo encontramos en el que es considerado el primer código legal de la historia, el Código babilónico de Hammurabi (1760 a. C.). En este texto, la ley 5 se formula del siguiente modo:

⁵² En realidad, las dos escrituras son correctas. Lo explica con meridiana claridad Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: «La cuestión del “ne” o el “non” es una circunstancia surgida del cambio al estilo directo. En términos generales cabe decir que “ne” es una conjunción que da inicio a una oración final negativa, por lo tanto subordinada y que se suele traducir “para que no” o “que no”. Ahora bien, si extraemos la oración subordinada del contexto y la convertimos en una oración principal, la conjunción subordinada se debe transformar en una simple negación, esto es, en “non” y se traduce por “no”» (Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *El principio non bis in idem*, Madrid: Dykinson, 2004, pág. 17). No obstante, no falta también quien manifiesta una opinión curiosa al respecto de la doble denominación. Así, el jurista peruano Víctor LIZÁRRAGA GUERRA, en una solución cuando menos ingeniosa, prefiere reservar cada una de las dos formulaciones del principio para cada uno de los dos tipos de *non bis in idem* comúnmente aceptados: «Se define el *ne bis in idem* como “Nadie puede ser enjuiciado por los mismo hecho que hayan sido juzgado [sic] por resolución firme en un tribunal penal”, mientras que la definición de *non bis in idem* “Nadie puede ser juzgado doblemente por un delito”. En ese sentido, se entiende que el *ne bis in idem* tendría un mayor alcance, pues se refiere de los mismos hechos, mientras tanto en el *non bis in idem* los alcances son más restrictivos, pues solo se refiere a delitos» (Víctor LIZÁRRAGA GUERRA: «Fundamento del *ne bis in idem* en la potestad sancionadora de la Administración Pública», *Gestión Pública y Desarrollo*, n.º 68, 2013, pág. B3).

⁵³ Algunos autores prefieren seguir manteniendo la escritura *non bis in ídem*, con tilde en el pronombre, que era la forma recomendada por la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA hasta el año 2010. En la nueva ortografía publicada ese año, la RAE cambió su criterio sobre la acentuación de expresiones latinas y, desde entonces, considera que lo más adecuado para ellas es mantener la grafía original, sin tilde y en letra cursiva (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Ortografía de la lengua española*, Madrid: Espasa Libros, 2010, pág. 612).

⁵⁴ Desde la doctrina, en alguna ocasión se ha reclamado unificar la denominación para evitar posibles confusiones (véase Francisco PUERTA SEGUIDO y Miguel BELTRÁN DE FELIPE: «Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el *ne bis in idem*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 71, 2004, pág. 372).

«Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia y depositado el instrumento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia y no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso»⁵⁵.

Como se aprecia claramente en la cita, el Código de Hammurabi a lo que hace referencia es al principio de la cosa juzgada, que es el que suele considerarse fundamento o antecedente más lejano del *non bis in idem*⁵⁶.

Esa prohibición de juzgar nuevamente lo que ya ha sido sentenciado en firme se identifica también en el orador griego DEMÓSTENES, que en su *Oratio adversus Leptinem* —escrita en el año 354 a. C.— dispone: «Leges autem vetant ne bis cum eodem iisdem de rebus vel lite vel rationibus reddendis vel certatione vel ullo alio tali modo agi liceat»⁵⁷.

Hay autores que, sin embargo, piensan que el origen del principio es muy incierto y que, en cualquier caso, no puede retrasarse más allá del siglo III d. C. Esa es la opinión, por ejemplo, de Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA:

«Su origen dista de estar claro, pero, como ha mostrado Landau, podemos situarlo en una compilación de derecho romano postclásico, del siglo III d. C. (las Sentencias de Paulo), y su posterior recepción por los canonistas, en los siglos XII y XIII. Remontarse más allá del siglo III d. C. no parece que sea viable»⁵⁸.

⁵⁵ Cita tomada de Carolina LOAYZA y Nicolás DE PIÉROLA: «El principio *non bis in idem* y su tratamiento en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Caso Loayza Tamayo», *Anuario Español de Derecho Internacional*, XIV, 1998, págs. 814-815.

⁵⁶ Más adelante tendremos ocasión de ver que esta consideración de la cosa juzgada como fundamento del *non bis in idem* no es una cuestión pacífica. Nosotros, para no hacer demasiado prolijo este trabajo en lo que se refiere a cuestiones técnicas, y aunque solo sea por motivo de mera similitud conceptual, mantendremos cierta identidad entre las instituciones de cosa juzgada y *non bis in idem* procesal, aun sabiendo que esa identificación hoy por hoy está puesta en entredicho y que, quizá, lo más recomendable sea partir de presupuestos distintos para cada una de ellas (véase Ignacio AYALA GÓMEZ: «El principio *non bis in idem*. La eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada», en *Curso Superior Universitario en Derecho Penal Económico. Un diálogo entre jueces, fiscales, abogados y profesores*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2009, pág. 336). Para más datos sobre la historia de la cosa juzgada, véase Jordi NIEVA FENOLL: *La cosa juzgada*, Barcelona: Atelier, 2006, especialmente el capítulo primero.

⁵⁷ DEMÓSTENES: *Oratio adversus Leptinem cum argumentis graece et latine*, Leipzig: B.G. Teubner, 1866, pág. 172 (edición de I. Th. Voemelio). Edición facsímil disponible en <http://catalog.hathitrust.org/Record/006580661>.

⁵⁸ Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: «Los principios del proceso penal en particular: el principio *non bis in idem*», en *Tratado de Derecho procesal penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012 (5.ª ed.), vol. 1, pág. 287.

En la Edad Media, y en textos ya redactados en castellano, se promulga el principio *non bis in idem*, también bajo la fórmula de la cosa juzgada, en tres de las principales compilaciones legales existentes, en el *Fuero Juzgo*, en el *Fuero Real* y en las *Siete Partidas*. En el primero de esos textos —el *Fuero Juzgo*—, redactado en 1241 en la Corte de Fernando III, traducción a su vez del *Liber Iudiciorum* visigodo escrito en latín a mediados del siglo VII, podemos leer lo siguiente: «Porque algunos iuezes pueden iudgar de los pleitos, et de las mal fetrias, non deven iudgar de cabo los pleitos que ya son iudgados, mas dévenlos fazer cumplir» (Libro II, Título I)⁵⁹.

El *Fuero Real*, otorgado por vez primera por el rey Alfonso X a la villa de Aguilar de Campoo en 1255, le dedica un apartado completo al principio *non bis in idem* en el Libro II, en concreto el Título XIV bajo el epígrafe «De los pleitos que fueren acabados, que no sean más demandados»:

«Ley I. Cómo el Pleyto que fuere acabado de que no fue alzado, finca firme e valedero.

Si algún Pleyto fuere acabado por Juicio, o afinado, de que no se alce ninguna de las Partes, o si se alzó, e no fue confirmado por aquel que lo debí confirmar, ninguna de las Partes no pueda más tornar a aquel Pleyto, maguer que diga, que falló cartas de nuevo, u otra razón para tornar a su Pleyto. [...]

Ley III. Cómo si alguno fuere vencido sobre alguna cosa, no puede sobre ella más demandar, mas sobre otra sí.

Si alguno demandare a otro heredad, u otra cosa qualquier, e dixere razón por qué la demanda, así como por compra, e de aquella demanda fuere vencido por Juicio, no lo pueda más demandar por aquella razón porque fue vencido; pero si gela quisiere demandar de cabo por otra razón nueva, así como por manda, o por donación, o por otra cosa que sea fecha, puédalo facer»⁶⁰.

En las *Siete Partidas* del rey Alfonso X, compilación legal escrita pocos años después que la traducción del *Liber Iudiciorum*, en lo referente a la prohibición del doble enjuiciamiento, se dice en la última de las Partidas: «Regla xxxii. Cómo la sentencia que pasó en cosa juzgada, deue ser auida por verdad. Otrosí dezimos, que la

⁵⁹ Transcrito a partir de *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid: Rivadeneyra, 1847, vol. 1, pág. 110. Edición facsímil descargable en el apartado dedicado a la colección digital hispánica de la Biblioteca Nacional (<http://www.bne.es/es/Catalogos/BibliotecaDigitalHispanica/Inicio/index.html>).

⁶⁰ Transcrito a partir de *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid: Rivadeneyra, 1847, vol. 1, pág. 374.

cosa que es juzgada por sentencia de que se non pueden alçar, que la deuen tener por verdad»⁶¹.

Por su importancia para los ordenamientos que son objeto de este trabajo, en especial para la etapa colonial de los países hispanoamericanos, hay que citar también la *Novísima recopilación de las leyes de España*, que en el Título XVII del Libro XII incluye la Ley II de Enrique III («Pena del que impida la ejecución de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada»):

«Ninguno ni alguno sea osado de impedir con osadía loca, por fuerza y con armas, contradecir, o defender o impedir la ejecución de las sentencias que son pasadas en cosa juzgada; y si alguno lo tal hiciere, mandamos, que allende de las otras penas en Derecho establecidas, que pierda la mitad de sus bienes, y sean aplicados a la nuestra Cámara (ley 8. tit. 17. lib. 4. R.)»⁶².

Aunque el principio *non bis in idem* no se incluye de forma explícita en las constituciones de muchos ordenamientos (entre ellos, el español), se trata de un principio general de derecho reconocido por los instrumentos internacionales⁶³. Así ocurre, entre otros, en el apartado 7 del artículo 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966)⁶⁴, en el apartado 4 del artículo 8 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969)⁶⁵ y en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1984)⁶⁶. Hay que hacer notar, además, que la garantía de *non bis in idem* no solo tiene aplicación

⁶¹ Transcrito a partir de *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid: Rivadeneyra, 1848, vol. 4, pág. 488.

⁶² Transcrito a partir de la *Novísima recopilación de las leyes de España (Tomo V. Libros X, XI y XII)*, Madrid: Imprenta de Sancha, 1805, pág. 218. Edición facsímil disponible en formato digital en la página de la biblioteca de la Universidad de Sevilla: <http://fama2.us.es/fde/oct/2006/novisimaRecopilacionT5.pdf>.

⁶³ Es un principio general de derecho, pero también es considerado un derecho fundamental. Sobre esta interesante cuestión, véase Alejandro NIETO: «*Non bis in idem*», en *Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Tecnos, 2002, págs. 409-410. Según este autor, «la regla jurídica del *non bis in idem* suele ser calificada de principio general del Derecho; pero, a mi juicio, sin otra razón que la de que no se encuentra positivizada en precepto alguno de Derecho Positivo» (ídem, pág. 409).

⁶⁴ «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país» (artículo 14.7).

⁶⁵ «El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos» (artículo 8.4).

⁶⁶ «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» (artículo 4.1).

interna en los ordenamientos jurídicos de los países que lo reconocen, sino que también despliega su fuerza en el ámbito internacional: cuando un caso ya ha sido sancionado o juzgado por un Estado, no puede volver a sancionarse o juzgarse en otra jurisdicción cuando este segundo país ha ratificado un tratado que lo prohíba⁶⁷. Ejemplo de esto último lo encontramos en el *Convenio de aplicación de los Acuerdos de Schengen*, cuyo artículo 54 dispone lo siguiente:

«Una 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»⁶⁸.

En suma, la prohibición del doble castigo se puede considerar que está configurada en la actualidad como un principio transnacional, pese a que, como afirma John A. E. VERVAELE, la aplicación del *non bis in idem* es convencional en función del contenido de los tratados, ya que «en el Derecho internacional no existe una norma general que imponga la obligación internacional de respetar el *ne bis in idem*»⁶⁹. En efecto, aunque se han realizado muchos avances para el reconocimiento internacional del derecho a no recibir una doble sanción, el principio de prohibición del doble castigo

⁶⁷ Véanse Montserrat de HOYOS SANCHO: «Eficacia transnacional del *non bis in idem* y denegación de la Euroorden», *Diario La Ley (Unión Europea)*, n.º 6330, 30 de septiembre de 2005, págs. 1-6; Fructuoso JIMENO FERNÁNDEZ: «Algunas reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el artículo 54 del Convenio de aplicación de Schengen. [Comentario a la STJCE Van Esbroeck (C-438/2004) de 9 de marzo de 2006]», *Diario La Ley*, n.º 6496, 2 de junio de 2006, págs. 1-5; Daniel SARMIENTO: «El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en Luis ARROYO ZAPATERO y Adán NIETO MARTÍN (coords.): *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, págs. 37-64; Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: «Los principios del proceso penal en particular...», *op. cit.*, pág. 340; y Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR: *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid: Iustel, 2008, págs. 19-21.

⁶⁸ Esta disposición tiene como punto de origen el artículo 50 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que ya había elevado a la categoría de derecho fundamental el principio *non bis in idem* al declarar que nadie puede ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito dentro del territorio de la Unión.

⁶⁹ John A. E. VERVAELE: «*Ne bis in idem*: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2014, pág. 6. De sumo interés para los aspectos relacionados con la aplicación del *non bis in idem* en el ámbito internacional —en especial, para tomar conciencia de los problemas que siguen sin resolverse en la aplicación del artículo 20 del Estatuto de Roma— resulta el trabajo de Helmut SATZGER y Julia KAYSER: «*Ne bis in idem* en el Derecho penal internacional: muchas preguntas a segunda vista», en Luis ARROYO ZAPATERO y Adán NIETO MARTÍN (coords.): *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, págs. 95-112.

penal carece de eficacia universal, ya que está sujeto a la ratificación de los tratados que lo contemplan por parte de los Estados que deseen adherirse a ellos⁷⁰.

4.2 Tipos de *non bis in idem*

En un sentido general, el principio *non bis in idem* se entiende como la prohibición de que un mismo hecho se pueda castigar doblemente. En la actualidad, ese doble castigo presenta dos dimensiones que hacen que el principio se muestre como una garantía sumamente compleja y polémica⁷¹. Por una parte, el *non bis in idem* se entiende en una vertiente material, que impide que el mismo hecho pueda ser sancionado por dos instancias distintas (penal y administrativa, sobre todo); por otra parte, el *non bis in idem* presenta una vertiente formal o procesal, que es la que prohíbe que el mismo hecho pueda verse sujeto a varios procesos⁷².

4.2.1 *Non bis in idem* material

La dimensión material del *non bis in idem* implica que no se debe admitir una doble sanción para unos mismos hechos. Como afirma Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, con respecto al ordenamiento jurídico español:

«El principio *ne bis in idem* desde la perspectiva material rechaza, en primer lugar, que un mismo hecho pueda dar lugar a más de una pena, problema que se resuelve con la aplicación del concurso de leyes; en segundo lugar, rechaza que un mismo hecho pueda dar lugar a la aplicación de una agravante ya tenida en consideración en el tipo básico del delito [...], y, tercero, rechaza que un mismo hecho pueda dar lugar a una sanción penal acompañada de una sanción administrativa»⁷³.

⁷⁰ Véase Ignacio COLOMER HERNÁNDEZ: «Conflictos de jurisdicción, *non bis in idem* y litispendencia internacional en la Unión Europea», en Luis ARROYO ZAPATERO y Adán NIETO MARTÍN (coords.): *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, págs. 65-93.

⁷¹ Hay quien ha llegado a afirmar que la regla *non bis in idem* «oculta un semillero de problemas» (Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012, pág. 2053).

⁷² Como veremos luego, han de cumplirse tres condiciones para que el *non bis in idem* se pueda aplicar: identidad de persona, identidad de cosa e identidad de fundamento.

⁷³ Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, pág. 78. Además, como afirma esta misma autora en esa misma página, «la imposibilidad de imponer dos sanciones, una administrativa y otra penal, por el mismo hecho es relativamente reciente».

En teoría, la duplicidad de sanciones podemos encontrarla en tres supuestos: (i) entre dos tribunales penales; (ii) entre dos Administraciones públicas; (iii) entre un tribunal penal y una Administración, que es el que con mayor frecuencia se identifica en la práctica⁷⁴. Cuando este último supuesto ocurre, y aunque existen criterios discrepantes en una parte de la doctrina, se considera que tiene prevalencia la vía penal sobre la administrativa⁷⁵, salvo que nos encontremos ante las dos excepciones que, al menos en el caso del ordenamiento español, existen a la aplicación del principio: las relaciones de sujeción especial y los intereses protegidos⁷⁶.

4.2.2 *Non bis in idem* formal o procesal

La dimensión formal del *non bis in idem* impide que exista «duplicidad de procedimientos sancionadores (penal y penal, penal y administrativo, o administrativo y administrativo)»⁷⁷ para un mismo acto ilícito. En principio, la prohibición de duplicidad de enjuiciamiento se podría dar en dos momentos distintos: (i) de forma simultánea (enjuiciamiento al mismo tiempo de los mismos hechos por dos vías distintas o por la misma vía⁷⁸); o (ii) en dos procesos consecutivos, es decir, cuando para uno de ellos ya se ha dictado sentencia firme contra la que no cabe recurso. En este último caso, el *non*

⁷⁴ Véase César ALBIÑANA CILVETI: «Anotaciones al principio *non bis in idem*», en Manuel ARAGÓN REYES y Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS: *La Constitución y la práctica del Derecho*, Pamplona: SOPEC Editorial, 1998, pág. 3366.

⁷⁵ Alejandro NIETO lo explica de la siguiente forma: «Si durante la tramitación de un expediente sancionador se inician actuaciones penales, la Administración debe abstenerse de continuar para evitar la duplicidad represiva» (Alejandro NIETO: «*Non bis in idem*», *op. cit.*, pág. 425). Por su parte, Vicente GIMENO SENDRA puntualiza: «Desde un punto de vista material, la preferencia de la Jurisdicción Penal encontraba y encuentra su fundamento en la *relevancia de los bienes e intereses protegidos por las normas penales*, que, al comprometer su violación el interés público, aconsejan su determinación en un proceso, cual es el penal, que, informado por los principios de legalidad y oficialidad de la acción penal, se encuentra ajeno a la autonomía de la voluntad de las partes» (Vicente GIMENO SENDRA: «Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal», *Diario La Ley*, n.º 5817, 4 de julio de 2003, pág. 2). Para un estudio detallado de esta cuestión, véase María José ALONSO MAS: *Prevalencia de la vía penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

⁷⁶ «Los funcionarios han de aceptar la doble sanción (penal y administrativa), o bien por considerarse que se encuentran en una relación de sujeción especial, o bien porque se entiende que son diversos los bienes o intereses jurídicos protegidos» (Alejandro NIETO: «*Non bis in idem*», *op. cit.*, pág. 407).

⁷⁷ José GARBÉRÍ LLOBREGAT: «La vertiente formal de la prohibición de *bis in idem* y sus (discutibles) límites», *Diario La Ley*, n.º 6766, 30 de julio de 2007, pág. 1.

⁷⁸ Si son dos vías distintas, con arreglo a lo dicho para el *non bis in idem* material, tendría preferencia el enjuiciamiento penal sobre el contencioso-administrativo.

bis in idem viene a coincidir con lo que la doctrina jurídica ha denominado cosa juzgada material negativa⁷⁹.

La cosa juzgada, al igual que ocurre con el principio *non bis in idem*, presenta dos vertientes: la formal y la material. Como expone Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, la vertiente formal supone que «la sentencia no puede ser impugnada, bien porque no quepa ningún recurso contra ella o bien porque hayan pasado los plazos para imponerlos [...]. Se trata de una resolución firme (sin perjuicio del recurso de revisión que precisamente ataca la cosa juzgada)⁸⁰. Por su parte, la vertiente material «es la vinculación que lo decidido va a tener en otro proceso»⁸¹. Esta vertiente material tiene dos efectos, uno positivo, en el orden civil, que «no impide que pueda haber otra sentencia sobre el mismo objeto [...], pero sí que sea contradictoria», y otro negativo, en el orden penal, que «se centra en el principio *non bis in idem*»⁸².

Con todo, la cosa juzgada no supone estrictamente la inmovilidad de lo sentenciado, aunque la posibilidad de modificar las decisiones firmes de los tribunales, en los regímenes democráticos, solo se contempla para el caso de que la revisión de la

⁷⁹ En España, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1990 declara que la vertiente negativa de la cosa juzgada material supone «un efecto preclusivo, traducido en el aforismo *non bis in idem*, revelado por la existencia de un anterior juicio sobre el mismo objeto, conducente a la no posibilidad de replantear indefinidamente un problema ante los Tribunales de Justicia, reflejando la influencia romana del efecto constitutivo de la *litiscontestatio*» (véase al respecto José Carlos TOMÉ TAMAME: «La cosa juzgada formal y la cosa juzgada material», *Diario La Ley*, n.º 5951, 10 de febrero de 2004, págs. 1-7).

⁸⁰ Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: «La cosa juzgada», en *Tratado de Derecho procesal penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012 (5.ª ed.), vol. 2, pág. 2096. Sobre este aspecto ha de tenerse en cuenta el capítulo que dedica Jesús Miguel HERNÁNDEZ GALILEA a los límites de la nulidad procesal en una obra imprescindible para entender en qué consiste esta figura. Según este autor, en el caso de España, «la norma que hace posible sostener la existencia de esos límites es el art. 240.1 de la LOPJ, que supedita la posibilidad de impugnación de los actos nulos a la utilización de los recursos establecidos por la Ley para la resolución de que se trate o a los demás medios que establezcan las leyes procesales. El efecto de cosa juzgada se mantiene así como límite a la posible valoración de la nulidad, que únicamente puede traspasarse en aquellos casos que la Ley lo permita» (Jesús Miguel HERNÁNDEZ GALILEA: *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Oviedo: Editorial Forum, 1995, pág. 323).

⁸¹ Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: «La cosa juzgada», *op. cit.*, pág. 2097.

⁸² *Ibidem*. En palabras de Belén UREÑA CARAZO, la cosa juzgada material se puede entender en dos sentidos: «Uno, positivo, consistente en que el juez de un segundo proceso debe respetar lo resuelto por otro juez en un primer proceso, siempre y cuando el objeto de éste sea parte del objeto del segundo proceso; y otro, negativo, en virtud del cual se prohíbe un ulterior proceso que tenga idéntico objeto al ya resuelto por la decisión judicial en un proceso anterior» (Belén UREÑA CARAZO: *Derechos fundamentales procesales*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pág. 261).

cosa juzgada favorezca al condenado⁸³. Estamos haciendo referencia, evidentemente, a los denominados recursos de revisión (acciones de revisión en algunos ordenamientos), que pueden presentarse en varios supuestos admitidos de forma general⁸⁴.

Pese a que la vinculación entre el principio de cosa juzgada y el principio *non bis in idem* no es cuestión pacífica, a los efectos de este trabajo, y habida cuenta de la aparición explícita de la cosa juzgada en muchas de las constituciones hispanoamericanas, resulta pertinente que incluyamos esa garantía como integrante del *non bis in idem* formal o procesal⁸⁵.

⁸³ Como veremos más adelante, en dos de los veinte países sobre los que se proyecta este trabajo se permite la revisión de sentencias absolutorias en la actualidad, caso que sí ataca directamente al principio *non bis in idem*. Tanto en Colombia como en Cuba, los Códigos Procesales Penales admiten la posibilidad de revisar la sentencia firme cuando se ha absuelto de manera indebida al acusado, aunque hay que advertir que, en el caso de Colombia, la revisión de sentencias absolutorias está relacionada con la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase el apartado 6.21 de este trabajo).

⁸⁴ «El procedimiento de revisión representa el caso más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada en interés de una decisión materialmente correcta. Su idea rectora reside en la renuncia a la cosa juzgada, cuando los hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente incorrecta de manera insoportable para la idea de justicia» (Claus ROXIN: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000, pág. 492).

⁸⁵ La vinculación entre cosa juzgada y *non bis in idem* la ha expresado una parte considerable de la doctrina. Citamos solo algunos casos significativos: «Parece claro que [...] el *non bis in idem* está claramente relacionado con la santidad de la cosa juzgada» (Salvador DEL REY GUANTER: *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pág. 117); «La prohibición de *non bis in idem* está basada en el concepto de cosa juzgada, de suerte que, enjuiciado un hecho por la jurisdicción penal, después no puede ser objeto de un procedimiento administrativo sancionador» (Alberto SÁNCHEZ GASCÓN: *Duplicidad de sanciones "non bis in idem"*, Madrid: Exlibris Ediciones, 2004, pág. 8). No obstante, no faltan las voces discordantes con esta interpretación. A modo de ejemplo, ténganse en cuenta las siguientes opiniones: «Se ha de separar el fundamento de la prohibición [de doble proceso] y no identificar la manifestación del *non bis in idem* procesal con la cosa juzgada. Esta última se refiere a la efectividad de la tutela judicial mientras que el derecho analizado ha de encontrar su razón última en la propia esencia de la potestad jurisdiccional y, a través de ella, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión» (Ignacio AYALA GÓMEZ: «El principio *non bis in idem*...», *op. cit.*, pág. 336); «La conexión entre el *non bis in idem* y la cosa juzgada —que siempre ha existido y que deliberadamente ha potenciado el Tribunal Constitucional— no deja de ser sorprendente y técnicamente ofrece dificultades» (Alejandro NIETO: «*Non bis in idem*», *op. cit.*, pág. 402). Por último, tampoco falta quien realiza una identificación plena, *a priori*, entre ambas figuras jurídicas: «En primer lugar, resulta pertinente analizar los elementos que se configuran en el concepto de *ne bis in idem* (cosa juzgada), que pertenecen a la orientación continental y en forma indefectible, al ámbito de la valoración de la conducta frente a los supuestos establecidos en el artículo 5º del Estatuto de Roma» (Jaime Alberto SANDOVAL MESA: «Aspectos sustanciales del *ne bis in idem* del Estatuto de Roma (ER) de 1998 en el Derecho interno», *Prolegómenos. Derechos y Valores*, n.º 27, 2011, pág. 76). El panorama, como se aprecia en las citas anteriores, es tremendamente complejo.

4.3 Fundamentos

La complejidad que manifiesta el principio *non bis in idem* en lo que se refiere a su tipología y a los casos en los que se aplica se multiplica cuando se intenta encontrar un fundamento que explique el principio. La doctrina ha postulado varios orígenes para la prohibición del doble castigo, y la cuestión dista mucho de estar resuelta. La disparidad de criterios entre los juristas es manifiesta, lo que contribuye al mantenimiento de una dosis elevada de incertidumbre en todo lo referente a la fundamentación del *non bis in idem*.

Para Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, el *non bis in idem* presenta dos posibles fundamentaciones: el principio de culpabilidad y el principio de seguridad jurídica. El primero veta la imposición de una segunda sanción, ya que ello violaría la proporcionalidad de las penas; mientras que el segundo impide esa sanción para evitar que los ciudadanos se vean sometidos a un trato inhumano, puesto que la posibilidad de que existiera doble castigo para un mismo hecho funcionaría como una amenaza que es inadmisibles en un Estado de derecho⁸⁶.

La misma dualidad de fundamentos es defendida por María José ALONSO MAS, para quien «la vertiente material del principio *non bis in idem* conecta mucho más directamente con la seguridad jurídica y con la proporcionalidad»⁸⁷.

Posición distinta es la mantenida por el Tribunal Constitucional español, que ya en la primera sentencia en la que trató el asunto de la doble sanción (STC 2/1981) hizo descansar el *non bis in idem* en los principios de legalidad penal y tipicidad (recuérdese que para este tribunal el *non bis in idem* se desprende del contenido del artículo 25.1 de la Constitución). No obstante, dos años después, en la STC 77/1983, el Tribunal Constitucional amplió el fundamento de la prohibición del doble castigo a la presunción de inocencia⁸⁸. El fundamento del principio de legalidad es defendido también, entre otros, por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA⁸⁹.

⁸⁶ Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *El principio non bis in idem*, *op. cit.*, págs. 56-57. También en «Los principios del proceso penal en particular...», *op. cit.*, pág. 292.

⁸⁷ María José ALONSO MAS: *Prevalencia de la vía penal...*, *op. cit.*, pág. 24.

⁸⁸ Abundaremos en esta cuestión cuando tratemos el *non bis in idem* en la Constitución española de 1978. En cualquier caso, véase Ignacio REDONDO ANDREU y Alba TABOADA GARCÍA: «El principio de *non bis*

Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, en uno de los más completos estudios que se han llevado a cabo en España sobre el *non bis in idem*, hace un repaso de los fundamentos que se han propuesto desde la doctrina y los sistematiza en las siguientes posibilidades⁹⁰: a) institución de la cosa juzgada⁹¹; b) principio de proporcionalidad; c) principio de seguridad jurídica; d) principio de legalidad; y e) prohibición de la arbitrariedad.

Por último, tampoco conviene pasar por alto la opinión formulada por Francisco SANZ GANDASEGUI cuando afirma que el *non bis in idem* «se explica y justifica por sí mismo» como principio general de derecho⁹².

4.4 Condiciones o identidades

El último aspecto que vamos a tratar en relación con el principio *non bis in idem* es el que afecta a la triple condición que tiene que darse para que la prohibición de doble castigo se pueda considerar justificada. Las tres identidades que deben existir en un ilícito penal para que se vea protegido por la garantía del *non bis in idem* son las siguientes⁹³: identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad de fundamento. El

in idem», en Marta SILVA DE LAPUERTA y Silvia GARCÍA MALSIPICA (dirs.): *Manual de Derecho administrativo sancionador*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014 (3.ª ed.), págs. 307-308. En los ordenamientos hispanoamericanos que analizaremos más adelante, la doctrina también ha vinculado estrechamente el *non bis in idem* con la legalidad penal, hasta el punto de que en Colombia y en Perú la influencia ejercida por el Tribunal Constitucional español ha llevado a considerar que la prohibición del doble castigo forma parte inescindible del principio de legalidad penal. Sobre ello véase, para Colombia, Paula Andrea RAMÍREZ BARBOSA: «El principio de *non bis in idem* como pilar fundamental del Estado de derecho. Aspectos esenciales de su configuración», *Novum Jus*, vol. 2, n.º 1, 2008, págs. 101-124; y, para Perú, Dino Carlos CARO CORIA: «El principio de “ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Dykinson, 2006, págs. 655-683.

⁸⁹ «La inclusión del *non bis in idem* en los principios de tipicidad y legalidad de los delitos, faltas o infracciones administrativas que se enuncia en el artículo 25 parece clara» (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 29, 1981, págs. 361-362).

⁹⁰ Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR: *La garantía non bis in idem...*, *op. cit.*, págs. 23-28.

⁹¹ Desde nuestro punto de vista, la cosa juzgada es el fundamento más evidente del principio *non bis in idem*. No obstante, deben tenerse en cuenta las opiniones discrepantes con esta interpretación a las que hemos hecho referencia en la nota 85 de este trabajo, además de lo que hemos afirmado sobre la institución de la cosa juzgada en el apartado dedicado al *non bis in idem* formal o procesal.

⁹² Tomo la cita de Alejandro NIETO: «*Non bis in idem*», *op. cit.*, pág. 401.

⁹³ La regla ya había sido formulada por PAULO en el siglo III d. C., tal como se recoge en el *Digesto*: «Et an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est. Idem

Tribunal Constitucional español, en su temprana sentencia STC 2/1981, de 30 de enero, ya hizo alusión a esa triple condición para que el principio pueda aplicarse:

«El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.— que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración» (STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4).

No obstante, es en la STC 2/2003, de 16 de enero, donde el Tribunal Constitucional analiza con más detenimiento esa triple condición exigida para la aplicación del derecho fundamental:

«La triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento» (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5).

4.4.1 Identidad de sujeto

La necesidad de que en la comisión de un ilícito tenga que existir identidad de sujeto para la aplicación del principio *non bis in idem* no suele ofrecer problemas. Su formulación, además, es muy clara. Como expone Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, «por exigirse la identidad subjetiva, el *non bis in idem* permite el castigo a diversos sujetos por su personal y diversa participación en el mismo ilícito»⁹⁴.

El único problema grave que ha planteado la identidad de sujeto es el de los castigos que se imponen a personas jurídicas y a las personas físicas que las representan, un problema que está motivado por la sofisticación de los nuevos planteamientos

corpus in hac exceptione non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adiectione deminutione facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur» (*Digesto*, 44, 2, 14. Cita tomada de Valeria Susana GUERRA: «Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad», *Revista de Derecho Privado* [Colombia], n.º 21, 2011, pág. 72).

⁹⁴ Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR: *La garantía non bis in idem...*, *op. cit.*, pág. 42.

legales⁹⁵. Un buen ejemplo de ello lo tenemos en las interpretaciones de las penas que pueden aplicarse a las personas jurídicas, según la redacción del artículo 31 bis del actual Código Penal español, en la comisión de delitos por una persona física como gestor de esa persona jurídica para evitar la vulneración del principio *non bis in idem* (condena a la persona física y a la persona jurídica en caso de delito cometido solo por la primera de ellas)⁹⁶.

4.4.2 *Identidad de hecho*

Como expone Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, «se considerará que hay un único hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad (criterio finalista), y sea valorada unitariamente en un tipo (criterio normativo)»⁹⁷. Si no se cumplen esos dos criterios, entonces nos encontraremos ante hechos delictivos distintos y, por lo tanto, cabría aplicar más de una sanción para ellos. En esencia, lo que impide el *non bis in idem* es la sanción reiterada de la misma conducta o, dicho de otra forma, un mismo delito solo puede ser castigado una vez (para que pueda articularse una doble sanción hay que probar que se ha cometido más de un hecho ilícito).

4.4.3 *Identidad de fundamento*

Como afirma Tomás CANO CAMPOS, «el principio *non bis in idem* no prohíbe realmente que alguien pueda ser sancionado dos veces por los mismos hechos, sino que

⁹⁵ Habría que añadir además que esta sofisticación también ocasiona la pérdida de vigencia de otros principios generales de derecho que eran admitidos casi como dogma hasta hace poco tiempo, como ha ocurrido en la legislación penal española con el axioma *societas delinquere non potest* («las sociedades mercantiles no pueden cometer delitos»), que ha dejado de ser definitivamente válido a partir de la última reforma del Código Penal. Una crítica —feroz en algunos aspectos— a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede observar en Manuel COBO DEL ROSAL: «Societas delinquere non potest», *Anales de Derecho*, n.º 30, 2012, págs. 1-14.

⁹⁶ Véase la *Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*. En este documento se llega a afirmar lo siguiente: «Por otra parte, en aquellos otros casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos —piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas societarias—, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la *doble incriminación de la entidad y el gestor* que, a pesar de ser formalmente posible, *resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio non bis in idem*» (pág. 19. La cursiva es nuestra).

⁹⁷ Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR: *La garantía non bis in idem...*, *op. cit.*, pág. 44.

sea castigado dos veces por los mismos hechos *sobre la base de idéntico fundamento*»⁹⁸. En efecto, cuando los intereses jurídicos protegidos son distintos, aunque el hecho ilícito sea el mismo y ese ilícito tenga el mismo sujeto como actor, se considera que no existe vulneración del *non bis in idem* al aplicar más de una sanción⁹⁹. Por el contrario, cuando el bien jurídico protegido sea el mismo, en caso de que se pudiera producir una doble tipificación, estaremos ante un concurso de normas¹⁰⁰, caso para el que la legislación penal establece los criterios que deben aplicarse para evitar la conculcación del principio *non bis in idem*¹⁰¹.

En suma, la identidad de fundamento hace referencia a la causa o motivo que se aduce para reclamar la sanción o iniciar el proceso (*eadem causa petendi*, en terminología especializada), lo que implica la existencia de no pocos problemas en casos concretos para determinar si, ante una doble vía, el bien jurídico que se pretende proteger es el mismo o se trata de bienes jurídicos distintos.

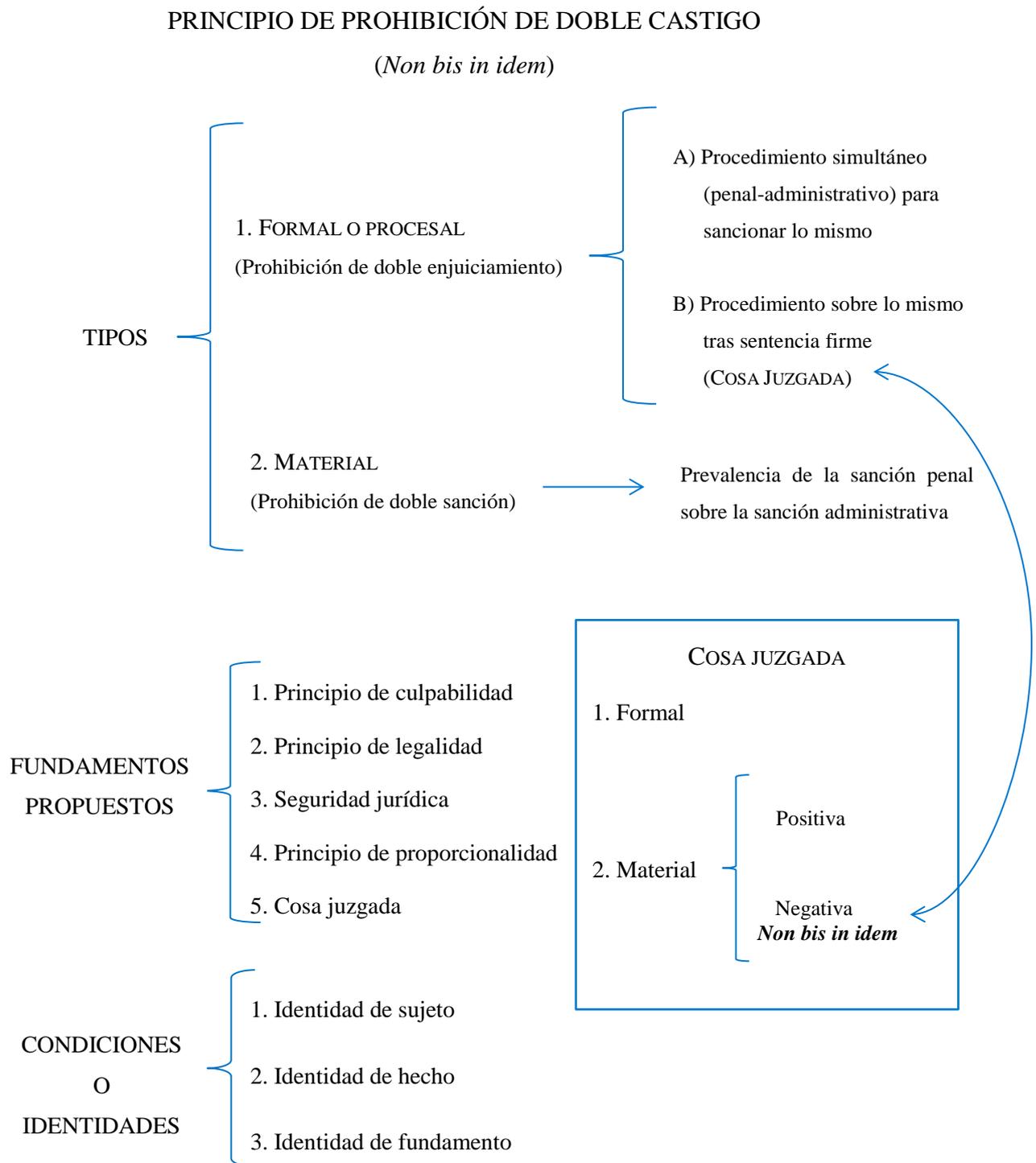
⁹⁸ Tomás CANO CAMPOS: «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, n.º 156, 2001, pág. 195.

⁹⁹ Véase Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR: *La garantía non bis in idem...*, *op. cit.*, pág. 47.

¹⁰⁰ Véase María José ALONSO MAS: *Prevalencia de la vía penal...*, *op. cit.*, pág. 23.

¹⁰¹ En el caso español, los criterios se determinan en el artículo 8 del Código Penal: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

4.5 Esquema-resumen



FUENTE DEL GRÁFICO: elaboración propia a partir de la bibliografía manejada.

5. LEGALIDAD PENAL Y *NON BIS IN IDEM* EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL

5.1 Introducción al constitucionalismo español

Los orígenes del constitucionalismo español no se pueden entender si no se tiene en cuenta la crisis del Antiguo Régimen y lo que supuso la fecha de 1808¹⁰². En lo que se refiere a la crisis del Antiguo Régimen, hay que hacer mención, entre otros factores, a la quiebra de la sociedad estamental, tan alejada de lo que hoy consideramos principios democráticos, al auge de una burguesía con pretensiones de constituirse en la clase social prioritaria y a la transformación de la monarquía, que hasta ese momento había gozado de un poder casi ilimitado; y por lo que se refiere a la fecha de 1808, nos encontramos ante un país invadido por Francia, motivo por el que «nuestro constitucionalismo nace *descentrado* y *oprimido*, y también impuesto»¹⁰³.

Siguiendo a Antonio TORRES DEL MORAL, se pueden identificar hasta seis periodos dentro de la historia constitucional española¹⁰⁴:

- (i) *Período de orígenes* (1808-1833), caracterizado por dos textos constitucionales, aunque al primero de ellos no se le debería otorgar el nombre propio de Constitución: el Estatuto de Bayona (1808) y la Constitución de Cádiz (1812), esta última de marcado carácter liberal.

¹⁰² José A. RODRÍGUEZ DEL VALLE IBORRA: «Apuntes acerca del constitucionalismo español del siglo XIX», en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999, tomo II, pág. 1871.

¹⁰³ Nicolás PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI: «Algunas notas sobre las características de nuestro constitucionalismo histórico 1808-1978», en Luis COSCULLUELA MONTANER (coord.): *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid: Civitas, 2003, pág. 69. Como expone Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, «el factor que desencadenó el nacimiento del constitucionalismo español fue exógeno, no endógeno: la invasión francesa» (Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA: «El primer constitucionalismo español y portugués (Un estudio comparado)», *Historia Constitucional*, n.º 13, 2012, pág. 100. [<http://www.historiaconstitucional.com>]).

¹⁰⁴ Antonio TORRES DEL MORAL: *Constitucionalismo histórico español*, Madrid: Átomo Ediciones, 1986, págs. 26-28. Una división prácticamente idéntica es la propuesta por Íñigo CAVERO LATAILLADE y Tomás ZAMORA RODRÍGUEZ, aunque estos autores consideran que existe una etapa perfectamente identificable entre la época de la Restauración y la Segunda República, una etapa a la que denominan la crisis del constitucionalismo, que se extiende desde finales de la primera década del siglo XX hasta 1931 (Íñigo CAVERO LATAILLADE y Tomás ZAMORA RODRÍGUEZ: *Constitucionalismo histórico de España*, Madrid: Editorial Universitas, 1995, págs. 41-47).

- (ii) *Periodo isabelino* (1833-1868), que se distingue fundamentalmente por el doctrinarismo. Se promulgaron en esa época el Estatuto Real (1834) y las Constituciones de 1837 y 1845. También pertenece a este periodo la Constitución *non nata* de 1856.
- (iii) *Sexenio revolucionario* (1868-1874), que comienza con el cambio de dinastía a favor de los Saboya, continúa con la Primera República y termina con la Dictadura —tras el golpe de Pavía— y la Restauración de la monarquía borbónica. Dos son los textos constitucionales de esta época: la Constitución de 1869 y el Proyecto de Constitución Federal de la Primera República Española, de 1873, que no llegó a promulgarse.
- (iv) *Etapa de la Restauración* (1874-1931), tras la caída de la Primera República y con el ascenso al trono de Alfonso XII, bajo cuyo mandato se redacta la Constitución de 1876. Políticamente, el período está marcado por el bipartidismo de conservadores y liberales, que se alternan en el poder.
- (v) *Época de la Segunda República* (1931-1939), momento clave y muy convulso de la historia de España. El texto fundamental del periodo fue la Constitución de 1931.
- (vi) *Dictadura franquista* (1939-1975), caracterizada por la ausencia de mandato constitucional y por la concentración del poder en las manos del general Franco. Legislativamente, el periodo está representado por la promulgación de las denominadas siete leyes fundamentales, que ni siquiera llegaron a tener plena vigencia y que, más que normas reguladoras, eran un compendio de principios con intención de maquillar un régimen que violó sistemáticamente los derechos humanos.

A partir de 1975, con la muerte del dictador, se inicia la etapa democrática que se extiende hasta la actualidad y que está singularizada por la Constitución de 1978, a cuyo estudio dedicaremos un apartado específico en lo que se refiere a las garantías de la legalidad penal y prohibición de doble castigo.

Por lo que respecta a las características generales que definen el constitucionalismo español, hay que destacar las tres notas que señala Antonio TORRES

DEL MORAL¹⁰⁵: discontinuidad, falseamiento y superficialidad, a las que hay que unir la debilidad de las estructuras políticas:

«A la hora de buscar las causas de nuestro anormal constitucionalismo histórico se suele reparar en su extemporánea aparición. Se dice a este respecto que en España no había habido una revolución burguesa y ni siquiera había un Estado propiamente dicho, sino un país políticamente desarticulado. Y algo de verdad hay en todo ello [...]. La política transcurrió siempre en nuestro país al margen de los textos constitucionales, siempre se vivió la constante supremacía de los hechos sobre el Derecho. Nuestra historia constitucional puede resumirse en el dicho: «cada partido una Constitución y un general para imponerla» frase que refleja la constante presencia del Ejército en la política española»¹⁰⁶.

Nicolás PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, por su parte, identifica hasta diez características esenciales en el conjunto del constitucionalismo histórico español¹⁰⁷:

- (i) *Carencia de estabilidad constitucional*, que tiene como consecuencia que el constitucionalismo español sea *disruptivo*. Las principales notas que definen esa inestabilidad son el atraso del país, que se une a los intentos por construir instituciones estables, la presencia de múltiples textos constitucionales y las discusiones permanentes que existen para buscar consenso en la forma de la Jefatura del Estado, la distribución territorial y la forma de Gobierno.
- (ii) *Carencia de estabilidad política* provocada por los múltiples cambios de Gobierno y por un excesivo personalismo.
- (iii) *Falta de aceptación del marco constitucional* proclamado por el partido ganador, lo que conlleva que el constitucionalismo se sienta como algo impuesto.
- (iv) *Contiendas civiles endémicas* producidas por enfrentamientos dinásticos y por cuestiones ideológicas.
- (v) *Confrontación ideológica* entre absolutistas y liberales.

¹⁰⁵ Antonio TORRES DEL MORAL: «El inicio del constitucionalismo español», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 26, 2012, págs. 169-171.

¹⁰⁶ Ídem, págs. 169-170.

¹⁰⁷ Nicolás PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI: «Algunas notas sobre las características...», *op. cit.*, págs. 67-84.

- (vi) *Exilio de la parte perdedora*, «el gran trajín (uno de ellos, al menos, y significativo) de estos dos siglos de difícil convivencia entre españoles»¹⁰⁸.
- (vii) *Inexistencia de clase media suficientemente amplia*, que se explica por la tardía revolución industrial del país.
- (viii) *Presencia excesiva de los militares en la vida política española*, secuestro de la soberanía popular por el ejército y tendencia al golpismo.
- (ix) *Pervivencia de pleitos históricos* entre borbones y carlistas, entre clases sociales, entre católicos y anticlericales, y entre lo nacional y lo extranjerizante.
- (x) *Existencia de una oligarquía despótica* y de un caciquismo endémico.

Por último, es necesario hacer mención de las tres corrientes en las que es posible insertar los textos constitucionales históricos de España¹⁰⁹:

- (i) *Constituciones programáticas*: son ensayos que pretendieron la modernización de la sociedad a partir de una nueva configuración de los poderes públicos. Sus tres modelos son las Constituciones de 1812, 1869 y 1931.
- (ii) *Constituciones autoritarias*: se caracterizan por el rechazo de la división de poderes y por la escasa participación del pueblo en las decisiones de gobierno. Los dos ejemplos más significativos son el Estatuto de Bayona y las Leyes fundamentales franquistas.
- (iii) *Constituciones pactadas*: son fruto del entendimiento entre distintas posiciones políticas. Entre ellas destacan las Constituciones de 1937, 1876 y 1978.

5.2 Estatuto de Bayona (1808)

Si bien el constitucionalismo español tiene su origen en 1812 con la promulgación de la Constitución de Cádiz, es necesario hacer referencia al denominado Estatuto de

¹⁰⁸ Ídem, pág. 76.

¹⁰⁹ Véase Miguel MARTÍNEZ CUADRADO: «La Constitución española de 1978 en la historia del constitucionalismo español», en Alberto PREDIERI y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (dirs.): *La Constitución española de 1978*, Madrid: Civitas, 1981, pág. 23.

Bayona, puesto que en este texto se reconocen de forma explícita para todo el territorio español algunos derechos fundamentales¹¹⁰.

Resulta evidente que el Estatuto de Bayona no es propiamente una constitución, ya que el pueblo no participó de ninguna forma en su confección. Se trata de un mandato real o carta otorgada por el emperador Napoleón BONAPARTE, que contiene 146 artículos, estructurados en trece títulos, y que tuvo una vigencia efímera¹¹¹.

A diferencia de lo que ocurrirá en el resto de textos constitucionales españoles, la garantía procesal del *non bis in idem* aparece recogida en el Estatuto por medio de una previsión acerca de la fuerza que adquieren las sentencias contra las que no cabe oposición. El artículo 102 hace una importante referencia a la vertiente formal del principio al establecer el carácter de cosa juzgada a las sentencias firmes, lo cual es algo que no vamos a volver a encontrar señalado de forma tan explícita en ninguna otra constitución española hasta 1978: «Las sentencias dadas en última instancia deberán tener su plena y entera ejecución, y no podrán someterse a otro tribunal sino en caso de haber sido anuladas por el Tribunal de Reposición» (artículo 102)¹¹².

El Estatuto de Bayona también incluye un precepto que puede entenderse como un intento por establecer el principio de legalidad, si bien solo en la garantía criminal, sin atender explícitamente al requisito de reserva de ley y sin hacer mención a la necesidad de ley previa a la comisión del delito: «Ninguna persona residente en el territorio de España y de Indias podrá ser presa, como no sea en flagrante delito, sino en virtud de una orden legal y escrita» (artículo 127).

¹¹⁰ «A pesar de su carácter autoritario, el Estatuto de Bayona reconocía una serie de libertades dispersas por su articulado, entre las que destacan la libertad de imprenta, la libertad personal, la igualdad (de fueros, contributiva y la supresión de privilegios), la inviolabilidad del domicilio y la promoción funcional conforme a los principios de mérito y capacidad» (Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA: «La primera constitución española: El Estatuto de Bayona», *Revista de Derecho* (Universidad del Norte), n.º 26, 2006, pág. 100).

¹¹¹ En cualquier caso, por más que se trate de una carta otorgada, hay que reconocer que nos encontramos ante el primer ensayo constitucional de la historia de España. En ese sentido, debemos tener presente el trabajo de Jean-Baptiste BUSAALL: «La Constitution de Bayonne de 1808 et l'histoire constitutionnelle hispanique», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2011, n.º 10, págs. 66-79.

¹¹² El precepto fue introducido con motivo de las observaciones que hicieron algunos consejeros de Castilla al tercer anteproyecto del Estatuto (M.^a Reyes DOMÍNGUEZ AGUDO: *El Estatuto de Bayona*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2004, pág. 237). El Tribunal de Reposición —suprema instancia judicial— equivalía a lo que en Francia se denominaba *Tribunal de Cassation* o *Cour de Cassation*, y ante él se podían recurrir todas las sentencias criminales (artículo 107).

Con la formulación de ese artículo se prohíben los arrestos arbitrarios, hecho que dota de cierta seguridad jurídica a los particulares por medio de una garantía que protege un derecho básico. Esta seguridad jurídica también se reconoce en el artículo 128, en el que se determina que solo puede detenerse a alguien en virtud de causas que estén establecidas en la ley y que la detención ha de ser realizada por personas expresamente autorizadas¹¹³.

Aunque el Estatuto de Bayona no tiene para España la misma importancia histórica que la Constitución de Cádiz, no conviene olvidar que determinados sectores políticos defendieron que algunos planteamientos recogidos en el texto gaditano tienen su origen dogmático en este documento napoleónico¹¹⁴. No ocurre así, sin embargo, en lo que atañe a los principios de legalidad penal y *non bis in idem*, ya que en el texto de Cádiz no encontraremos una declaración identificable en preceptos concretos de ninguno de esos dos derechos fundamentales.

5.3 Constitución de Cádiz (1812)

La doctrina ha caracterizado a la Constitución de 1812 atendiendo a tres aspectos formales básicos y a tres principios destacados que la definen¹¹⁵: (i) origen popular, ya que la Constitución nace de la reacción de los españoles contra el poder francés en la Guerra de Independencia; (ii) gran extensión (384 artículos); (iii) rigidez del contenido, al establecer un procedimiento de reforma muy agravado; (iv) respeto del principio de soberanía nacional; (v) reconocimiento de la división de poderes (el legislativo reside en las Cortes y en el rey; el ejecutivo, en el rey; y el judicial, en los tribunales); y (vi)

¹¹³ Véase M.^a Reyes DOMÍNGUEZ AGUDO: *El Estatuto de Bayona*, *op. cit.*, pág. 326.

¹¹⁴ El *Manifiesto de los Persas* (1814) no solo proponía la instauración de una monarquía absoluta y el restablecimiento de la Inquisición, sino que clamaba contra la Constitución de Cádiz, entre otras cosas, por ser una imitación de la de Bayona: «Esa Constitución tanto más odiosa, cuanto más se acerca a ser traslado de la que dictó la tiranía en Bayona, y de la que ató las manos a Luis XVI en Francia, principio del trastorno universal de Europa, de ese código en fin, cuya duración conduciría al pueblo a su precipicio» (párrafo 79 del *Manifiesto de los Persas*. Tomado de Claude MORANGE: «A propos de “l’inexistence” de la Constitution de Bayonne», *Historia Constitucional*, n.º 10, 2009, pág. 32). Hoy, sin embargo, no existen dudas de la poca influencia que el Estatuto de Bayona ha tenido en las constituciones españolas posteriores (véase Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA: «La primera constitución española...», *op. cit.*, pág. 106).

¹¹⁵ Véase Íñigo CAVERO LATAILLADE y Tomás ZAMORA RODRÍGUEZ: *Constitucionalismo histórico de España*, *op. cit.*, págs. 66-69.

confesionalidad del Estado, cuya religión será *perpetuamente* la única considerada verdadera, es decir, la católica (artículo 12).

Pese a que la Constitución de 1812 no contiene una formulación explícita de los principios de legalidad penal y prohibición del doble castigo, el elenco de garantías procesales que se desarrollan en ella no es nada despreciable¹¹⁶. En el título que la Constitución dedica a los tribunales y la administración de justicia en lo civil y lo criminal, se contempla el derecho de los justiciables al juez predeterminado por la ley (artículo 247); la igualdad de fuero de todas las personas (artículo 248), salvo si pertenecen al clero (artículo 249) o al ejército (artículo 250); la prohibición de arbitrariedad judicial (artículo 254); el derecho de los españoles al arbitraje (artículo 280) y el carácter ejecutivo de las resoluciones dictadas por los árbitros (artículo 281); la necesidad de mandamiento judicial para el apresamiento (artículo 287); la presentación inmediata del detenido ante el juez para que preste declaración antes de su ingreso en prisión (artículo 290); el derecho a no declararse culpable (artículo 291); el derecho del reo a la información sobre los documentos y declaraciones de los testigos (artículo 301); la publicidad del proceso (artículo 302) y la prohibición de la tortura (artículo 303).

En contrapartida, y a diferencia de lo que ya habían contemplado las constituciones de Francia, faltan en el texto gaditano referencias al derecho a la presunción de inocencia, a no recibir doble castigo por los mismos hechos, a la asistencia letrada y a la necesidad de que las sentencias sean motivadas, aunque sí se exige la motivación para el auto que resuelva la permanencia o no en prisión del arrestado (artículo 293). Tampoco se toma en consideración —como ya hemos dicho— la necesidad de que la ley preexista al delito cometido (principio de legalidad penal), que había sido lugar común en las constituciones francesas de finales del siglo XVIII y que era considerado un derecho fundamental en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789¹¹⁷.

¹¹⁶ Véase el apartado que dedica a los derechos procesales Raúl CANOSA USERA: «Derechos y libertades en la Constitución de 1812», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 82, 2011, págs. 178-182.

¹¹⁷ Véase la nota 16 de este trabajo.

La ausencia de una referencia expresa a la necesidad de reserva de ley previa a la comisión del delito ha sido interpretada por la doctrina como un hecho que puede explicarse por razones extrajurídicas. Así, en opinión de Agustín RUIZ ROBLEDO, «en 1812 y 1822 entender el principio de legalidad como reserva de Parlamento suponía que la burguesía revolucionaria se reservaba para sí misma un instrumento nada despreciable de la lucha política, quitándoselo al Rey, que todavía conservaba en la *Lex legum* de 1812 el poder ejecutivo»¹¹⁸. En consecuencia, en el texto gaditano no se realiza «una enunciación inequívoca del carácter de legalidad previa que debiera tener toda figura delictiva y toda pena (“*nullum crimen nulla poena sine lege*”)»¹¹⁹.

Pese a ello, la interpretación de algunos artículos del texto constitucional permite llegar a algunas conclusiones que afectan al *ius puniendi* del Estado y a establecer — bien es cierto que de forma un tanto precaria— el principio de legalidad penal¹²⁰. Desde ese planteamiento, la institución de división de poderes se puede considerar ya de por sí una base para proclamar el principio de legalidad, que se ve potenciada además por el contenido que expresa el artículo 287, dentro del capítulo dedicado a la administración de justicia en el ámbito criminal: «Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión».

También de los artículos 242 a 247, referidos a los tribunales, se pueden inferir consecuencias para el principio de legalidad penal, ya que prohíben la arbitrariedad judicial y establecen la garantía de jurisdicción. Los tribunales solo podrán ejercer las funciones de juzgar y ejecutar lo juzgado, lo que significa que, en consecuencia, no

¹¹⁸ Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal en la historia constitucional española», *Revista de Derecho Político*, n.º 42, 1997, pág. 158.

¹¹⁹ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del Derecho español*, Madrid: Tecnos, 1996 (4.ª ed.), pág. 496.

¹²⁰ «A diferencia de las declaraciones francesas que tan prolijamente tratan el asunto, como reacción enérgica frente a una de las prácticas más inicuas del absolutismo, la Carta gaditana no contiene proclamación del principio de legalidad penal que cabe empero inferir de lo establecido en otros preceptos de la Constitución» (Raúl CANOSA USERA: «Derechos y libertades en la Constitución de 1812», *op. cit.*, pág. 177). De la misma opinión es Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ cuando afirma que, aunque la Constitución de Cádiz «no recoge expresamente el principio de legalidad sí que se puede deducir el mismo de su interpretación sistemática» (Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, pág. 84).

podrán crear delitos y penas que no estén recogidos en leyes anteriores¹²¹. En el artículo 243 se hace una referencia a la institución de la cosa juzgada, aunque la prohibición de decidir sobre lo ya sentenciado solo está vedada a las Cortes y al Rey, pero no a los tribunales: «Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, *ni mandar abrir los juicios fenecidos*» (la cursiva es nuestra)¹²².

La formulación del principio de legalidad sí aparece en el primer Código Penal de la historia constitucional española, el de 1822, cuyo artículo 3 establece que «a ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración», precepto en el que se identifican la garantía penal, la reserva absoluta de ley y la prohibición de aplicación retroactiva. Hay que hacer notar, sin embargo, que ese artículo 3 que dispone la imposibilidad de imponer penas no contempladas en las leyes anteriores entra en contradicción con lo expresado en el artículo 109, según el cual se permite que los jueces apliquen por analogía la ley penal cuando las circunstancias del delito no estén expresadas de forma literal en las disposiciones del Código¹²³. Esta contradicción es prueba evidente del carácter balbuceante que a comienzos del siglo XIX presentaba el principio de legalidad penal en el ordenamiento jurídico español.

Es especialmente significativa la redacción del artículo 110, muy parecida a la del actual artículo 4.2 del Código Penal¹²⁴:

¹²¹ Véase el análisis que hace sobre esta cuestión Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal...», *op. cit.*, págs. 150-152.

¹²² La vigencia de la cosa juzgada también se infiere del contenido que expresa el artículo 270, ya que en él se alude a dos tipos de causas criminales: las fenecidas —que cabe interpretar como las que no pueden volver a ser abiertas— y las pendientes.

¹²³ «Artículo 109. Cuando alguna culpa o delito de los comprendidos en este código resultare con circunstancias que no estén expresadas literalmente en ninguna de sus disposiciones, pero que a juicio de los jueces de hecho tengan una perfecta semejanza y analogía con otras de las literalmente expresadas, podrá el juez aplicar la pena de estas si no tuviere motivo fundado de duda para consultar al superior competente. La propia regla se observará en cuanto a las circunstancias que favorezcan al procesado». También se puede considerar contradictorio lo expresado en el artículo 109 (posibilidad de aplicación analógica de la ley penal) con lo declarado en el artículo inmediatamente anterior (garantía de ejecución): «Artículo 108. [...] Tampoco podrán nunca [los jueces y tribunales] variar, conmutar, dispensar ni alterar en manera alguna las penas que la ley señale, ni dejar de aplicarlas en los casos respectivos».

¹²⁴ En el vigente Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), el artículo 4.2 reconoce lo siguiente: «En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de

«Si resultase una acción que aunque parezca criminal o culpable no esté comprendida en ninguna de las disposiciones de este código, el juez absolverá al que la hubiere cometido, y dará cuenta al Gobierno con sus observaciones, por medio del Tribunal Supremo de Justicia, para que se haga todo presente a las Cortes».

Ese precepto funciona como refuerzo del principio de legalidad, ya que impide el procesamiento de todo aquel que haya cometido un supuesto delito cuando la ley no lo contemple como tal.

Con respecto al principio de prohibición de doble castigo, aunque en el Código Penal de 1822 no se realiza una declaración expresa al respecto, sí se pueden extraer algunas conclusiones a partir de lo incluido en determinados preceptos. Así, los artículos 111 y 112 disponen la preferencia en la aplicación de determinadas penas cuando concurren varias de ellas para castigar un delito: (i) en caso de duda, se aplicará siempre la pena menor; y (ii) entre la imposición de una multa y la imposición de otra pena, será el juez el que decida cuál de las dos es la más conveniente.

5.4 Estatuto Real (1834)

Más que una Constitución, el Estatuto Real de 1834 es considerado una carta otorgada¹²⁵. Como ocurrió con el Estatuto de Bayona, el pueblo no participó en su redacción, sino que su promulgación partió de la iniciativa de la reina María Cristina de Borbón, en nombre de su hija Isabel II. El Estatuto Real no contiene una auténtica declaración o regulación de derechos ni reconoce la división de poderes: su contenido se centra en la composición de las Cortes Generales, divididas en los estamentos de los

alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal».

¹²⁵ No obstante, no todos los especialistas están de acuerdo en este tratamiento del Estatuto Real como carta otorgada. Un sector de la doctrina prefiere interpretarlo como una Constitución pactada, y también hay quien opina que nos encontramos ante una Constitución impuesta. Para un análisis de todas las posibles explicaciones, véase Íñigo CAVERO LATAILLADE y Tomás ZAMORA RODRÍGUEZ: *Constitucionalismo histórico de España*, *op. cit.*, págs. 96-97. Por su parte, Antonio TORRES DEL MORAL tiene su propia interpretación sobre el texto: «A mi juicio, no es una Constitución otorgada porque no las hay y las que pudiere haber no son Constituciones (que es lo que ocurre en el presente caso). Es, pues, un documento funcional, acaso intencionalmente restaurador de un orden político pretérito, pero que objetivamente y sobre todo en su desenvolvimiento práctico tuvo un significado de más trascendencia, pues fue utilizado, a veces frente a su tenor literal, como cobertura jurídica para la liquidación del Antiguo Régimen» (Antonio TORRES DEL MORAL: *Constitucionalismo histórico español*, *op. cit.*, pág. 58).

próceres y los procuradores del Reino. Consta solo de 50 artículos y tuvo una vigencia efímera.

Al no contener ningún apartado dedicado a la exposición de libertades y garantías, tampoco se recogen los principios de legalidad penal ni prohibición del doble castigo.

5.5 Constitución de 1837

En principio, la Constitución de 1837 tendría que haber sido una reforma de la Constitución de 1812, como parece desprenderse del contenido mismo de su preámbulo. Sin embargo, lo que se redactó fue una Constitución completamente nueva, bastante más breve (consta de trece títulos que desarrollan setenta y siete artículos más dos artículos adicionales) y con diferencias importantes con respecto al texto gaditano¹²⁶.

En la Constitución de 1837 encontramos por vez primera en el constitucionalismo español una formulación inequívoca y explícita del principio de legalidad penal, al establecer en su artículo 9 que «Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban».

Al contenido expresado en ese artículo 9 hay que añadir la prohibición de las detenciones arbitrarias que se expone en el artículo 7: «No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban»¹²⁷.

Además, la aplicación de las leyes estrictamente por parte de los Tribunales, es decir, la garantía jurisdiccional, se manifiesta en el artículo 63, dentro del título dedicado al Poder Judicial: «A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado».

¹²⁶ Véase Íñigo CAVERO LATAILLADE y Tomás ZAMORA RODRÍGUEZ: *Constitucionalismo histórico de España, op. cit.*, págs. 119-120.

¹²⁷ Esta garantía podía ser suprimida por ley en circunstancias extraordinarias, tal como se recoge en el artículo 8: «Si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía, o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley».

Volviendo al artículo 9, y como reconoce Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES, debemos afirmar que las garantías que recoge «son de suma importancia, tal vez las principales de esta Constitución»¹²⁸. Esas garantías incluidas en la formulación del principio de legalidad penal son las de reserva de ley, irretroactividad, jurisdicción predeterminada (juez o tribunal competente) y garantía de ejecución.

5.6 Constitución de 1845

Todos los contenidos relacionados con el principio de legalidad penal que encontramos en la Constitución de 1845 —considerada como «muy moderada» por la doctrina¹²⁹— reproducen exactamente los artículos de la Constitución de 1837¹³⁰. La única diferencia se reduce a la numeración dentro del texto de la garantía de aplicación de las leyes por parte de los tribunales (y prohibición de la arbitrariedad judicial), que en la de 1845 se muestra en el artículo 66 en lugar de en el 63. Ese mantenimiento en todos sus términos del principio de legalidad es interpretado por Agustín RUIZ ROBLEDO como prueba evidente de que «a estas alturas del siglo XIX, se trataba de un dogma que había pasado a ser un acervo común de todas las tendencias políticas: el Estado Absoluto había fenecido y con él la arbitrariedad del Derecho Penal»¹³¹.

El Código Penal que estuvo vigente bajo esta Constitución, el de 1848 —reformado en 1850— consagraba el principio de legalidad penal, en su vertiente de garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), en el artículo 2:

«Artículo 2. No serán castigados otros actos u omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas.

¹²⁸ Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ: «Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1837», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, pág. 66.

¹²⁹ Véanse Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal...», *op. cit.*, pág. 155; y Nora María MARTÍNEZ YÁÑEZ: «Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845 y en sus proyectos de reforma», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, pág. 86.

¹³⁰ En el apartado dedicado a los derechos, las tres diferencias más significativas de la Constitución de 1845 con respecto a su predecesora se basan en los recortes que se proclaman al suprimirse la institución del Jurado, al dejar de aludirse a la unidad de los fueros y al recuperarse la confesionalidad católica del Estado (véase Íñigo CAVERO LATAILLADE y Tomás ZAMORA RODRÍGUEZ: *Constitucionalismo histórico de España*, *op. cit.*, pág. 143).

¹³¹ Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal...», *op. cit.*, págs. 155-156.

En el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión, y no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal»¹³².

En el capítulo dedicado a las penas, el Código reitera el respeto del que ha de gozar el principio de legalidad, esta vez en su vertiente de garantía penal (*nulla poena sine lege*): «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley con anterioridad a su perpetración» (artículo 19).

Además, para evitar la aplicación arbitraria de la ejecución de las penas, el artículo 86 establece que «no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoria» (garantía jurisdiccional) y, para evitar que otras normas distintas de la ley dicten cómo deben ser ejecutadas esas penas, el artículo 87 dispone la garantía de ejecución: «Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto».

La reforma del Código Penal de 1850, en lo que afecta al principio de legalidad, mantiene la redacción de las garantías criminal, jurisdiccional y de ejecución, pero realiza un cambio significativo en la garantía penal, ya que elimina la reserva de ley al aceptar que otras normas con rango distinto también pueden establecer penas para los hechos delictivos¹³³:

¹³² Aunque, eso sí, quedan fuera de sujeción a lo dispuesto en el Código Penal los delitos militares, los de imprenta, los de contrabando y los cometidos contra las leyes de sanidad en tiempo de epidemia (artículo 7).

¹³³ Como afirma Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: «El Código Penal de 1850 contenía un artículo que evaporaba una de las garantías del principio de legalidad —la garantía penal—, la reserva de ley para fijar las penas» (Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal, op. cit.*, pág. 96). Para la correcta interpretación del artículo 19 hay que atender a lo que el Código Penal de 1850 recoge en su artículo 505, en el que se reconoce la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Este artículo dice concretamente: «En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo, 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. Conforme a este principio, las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes de 8 de enero, 2 de abril de 1845 y cualesquiera otras especiales competan a los agentes de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes». A tenor del artículo 505, Agustín RUIZ ROBLEDO opina que «no es del todo cierto la idea tan difundida en la doctrina de que en 1850 se consolida un sistema *bipunitivo* caracterizado por la estricta reserva de ley para las sanciones penales, mientras se admite que las administrativas puedan recogerse en los reglamentos, siempre que tuviesen cobertura legal o justificación *necesaria*. Tanto el grueso de las normas penales como el de las administrativas lo realizaba el Gobierno,

«Artículo 19. No será castigado ningún delito, ni las faltas de que solo pueden conocer los Tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por ley, *ordenanza o mandato de Autoridad a la cual estuviere concedida esta facultad*» (la cursiva es nuestra).

También recupera esta reforma del Código Penal la posibilidad de aplicación analógica de la ley, una previsión que había dejado de contemplarse en la redacción de 1848.

5.7 Constitución *non nata* de 1856

Antes de que se planificara la Constitución de 1856, que no llegó a promulgarse, Juan BRAVO MURILLO presentó en las Cortes un proyecto de leyes fundamentales que ocasionó una fuerte polémica entre la opinión pública y en la mayoría de los sectores políticos de la época¹³⁴. En lo que afecta a los principios que estamos analizando, la reforma propuesta por BRAVO MURILLO implicaba la desaparición de las garantías penales y procesales de la lista de derechos fundamentales¹³⁵. Esta supresión de garantías, unida a medidas que fueron consideradas ultraconservadoras en la época, como el reforzamiento de la confesionalidad religiosa del Estado o la ampliación del poder real hasta el extremo de que el monarca ejerce la potestad de hacer las leyes, es prueba evidente de la inestabilidad en la que vivió el constitucionalismo español decimonónico.

El siguiente proyecto constitucional, planteado tras la caída de BRAVO MURILLO, tampoco llegó a entrar en vigor. Se trata de la denominada Constitución *non nata* de

con la diferencia de que en el primer caso los Decretos que las aprobaban se denominaban “Código penal” y en el segundo “Reglamentos”. Por eso, puestos a buscar diferencias según los órganos estatales implicados, el sistema *bipunitivo* del siglo XIX no se puede diferenciar tanto por los órganos productores, como por los aplicadores: lo característico del Derecho penal consistía en que el monopolio de su aplicación estaba íntegramente en manos de los jueces y tribunales, si bien es verdad que abundaron los conflictos entre la Administración y los Tribunales, dado que el Código penal y los reglamentos tenían muchos tipos coincidentes» (Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal...», *op. cit.*, págs. 159-160).

¹³⁴ Véase Íñigo CAVERO LATAILLADE y Tomás ZAMORA RODRÍGUEZ: *Constitucionalismo histórico de España*, *op. cit.*, pág. 154.

¹³⁵ Nora María MARTÍNEZ YÁÑEZ: «Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845...», *op. cit.*, pág. 101.

1856, un texto de corte progresista que contiene «la más extensa declaración de derechos formulada hasta entonces en España»¹³⁶.

La Constitución de 1856, en lo que se refiere al principio de legalidad penal, mantiene la redacción que se había empleado en sus antecesoras (las Constituciones de 1837 y 1845). La formulación general del principio se realiza en el artículo 10: «Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban».

También resultan de suma importancia los artículos 67 y 73, por su vinculación con las garantías procesales en el ámbito penal y para evitar la arbitrariedad en la ejecución de las leyes:

«Artículo 67. A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado».

«Artículo 73. Las leyes determinarán la época y el modo en que ha de establecerse el juicio por jurados para toda clase de delitos y cuantas garantías sean eficaces para impedir los atentados contra la seguridad individual de los españoles».

El principio *non bis in idem* —como había ocurrido en los textos constitucionales anteriores y como sucederá en los siguientes— no tiene acogida en la Constitución *non nata* de 1856.

5.8 Constitución de 1869

La Constitución de 1869 ha sido considerada por la doctrina jurídica como la primera auténticamente democrática de la historia constitucional española, especialmente por el hecho de que instauró el sufragio universal masculino¹³⁷.

La formulación del principio de legalidad penal se recoge en el artículo 11:

«Artículo 11. Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito, compete el conocimiento y en la forma que éstas prescriban. No podrán crearse Tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito».

¹³⁶ Antonio TORRES DEL MORAL: *Constitucionalismo histórico español*, *op. cit.*, pág. 90.

¹³⁷ Véanse Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal...», *op. cit.*, pág. 160; y Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, pág. 86.

En caso de que se produzca una violación del principio de legalidad, el artículo 12 expone cuál es el procedimiento que ha de seguirse y cuáles son las consecuencias que conlleva el incumplimiento: los detenidos ilegalmente serán puestos en libertad y los responsables de la detención se enfrentarán a las penas que la ley determine.

Además, aspectos de importancia para la legalidad penal se incluyen en los artículos 2 y 4, que establecen la imposibilidad de que los ciudadanos puedan ser detenidos por causas distintas a ilícitos penales y sin la mediación de un mandamiento judicial.

«Artículo 2. Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito».

«Artículo 4. Ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de juez competente. El auto por el cual se haya dictado el mandamiento, se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de la prisión»¹³⁸.

No obstante, la garantía reconocida en el artículo 2 sí puede ser suspendida en circunstancias extraordinarias para salvaguardar la seguridad del Estado, caso en que pasará a regir una ley de orden público que se haya establecido con anterioridad¹³⁹.

El Código Penal de 1870 incluye las garantías clásicas del principio de legalidad penal y además introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español la retroactividad de la ley penal cuando sea favorable para los intereses del reo: «Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta aunque al publicarse aquellas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena» (artículo 23).

¹³⁸ Nótese la diferencia con la que se inician ambos artículos. De la redacción del segundo —en la que ha desaparecido el término *extranjero*— parece desprenderse que la garantía del auto judicial para el ingreso en prisión solo protege a los españoles (véase M.^a Carolina ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES: «Los derechos humanos en la Constitución de 1869», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, pág. 119). Esa dualidad de aplicación de derechos a españoles y extranjeros se mantendrá en constituciones posteriores.

¹³⁹ «Artículo 31. Las garantías consignadas en los artículos 2º, 5º, y 6º, y párrafos 1º, 2º y 3º del 17, no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias. Promulgada aquélla, el territorio a que se aplicare se regirá, durante la suspensión, por la ley de Orden público establecida de antemano.

Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar a los españoles, ni para desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio.

En ningún caso los Jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley».

La aplicación analógica de la ley penal se contempla, con una redacción muy poco afortunada y confusa, en el artículo 76.5 del Código¹⁴⁰, con lo que se sigue la línea iniciada en 1822 y que supone una violación del subprincipio de *lex stricta*.

5.9 Proyecto de Constitución Federal de la Primera República Española (1873)

Las garantías asociadas al principio de legalidad penal no experimentan prácticamente ningún cambio —con respecto al texto constitucional de 1869— en la Constitución Federal de la Primera República, que no llegó a promulgarse. Con arreglo a lo dispuesto por este proyecto de Constitución, solo el delito es causa de detención y encarcelamiento (artículo 4), y para el ingreso en prisión es imperativo el previo mandamiento judicial (artículo 6) mediante auto motivado (artículo 10).

La garantía criminal se acoge, con redacción idéntica a lo expresado en la Constitución de 1869, en el artículo 13¹⁴¹, precepto en el que se incluyen también las garantías jurisdiccional y de ejecución¹⁴².

La garantía penal tiene acogida en el artículo 33 *in fine*: «En ningún caso podrá establecerse otra penalidad que la prescrita previamente por la ley».

¹⁴⁰ «Cuando la ley señalare la pena al delito en una forma especialmente no prevista en las cuatro reglas anteriores, los tribunales, procediendo por analogía, aplicarán las penas correspondientes a los autores de delito frustrado y tentativa y a los cómplices y encubridores» (artículo 76.5).

¹⁴¹ Resulta cuando menos llamativo que, en muchas de las reproducciones modernas que se han realizado de este proyecto constitucional, la redacción de este artículo 13 se haya realizado con una modificación en los términos empleados que supone la pérdida del requisito de ley previa. Tanto en la reproducción del texto que efectúa el Centro Virtual Cervantes (http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/proyecto-de-constitucion-federal-de-17-de-julio-1873/html/9f16f016-8564-4c4f-89e0-fbb00501b644_2.html) como en la que está disponible en la página web del Departamento de Derecho Político de la UNED (<http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/c73.pdf>), entre otras muchas, la palabra *leyes* del artículo 13 ha sido sustituida por el término *hechos*. En las transcripciones erróneas del precepto vamos a encontrar, por tanto, lo siguiente: «Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal a quien, en virtud de hechos anteriores al delito, compete al conocimiento y en la forma que éstos prescriban», donde se observa también cómo ha sido necesaria la modificación del pronombre demostrativo para evitar la inconsistencia en la concordancia entre *hechos* (masculino plural) y *éstas* (femenino plural referido a *leyes*). La transcripción correcta del artículo que se dedica al principio de legalidad penal se puede observar en la reproducción del documento original de 1873 que se encuentra disponible en la página web del Congreso de los Diputados (http://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/cons1873_cd.pdf).

¹⁴² La garantía de ejecución también se expresa en el apartado 2.º del Título X, dedicado al Poder Judicial: «Queda prohibido al Poder Ejecutivo, en todos sus grados, imponer penas, ni personales ni pecuniarias, por mínimas que sean. Todo castigo se impondrá por el Poder Judicial».

5.10 Constitución de 1876

La Restauración borbónica trajo consigo la promulgación de una nueva Constitución, la de 1876, que es la que más larga vigencia ha tenido en la historia española¹⁴³. Como afirma Francisco TOMÁS Y VALIENTE, se trata de una Constitución doctrinaria, con un carácter moderado parecido al de la Constitución de 1845 y con abundantes remisiones a desarrollos legales, lo que en cierta medida supuso un freno al reconocimiento de derechos individuales¹⁴⁴.

Con respecto al principio de legalidad penal, la Constitución de 1876 no introdujo cambios en la formulación general que había aparecido en las Constituciones de 1837, 1845 y 1869 (artículo 16: «Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que éstas prescriban»). Tampoco hay modificaciones significativas en las garantías relacionadas con el principio, que el texto de 1876 desarrolla en los artículos 4 y 5¹⁴⁵.

No obstante, en lo que sí contrasta la Constitución de 1876 con la de 1869 es en la habilitación del Gobierno para suspender ciertas garantías en caso de fuerza mayor:

«Artículo 17. Las garantías expresadas en los artículos 4º, 5º, 6º y 9º, y párrafos primero, segundo y tercero del 13, no podrán suspenderse en toda la Monarquía, ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en circunstancias extraordinarias.

¹⁴³ «Vigente desde 1876 hasta 1923, esto es cuarenta y siete años, es la Constitución que, al menos por el momento, con mayor entereza ha soportado los vaivenes de la historia sociopolítica española» (Sonia Esperanza RODRÍGUEZ BOENTE: «Los derechos fundamentales en la Constitución de 1876», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, pág. 135).

¹⁴⁴ Francisco TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del derecho español*, *op. cit.*, págs. 456-457.

¹⁴⁵ «Artículo 4. Ningún español, ni extranjero, podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La providencia que se dictare se notificará al interesado dentro del mismo plazo».

«Artículo 5. Ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de juez competente. El auto en que se haya dictado el mandamiento se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de la prisión. Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y las leyes, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso».

Solo no estando reunidas las Cortes y siendo el caso grave y de notoria urgencia, *podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión de garantías a que se refiere el párrafo anterior*, sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquéllas lo más pronto posible.

Pero en ningún caso se suspenderán más garantías que las expresadas en el primer párrafo de este artículo. Tampoco los Jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley» (la cursiva es nuestra)¹⁴⁶.

De particular interés para el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es el Código Penal de 1928, elaborado durante la dictadura de Miguel PRIMO DE RIVERA, ya que en él encontramos por primera vez una alusión a la prohibición de la interpretación analógica de las leyes penales¹⁴⁷: «No se admitirá la interpretación extensiva, ni tampoco la analogía o semejanza, para definir delitos o faltas o agravar penas» (artículo 2).

La retroactividad favorable de la ley penal solo tiene aplicación, según este Código, cuando el delincuente no sea habitual (artículo 8), lo que supone un paso atrás sobre lo que había proclamado el Código Penal de 1870.

En lo que se refiere al principio *non bis in idem*, por primera vez se reserva un precepto en el Código para impedir que una persona sea juzgada doblemente por los mismos hechos. El reconocimiento de la vertiente procesal o formal del principio se realiza en el artículo 12.3 a propósito de los delitos cometidos por españoles contra otros compatriotas en territorio extranjero, ya que aquéllos no serían juzgados en España cuando el delincuente ya hubiera sufrido un proceso por el mismo hecho en el país en el que el delito se produjera. No obstante, en el artículo 29 encontramos una formulación que podría considerarse contraria a la prohibición del doble castigo, ya que se permite perseguir como delito lo que ya haya sido sancionado como falta si posteriormente se demuestra que la acción reúne los caracteres necesarios¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Como se ve, la última parte de este artículo recoge la garantía penal del principio de legalidad.

¹⁴⁷ Recordemos que la interpretación analógica de la ley penal estaba expresamente admitida en los Códigos Penales anteriores.

¹⁴⁸ «Artículo 29. Si una infracción ha sido juzgada indebidamente como falta, puede perseguirse y castigarse en concepto de delito si con posterioridad se demuestra que reúne los caracteres de tal».

5.11 Constitución de 1931

Como afirma Antonio TORRES DEL MORAL, la Constitución de 1931, «de ajustado estilo jurídico y, en general, buena técnica legislativa [...], se inscribe en las tendencias del constitucionalismo europeo del periodo de entreguerras, con notable influencia de la alemana en el diseño del sistema parlamentario y de la austriaca en la justicia constitucional, pero también de la mexicana en lo que a la constitucionalización de los derechos sociales y económicos se refiere»¹⁴⁹. Las características que la definen son las siguientes: (i) texto relativamente extenso (125 artículos); (ii) de origen popular (elaborada por las Cortes elegidas por los ciudadanos en elecciones); (iii) «Constitución ordenada, completa y novedosa»; y (iv) «Constitución rígida» para su reforma¹⁵⁰. En opinión de Milagros OTERO PARGA, la Constitución de 1931 «era democrática, liberal y de izquierdas. Del gusto de algunos y denostada por otros. Como casi todas»¹⁵¹.

El principio de legalidad penal se declara en el artículo 28, que acoge las garantías criminal, jurisdiccional y de ejecución, además de los requisitos de reserva de ley y ley previa: «Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por Juez competente y conforme a los trámites legales».

En 1936, Niceto ALCALÁ-ZAMORA realizará una crítica bastante ácida de este artículo al compararlo con el precepto en que se inserta el principio de legalidad penal en la Constitución de 1876:

«El artículo 16 de la Constitución de 1876 tenía concisión lapidaria, texto clarísimo, garantía suprema, total, triple: de orden penal, exigiendo la ley previa para apreciar el delito; de organización judicial, el juez o tribunal competente, de trámites procesales. No cabía decir más con menos y mejores palabras [...]. Se desechó la redacción porque figura en la Constitución de 1876 y sucedió lo que sucede siempre que se retoca una fórmula que constituye hallazgo de

¹⁴⁹ Antonio TORRES DEL MORAL: *Constitucionalismo histórico español*, *op. cit.*, pág. 175. Véanse también Milagros OTERO PARGA: «Los derechos humanos en la Constitución de 1931», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, pág. 185; e Íñigo CAVERO LATAILLADE y Tomás ZAMORA RODRÍGUEZ: *Constitucionalismo histórico de España*, *op. cit.*, pág. 238.

¹⁵⁰ Íñigo CAVERO LATAILLADE y Tomás ZAMORA RODRÍGUEZ: *Constitucionalismo histórico de España*, *op. cit.*, págs. 237-238.

¹⁵¹ Milagros OTERO PARGA: «Los derechos humanos en la Constitución de 1931», *op. cit.*, pág. 187.

acierto insuperable: que fue mucho más largo, menos preciso, peor redactado, con distinta inferior claridad, y a la vez elegancia, el artículo 28 de la Constitución vigente. [...] Con toda la valía mental y oratoria de Olózoga, de Cánovas y de los colaboradores de uno y otro, todos ellos juntos, y dicho sea sin agravio y sin adulación, sabían mucho menos derecho penal que el insigne profesor presidente de la Comisión dictaminadora en 1931 [Jiménez de Asúa]. Pero como la meta del acierto estaba alcanzada, y había que separarse de ella por figurar en la Constitución de 1876, el resultado era inevitable, aun con toda esa superioridad de preparación y saber: quedarse atrás, con una redacción peor»¹⁵².

No obstante, como expone Agustín RUIZ ROBLEDO, aunque la redacción del artículo 28 de la Constitución de 1931 es manifiestamente mejorable, lo que se pretendió fue «que quedaran claramente expresadas tanto la reserva de ley penal como la reserva de ley procesal»¹⁵³, de ahí que se escindiera en dos frases dentro del mismo precepto lo que en la Constitución de 1876 se decía en una.

Además del artículo 28, hay que tomar en consideración el contenido del artículo 29 como refuerzo del principio de legalidad penal en su vertiente de garantía criminal: «Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención [...]».

Con la proclamación de la Segunda República, se produjo la inmediata anulación del Código Penal de 1928 y la entrada en vigor nuevamente del Código de 1870, lo que ocasionó algún que otro problema que afectó al principio de legalidad¹⁵⁴.

¹⁵² Niceto ALCALÁ-ZAMORA: *Los defectos de la Constitución de 1931*, págs. 59-60. Cita tomada de Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal...», *op. cit.*, pág. 163.

¹⁵³ Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal...», *op. cit.*, pág. 163.

¹⁵⁴ La adecuación del Código Penal de 1870 a la nueva situación política suponía la violación del principio de legalidad, ya que su reforma se tendría que realizar, bien con la aplicación de la analogía (violación de la *lex certa*), bien por medio de Decreto (violación de la reserva de ley). Finalmente, lo que se hizo fue republicanizar el Código por medio del Decreto de 2 de mayo de 1931 (véase Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal...», *op. cit.*, pág. 162). En la exposición de motivos del Código Penal de 1932 se explican las razones por las que se decidió la reforma del texto penal de 1870 en lugar de la redacción de un Código nuevo: «Redactar el nuevo Código penal de la República española es faena que requiere largo tiempo de estudios preparatorios, de composición del texto definitivo y de busca y consulta de pareceres peritos de las Universidades, de los Tribunales, de los Colegios de Abogados, de las Asociaciones obreras y de las Academias y Sociedades de cultura. Todo este proceso no podía cumplirse en medio año; por eso se decidió reformar el Código de 1870, para que pueda aguardar a la legislación innovadora» (*Gaceta de Madrid*, n.º 310, 5 de noviembre de 1932, pág. 818).

5.12 Leyes fundamentales del régimen franquista

Antes de nada, con respecto al principio de legalidad penal en el régimen impuesto por la dictadura del general Franco, al menos en sus primeros años, hay que hacer notar la contradicción que se extrae de los propios términos: derechos fundamentales y sistema autoritario no son expresiones compatibles. Por mucho que sobre el papel se establecieran normas que pretendían proteger los derechos de los detenidos, las conculcaciones constantes que se produjeron después de la Guerra Civil de las más elementales normas jurídicas impiden que se pueda considerar que el Franquismo respetó ni siquiera mínimamente los derechos fundamentales en el ámbito penal¹⁵⁵.

El sistema constitucional de la Dictadura adoptó una forma que ha sido catalogada por la doctrina como *sui generis*, «abierta y evolutiva»¹⁵⁶. Ese carácter abierto y evolutivo tuvo su reflejo en la promulgación de las denominadas Siete Leyes Fundamentales, en la primera de las cuales (el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945) se tomaba en consideración el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁵⁷: «Nadie podrá ser condenado sino en virtud de ley anterior al delito, mediante sentencia del tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado» (artículo 19).

¹⁵⁵ En plena Guerra Civil, la Delegación de Justicia y Derecho de la Falange redactó un Anteproyecto de Código Penal en el que se admitía la aplicación analógica de la ley penal. En concreto, el artículo 1 de ese anteproyecto disponía: «Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley y *los actos enteramente asimilables a ellas*» (la cursiva es nuestra). En los primeros años del Franquismo hay que destacar la aprobación de la Ley de 1 de marzo de 1940 de represión de la masonería y del comunismo, que suponía una conculcación clara del requisito de *lex praevia*, ya que establecía sanciones para los masones y comunistas que se negaran a realizar una declaración de retractación, pese a que la pertenencia a la masonería y el comunismo no estaba penada en las leyes anteriores.

¹⁵⁶ Francisco PUY MUÑOZ: «Los derechos humanos en las Leyes Fundamentales de España (1936-1975)», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, pág. 207.

¹⁵⁷ Coincidimos con el parecer de Antonio TORRES DEL MORAL en cuanto a que el Fuero de los Españoles, al igual que otras leyes franquistas, era pura apariencia, un acto de maquillaje para presentar España como un Estado respetuoso con la legalidad ante las potencias aliadas que habían vencido en la Segunda Guerra Mundial. Entre las peculiaridades que contenía esta ley fundamental se encuentra el hecho de que «no constituía una norma directamente aplicable por los tribunales, sino que necesitaba para ello de desarrollo legislativo, desarrollo que no se produjo o lo fue con un cariz netamente restrictivo», además de que «la vigencia relativa de muchos de sus preceptos podía ser suspendida por simple decreto-ley, sin control político alguno» (Antonio TORRES DEL MORAL: *Constitucionalismo histórico español*, op. cit., pág. 217).

También en el Código Penal redactado en 1944 tuvo acogida el principio, aunque ciertamente de manera poco efectiva y no con la claridad deseada, en especial en la garantía criminal, de cuyo tenor literal no resulta posible inferir el requisito de *lex praevia*: «Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley» (artículo 1). La necesaria existencia de ley previa sí se declara expresamente, sin embargo, en el precepto dedicado a la garantía penal: «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración» (artículo 23).

Esta falta de precisión en el texto del Código se reproduce también en otros preceptos que contienen garantías relacionadas con el principio de legalidad. Así, mientras que el artículo 2 reconoce la facultad de los tribunales para acudir al Gobierno en caso de que consideren que la aplicación rigurosa de la ley penaliza una acción que no debería merecer sanción o que debería merecer una sanción menor a la estipulada, el artículo 79 permite que la gradación de las penas se establezca por aplicación analógica cuando la pena impuesta no esté prevista de forma expresa en el Código.

El carácter retroactivo de la ley penal para favorecer a los intereses del reo tuvo acogida en el artículo 24, con una redacción idéntica a la que se había adoptado en el artículo 23 del Código Penal de 1870.

Tanto en el texto revisado de 1963 como en el texto refundido de 1973 se mantiene el principio de legalidad en los mismos términos en que se había formulado en 1944¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Ambas revisiones del Código Penal, «a poco que se mire más allá de su articulado, negaban los postulados esenciales del principio de legalidad, pues, si éste implica que sólo el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social, puede establecer los delitos y las penas con la finalidad de castigar a los que ataquen el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, la concentración del poder legislativo en unas pocas manos, en último término sólo en dos, en las de Franco, y la punición de las conductas contrarias a los intereses de los que así gobernaban conculcaban claramente el principio de legalidad» (Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, pág. 98). Véase también la crítica que realiza a estos aspectos Agustín RUIZ ROBLEDO: «El principio de legalidad penal...», *op. cit.*, pág. 167.

5.13 Constitución de 1978

Lo primero que conviene tener en cuenta es que la Constitución de 1978 acoge el principio de legalidad penal de forma fragmentaria en su articulado¹⁵⁹. Los artículos de los que se infiere una formulación más o menos clara del principio son el 1.1 (límite al poder punitivo del Estado), 117.3 y 24 (garantía jurisdiccional), 81.1 (reserva de ley), 9.3 (sentido general del principio e irretroactividad) y 25.1 (descripción del principio)¹⁶⁰. No obstante, de todos esos preceptos son el 9.3 y, sobre todo, el 25.1 los que promulgan de manera explícita el *nullum crimen, nulla poena sine lege*:

«Artículo 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

«Artículo 25.1: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

La parquedad con que la vigente Constitución española recogió el principio de legalidad penal ha sido objeto de frecuentes críticas y debates doctrinales, hasta el punto de que, para poder interpretar correctamente el artículo 25.1 CE, dada la «pobre formulación del principio de legalidad»¹⁶¹ que en él se contiene, es necesario tener en cuenta lo que afirman otros preceptos constitucionales y lo que se admite en los tratados internacionales que ha ratificado España (en aplicación del artículo 10.2 CE). Es decir, solo de forma indirecta podemos inferir que en el artículo 25.1 se hace referencia, *stricto sensu*, a todas las garantías que se consideran integrantes del principio de legalidad.

¹⁵⁹ El propio Tribunal Constitucional reconoce ese carácter fragmentario en una de sus primeras sentencias al afirmar que los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones están «recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución» (STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4.º). En opinión de Luis ARROYO ZAPATERO, de esa afirmación «merece subrayarse el término *principalmente*, por el que se indica que tales principios no sólo quedan recogidos en el mencionado artículo» (Luis ARROYO ZAPATERO: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *op. cit.*, pág. 22).

¹⁶⁰ Son los artículos que señala Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ (*El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, pág. 88). A ellos habría que añadir el artículo 17.1, conectado también con el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ya que establece que nadie puede ser privado de libertad salvo en los casos previstos en la ley (véase Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Jordi JARJA I MANZANO y Antoni PIGRAU SOLÉ: «Aspectos generales», *op. cit.*, pág. 46).

¹⁶¹ Luis ARROYO ZAPATERO: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *op. cit.*, pág. 11.

El propio Tribunal Constitucional ha sido consciente de la insuficiencia con que la Constitución acogió el principio, aunque intenta salvar las críticas apelando a la interpretación que hay que hacer de las palabras declaradas en el artículo 25.1 CE. Así, en el fundamento jurídico 7.º de la STC 52/2003, de 17 de marzo, se asevera lo siguiente:

«Este principio de legalidad funciona con su más estricta acepción en el ámbito del *ius puniendi* del Estado y de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, identificadas materialmente por la jurisprudencia propia y la europea con un diseño que asume implícitamente nuestra Constitución (artículo 25.1), **cuyo texto roza el laconismo pero con un contenido que va más allá de sus palabras**, como ha puesto de relieve nuestra doctrina desde un principio y a lo largo de los años» (la negrita es nuestra).

En efecto, desde una de sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional considera que la legalidad penal es un derecho subjetivo fundamental de los ciudadanos susceptible de ser invocado mediante recurso de amparo (STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3.º)¹⁶².

De la formulación que se hace en el artículo 25.1 del principio de legalidad penal, los mayores problemas se desprenden, sin duda, del uso de la expresión «legislación vigente», ya que ha ocasionado vaivenes jurisprudenciales que en algún caso han podido atender incluso contra la reserva de ley en materia penal¹⁶³.

Debemos recordar que, en el anteproyecto de la Constitución, el artículo 24.3 —origen del actual 25.1— la reserva de ley en materia penal estaba ausente, ya que en lugar de la palabra *ley* (o *legislación vigente*) se usaba la expresión *ordenamiento jurídico* para hacer referencia al lugar donde había que buscar los delitos por los que los ciudadanos podían ser sancionados¹⁶⁴.

¹⁶² «El artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal. En virtud de este artículo 25.1 [...] cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por ley que no esté vigente en el momento de producirse aquella (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*)» (STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3.º).

¹⁶³ Sobre ello, véanse Luis ARROYO ZAPATERO: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *op. cit.*, en especial a partir de la pág. 22; y Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ: *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, págs. 118-119.

¹⁶⁴ «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel

Esa ausencia de reserva de ley fue objeto de enmienda en el Senado por parte de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, que la justificó con las siguientes palabras:

«Conviene consagrar el principio de legalidad en el sentido más estricto. La alusión al ordenamiento jurídico, aconsejable para otras regulaciones, sería aquí muy perturbadora, pues cualquier reglamento administrativo podría entrar a definir el ámbito de lo delictivo. Solo la norma superior, la ley, debe ser aludida»¹⁶⁵.

La enmienda fue admitida por el Senado, que además propuso que el contenido del artículo 24.3 pasase a ser el primer punto del artículo 25. El texto del principio de legalidad penal en esa fase de tramitación era, en consecuencia, el siguiente: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la ley vigente en aquel momento»¹⁶⁶.

Sin embargo, el periplo por el que transcurrió la reserva de ley en materia penal no terminó ahí, ya que la Comisión Mixta Congreso-Senado, en su dictamen sobre el proyecto de Constitución, cambió la palabra *ley* por la expresión que definitivamente iba a figurar en el texto aprobado y que tantas controversias ha ocasionado: *legislación vigente*¹⁶⁷.

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina muy completa sobre el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* a partir del pobre contenido del artículo 25.1 de la Constitución, una doctrina que resume en la STC 13/2013, de 28 de enero de 2013, cuya parte inicial del fundamento jurídico 2.º reproducimos aquí por su indudable interés¹⁶⁸:

momento, tampoco puede ser impuesta una pena; o sanción más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción» (artículo 24.3 del anteproyecto de Constitución. *Boletín Oficial de las Cortes*, n.º 44, 5 de enero de 1978, pág. 673).

¹⁶⁵ *Senado. Proyecto de Constitución. Enmiendas*, pág. 4. La alternativa propuesta por el senador decía lo siguiente: «Nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito según la ley».

¹⁶⁶ *Boletín Oficial de las Cortes*, n.º 161, 13 de octubre de 1978, pág. 3562.

¹⁶⁷ *Boletín Oficial de las Cortes*, n.º 170, 28 de octubre de 1978, pág. 3705.

¹⁶⁸ También debe tenerse en cuenta la síntesis que realiza el Tribunal Constitucional en la STC 129/2008: «El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de

«De acuerdo con la doctrina reiterada de este Tribunal [...] el art. 25.1 CE, que incorpora la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*, comprende una doble garantía, formal y material. La garantía material, como señaló la STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, deriva “del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las Leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” [...]. Por esta razón, como también señala la citada STC 104/2009, de 4 de mayo, F. 2, “la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”.

La garantía formal, como señala la STC 166/2012, de 1 de octubre, F. 5, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones y sostiene, siguiendo la constante jurisprudencia de este Tribunal, que el término “legislación vigente” contenido en el art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora».

Al igual que la reserva de ley, también el principio de irretroactividad de la ley penal ha transitado por caminos tortuosos. La redacción del artículo 9.3 del anteproyecto de Constitución española amparaba de forma genérica la irretroactividad de las normas punitivas, pero no hacía referencia a la posibilidad de que la ley penal se pudiera aplicar de forma favorable para los intereses del reo¹⁶⁹. No obstante, en las

un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas» (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3). Este planteamiento se reitera, entre otras, en la STC 99/2009, de 20 de abril, FJ 6, y STC 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8.

¹⁶⁹ El artículo 9.3 en el anteproyecto rezaba así: «Se reconocen los principios de publicidad y jerarquía normativa, de legalidad, de irretroactividad de las normas punitivas, sancionadoras, fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales, de seguridad jurídica, de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos y de responsabilidad de los poderes públicos». Según Alfonso SERRANO GÓMEZ, «con el texto del Anteproyecto no se solucionaba la pugna existente en la doctrina sobre la constitucionalidad o no de la retroactividad de las normas punitivas favorables, ya que mientras el artículo 24 del Código Penal establece que las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena, el artículo 19 del Fuero de los Españoles —hoy derogado— disponía que nadie podrá ser condenado sino en virtud de Ley anterior al delito» (Alfonso SERRANO GÓMEZ: «Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables en la Constitución española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1187, 1979, pág. 3). No podemos compartir la lectura que realiza José M.ª SUÁREZ COLLÍA

enmiendas presentadas en el Congreso al texto del anteproyecto, ya se planteaba la modificación de ese artículo para proteger la retroactividad favorable¹⁷⁰. El informe de la Ponencia, finalmente, modificó el apartado 3 del artículo 9 para darle una redacción muy parecida a la que presentaría después en el texto promulgado¹⁷¹.

Si el principio de legalidad penal plantea problemas debido a su pobre formulación constitucional, esos problemas no son nada comparados con los que se desprenden de la falta de acogida explícita en la Constitución de 1978 del principio *non bis in idem*. Con respecto a este último, las posturas doctrinales son irreconciliables por más que el Tribunal Constitucional haya hecho todos los intentos posibles por demostrar lo que nos atrevemos a denominar con la expresiva frase de *la búsqueda de la cuadratura del círculo*.

Para entender en toda su dimensión los problemas relacionados con la prohibición del doble castigo es necesario partir —como hemos hecho con la reserva de ley y la irretroactividad de la ley penal— del anteproyecto de la Constitución, y hacer un

sobre este particular cuando afirma que «en el anteproyecto de nuestra Constitución [...] se contemplaba expresamente la afirmación de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, pero este mandato terminó desapareciendo de la redacción final» (José M.^a SUÁREZ COLLÍA: *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, *op. cit.*, pág. 16). Más bien lo que ocurrió fue lo contrario: en el anteproyecto no tuvo cabida la retroactividad favorable, sino solo una mención general a la prohibición de leyes retroactivas, mientras que el texto definitivamente aprobado sí incluyó la garantía de la aplicación retroactiva de la ley cuando resultara favorable para los intereses del reo.

¹⁷⁰ La modificación del artículo 9.3 en lo que se refiere a la inclusión de la retroactividad de la ley favorable al reo fue defendida por el diputado Juan Luis DE LA VALLINA VELARDE, por el Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya, el Grupo Socialista del Congreso, el Grupo Parlamentario Vasco y el Grupo Parlamentario Mixto, este último mediante enmienda al artículo 24. El diputado de Alianza Popular, Juan Luis DE LA VALLINA VELARDE, justificó su enmienda con las siguientes palabras: «No debe olvidarse la posibilidad de efecto retroactivo de las normas sancionadoras y restrictivas cuando sus efectos sean favorables a los sujetos a quien se aplican, sobre todo en una Constitución tan detallada como la que ofrece el proyecto» (pág. 15). Por su parte, el Grupo Parlamentario Vasco justificó su enmienda de la siguiente forma: «Establecer el principio de irretroactividad de la ley penal con carácter absoluto supone quebrantar un principio esencial: el de la retroactividad de la ley penal favorable consagrado en el artículo 24 del Código Penal y en el 208 del Código de Justicia Militar» (pág. 248). Todas las referencias están extraídas del texto de las Enmiendas al anteproyecto de Constitución publicado por el Congreso de los Diputados y que se encuentra disponible en su página web (<http://www.congreso.es>).

¹⁷¹ «Artículo 9.3. Se reconocen los principios de publicidad y jerarquía normativa; de legalidad; de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales; de seguridad jurídica; de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos y de responsabilidad de los Poderes Públicos» (*Boletín Oficial de las Cortes*, n.º 82, 17 de abril de 1978, pág. 1527).

recorrido por los trámites parlamentarios que se sucedieron hasta la promulgación del texto constitucional.

En el anteproyecto, la prohibición de doble sanción por los mismos hechos se enunciaba explícitamente en el apartado 3 del artículo 9, como se puede observar en la transcripción del precepto que hemos hecho en la nota a pie de página número 169. Sin embargo, tal como queda reflejado en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* de 16 de mayo de 1978, no todos los parlamentarios estaban convencidos de la idoneidad del texto propuesto. En concreto, el señor MEILÁN GIL, de Unión de Centro Democrático, expuso sus reticencias en un largo y completo alegato en los debates del informe de la Ponencia que reproducimos a continuación por la importancia que adquirirían sus palabras con el paso del tiempo, ya que son el germen de la ausencia de una formulación explícita del principio *non bis in idem* en la Constitución:

«En fin, otros principios, en cambio, de los aquí enumerados no consistirían en una repetición más o menos necesaria o innecesaria, que de esto pueden juzgar SS. SS. (yo me inclino desde luego siempre por la economía en el lenguaje, sobre todo en una norma constitucional), sino que entrañan equívocos e, incluso, inseguridades importantes sobre cuya reflexión creo que todos deberíamos detenernos un poco. Me refiero en concreto a dos principios, el de la irretroactividad de las normas sancionadoras ante unas normas favorables fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales, y el que se refiere a la exclusión de la doble sanción por los mismos hechos [...]. Por lo que se refiere a la exclusión de la doble sanción por los mismos hechos, aquí las conclusiones son mucho más tajantes. A primera vista, como digo, es uno de esos preceptos que suscitan una inmediata atención, pero yo quiero llamar ahora la atención acerca de la ambivalencia del término «sanción». Hay sanciones —me refiero sobre todo a las sanciones impuestas por la Administración— que tienen como finalidad una protección del orden general, y hay otras sanciones que tienen una finalidad de autotutela. Yo comprendo que está muy justificada la inclusión de una frase como ésta; está muy justificada por la contemplación de lo que ocurre todavía, de lo que ocurría hasta hace muy poco por el panorama de la potestad sancionadora de la Administración, en donde, indudablemente, se daba lugar a auténticas injusticias, a dobles imposiciones de sanciones, incluso a unos caminos heréticos de la potestad sancionadora de la Administración, ignorando olímpicamente, cuando no afirmando de una manera quizá excesivamente autoritaria o autosuficiente, que el principio del *non bis in idem* era un principio nada menos que de justicia. Pero de ahí a la supresión completa de la posibilidad de que la sanción disciplinaria, por ejemplo, sea compatible con una pena o una sanción, creo que indudablemente va un camino muy largo.

Para ser más explícitos, más claros, me parece bien esta expresión si esto supone, naturalmente, imponer dos penas o si supone imponer una pena y una sanción; a sanciones administrativas me refiero, de esas que tienen por finalidad la protección del orden general concretamente y son las más típicas, las sanciones de orden público. No es tolerable de ninguna manera que por un mismo hecho, que puede ser perfectamente residenciable, por el ordenamiento penal y por los tribunales, se imponga al mismo tiempo una sanción administrativa que es, en el fondo, equivalente, de la misma naturaleza que la sanción penal. Pero hay relaciones que técnicamente se denominan de sujeción especial, en donde la Administración, en vía de autotutela, tiene que proteger unos valores distintos. Unos ejemplos típicos de las sanciones disciplinarias son, por ejemplo, las sanciones de protección de bienes de dominio público, de policía demanial en general, o algunas propiedades especiales.

Por eso, tal como está redactado, me parece que puede ser un notable salto en el vacío y, además, esto tiene una justificación teórica muy clara: que viene además refrendada por el apartado 1 que acabamos de aprobar. Porque la compatibilidad aparentemente absurda de sanciones por el mismo hecho viene justificada porque hay varios ordenamientos jurídicos y, como antes decía, no en vano se aceptan. Las palabras hay que aceptarlas con todas sus consecuencias»¹⁷².

En el debate parlamentario que se produjo después de estas palabras de MEILÁN GIL se acordó eliminar del artículo 9 la mención al *non bis in idem* e incluir la prohibición de doble sanción en el texto del artículo 24 por medio de enmienda «in voce». En la sesión celebrada el 16 de mayo de 1978 se votó a favor de la modificación propuesta del artículo 9 —eliminando la referencia al *non bis in idem*—, pero se pospuso para otra ocasión la votación del texto definitivo del artículo 24. Esa ocasión llegó el 23 de mayo, pero de forma sorprendente y tras un agrio debate sobre la conveniencia o no de incorporar enmiendas «in voce» sin el estudio previo por parte de todos los representantes de la Cámara, se rechazó incluir una referencia al principio *non bis in idem* en ese artículo 24 del texto constitucional. En consecuencia, pese a que ningún ponente estaba en principio en contra de que la Constitución recogiera de forma expresa la prohibición de doble sanción, la torpeza y precipitación con que se

¹⁷² *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n.º 67, 16 de mayo de 1978, págs. 2384-2385.

produjeron los debates sobre los artículos 9 y 24 fueron los causantes de que, finalmente, el *non bis in idem* quedara fuera del texto de la Carta Magna¹⁷³.

La ausencia de referencia explícita del principio *non bis in idem* en la Constitución fue salvada por el Tribunal Constitucional en la STC 2/1981, de 30 de enero (FJ 4.º), en la que afirma que dicho principio se desprende implícitamente del contenido del artículo 25.1 de la Constitución¹⁷⁴:

«Si bien [el principio *non bis in idem*] no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo [...], no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución. Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia».

Ese temprano planteamiento del máximo intérprete de la Constitución ha sido reiterado en numerosas sentencias posteriores y también en los pronunciamientos de todos los tribunales contencioso-administrativos¹⁷⁵.

Hay que hacer notar, además, que esta derivación del principio de prohibición de doble sanción a partir del artículo 25.1 de la Constitución solo afecta a la vertiente material del principio, es decir, a la que se refiere a la existencia de un doble procedimiento —penal y administrativo en la mayoría de las ocasiones—, ya que para la vertiente formal o procesal el Tribunal Constitucional encuentra su acomodo en el contenido del artículo 24 de la Constitución¹⁷⁶:

¹⁷³ Sorprendente resulta también que no volviera a plantearse la cuestión del *non bis in idem* en ninguno de los debates que tuvieron lugar en el Senado, tal como se infiere de los Diarios de Sesiones de esa Cámara.

¹⁷⁴ Sobre la importancia de las dos primeras sentencias que dictó el Tribunal Constitucional en relación con el principio *non bis in idem*, véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria...», *op. cit.*, págs. 359-368.

¹⁷⁵ Véase Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR: *La garantía non bis in idem...*, *op. cit.*, pág. 31.

¹⁷⁶ Algunos autores amplían la presencia del principio a los artículos 24.2 y 10.2 de la Constitución: «El derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, que es una manifestación del principio *non bis in idem* en el ámbito del Derecho procesal, puede ser considerado como una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en

«El principio *non bis in idem*, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) hemos considerado, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), posee también una dimensión procesal (prohibición de duplicidad de procesos sancionadores en esos casos) a la que este Tribunal, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre, ha reconocido relevancia constitucional, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material» (STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 16).

Esta formulación *ad hoc* del principio *non bis in idem* que realiza el Tribunal Constitucional ha sido fuertemente cuestionada por un sector de la doctrina, que no considera que sea posible desprender del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* el principio de la prohibición del doble castigo¹⁷⁷. Y, ciertamente, «asentar el *ne bis in idem* en los fundamentos materiales del principio de legalidad no resulta sencillo»¹⁷⁸. En ese sentido son muy reveladoras las palabras que Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO dedican a la manera de proceder del Tribunal Constitucional:

«Nuestra Constitución se olvidó de la regla prohibitiva del *bis in idem*. Pero el Tribunal Constitucional —que por algo tiene “superpoderes”— lo ha encontrado escondido en las reglas (que denomina principios) de tipicidad (regla de legalidad material) y reserva legal (regla de la

el artículo 24.2 CE, y por ello debe ser reputado con rango constitucional, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 CE» (Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás S. VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pág. 93). Por su parte, María Lourdes MARTÍNEZ TORRADO encuentra también un referente del principio *non bis in idem* en el artículo 45.3 de la Constitución, que establece una prevalencia del derecho penal sobre el administrativo en los atentados contra el medio ambiente: «Así, el principio *non bis in idem* tiene fundamento constitucional por partida doble; de un lado, el tradicional artículo 25.1 del que se ha derivado la mayoría de las veces su sostén constitucional y sobre el que se centraron los debates constitucionales; y, de igual modo, el artículo 45.3 que contempla finalmente la cláusula de preferencia del orden penal sobre el administrativo» (María Lourdes MARTÍNEZ TORRADO: «El criterio de interpretación del principio *non bis in idem* previsto en el artículo 45.3 de la Constitución española», *Revista Ius et Praxis*, Año 16, n.º 1, 2010, pág. 299).

¹⁷⁷ «La doctrina, sin embargo, no es unánime al respecto y sólo un sector de la misma considera que el *non bis in idem* constituye un corolario del principio de legalidad en ámbito sancionador» (Tomás CANO CAMPOS: «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal...», *op. cit.*, pág. 206).

¹⁷⁸ Luis ARROYO ZAPATERO: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *op. cit.*, pág. 19. En esencia, lo que defiende ARROYO ZAPATERO es que la doble sanción, en principio, no es antidemocrática ni contradictoria con otros principios siempre y cuando esa doble sanción sea proporcionada y no esté sometida a arbitrariedad, dos condiciones que no se cumplían en el régimen franquista y que han condicionado, en el caso concreto de España, que el Tribunal Constitucional haya buscado a toda costa un asidero en el artículo 25.1 CE para desarrollar el principio *non bis in idem*.

legalidad formal, que el citado Tribunal designa simplemente como “legalidad”) [...]. Que nuestro Tribunal Constitucional —como algunos personajes de los “tebeos” de moda— tiene “superpoderes” no puede negarse ya. Porque —dotado de una especie de “rayos X”— es capaz de ver lo que nadie ve: que en los principios (que no son tales, sino reglas, según sabemos) de legalidad (formal o de reserva legal) y de tipicidad (legalidad material) se esconde la famosa regla (para él, mero principio) *non bis in idem*¹⁷⁹.

Lo que sí resulta claro es que la falta de una formulación expresa del principio en la Constitución ha condicionado los vaivenes a que se ha visto sometido el Tribunal Constitucional en la interpretación del *non bis in idem*. Esos vaivenes doctrinales —«postura oscilante» ha sido denominada por algún autor¹⁸⁰— en cuanto a la posibilidad o no de sancionar doblemente determinados hechos, a la prevalencia de jurisdicciones y a la misma fundamentación del principio, junto con las inconsistencias que en alguna ocasión se han detectado entre lo afirmado por el Tribunal Constitucional y lo mantenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han hecho que el principio *non bis in idem* sea una de las garantías más controvertidas de nuestro Derecho procesal penal¹⁸¹.

Dentro de la legislación española posconstitucional, encontramos dos posibilidades contrapuestas. Por un lado, tenemos aquellas disposiciones que permiten la doble sanción para hechos consumados (Ley de protección de las costas marítimas, de 10 de marzo de 1980; Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, de 10 de enero de 1986; o Ley orgánica de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, de 13 de marzo de 1986, entre otras), mientras que, por otro lado, se encuentran diversas leyes que prohíben expresamente que se puedan sancionar

¹⁷⁹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas...*, *op. cit.*, págs. 2052-2053 y 2056-2057.

¹⁸⁰ Véase María Elena TORRES FERNÁNDEZ: «De nuevo sobre el principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional», *Diario La Ley*, n.º 5824, 15 de julio de 2003, pág. 1.

¹⁸¹ Son todos ellos aspectos de particular importancia en los que no podemos entrar aquí porque exceden el ámbito teórico del presente trabajo. No obstante, han de tenerse en cuenta, en especial, los siguientes estudios: Vicente GIMENO SENDRA: «Los principios de legalidad y *non bis in idem* en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Diario La Ley*, n.º 6735, 14 de junio de 2007, págs. 4-6; José Antonio MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: *La doctrina del principio non bis in idem y las relaciones de sujeciones especiales*, Barcelona: Bosch, 2012, págs. 21-27; Mercedes PÉREZ MANZANO: «Reflexiones sobre el derecho a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», *Diario La Ley*, n.º 5802, 13 de junio de 2003, págs. 1-9; Francisco PUERTA SEGUIDO y Miguel BELTRÁN DE FELIPE: «Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional...», *op. cit.*, págs. 363-393; y María Elena TORRES FERNÁNDEZ: «De nuevo sobre el principio *non bis in idem*...», *op. cit.*, págs. 1-11.

dos veces los mismos hechos (Ley de aguas, de 2 de agosto de 1985; Ley general de sanidad, de 25 de abril de 1986; Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992; o Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando)¹⁸².

En la legislación penal vigente hay que señalar la ausencia de formulación explícita del *non bis in idem* tanto en el Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁸³, aspecto que contrasta con el tratamiento que se hace del principio de legalidad. En efecto, el *nullum crimen, nulla poena sine lege* lo encontramos perfectamente desarrollado en todas sus garantías en el Título preliminar del Código Penal de 1995, bajo la rúbrica «De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal»: garantía criminal y reserva de ley (artículo 1.1), garantía penal (artículo 2.1), retroactividad favorable al reo¹⁸⁴ (artículo 2.2), garantía jurisdiccional (artículo 3.1), garantía de ejecución (artículo 3.2) y prohibición de aplicación analógica de la ley penal (artículo 4.1)¹⁸⁵.

¹⁸² Véanse Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas...*, op. cit., págs. 2058-2061; y Alejandro NIETO: «*Non bis in idem*», op. cit., págs. 416-418.

¹⁸³ «Si bien el principio «*non bis in idem*» no se halla regulado de una manera expresa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe considerarse incluido dentro del concepto de «cosa juzgada» como artículo de previo pronunciamiento, recogido en el artículo 666 número 2.º de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal; pues nadie puede ser juzgado dos veces por la comisión de un mismo hecho delictivo; salvo que, como declara la Sentencia de 23 de mayo de 1986 del Tribunal Constitucional, se tratase de procedimientos distintos, por hechos diferentes» (Gabriel GARCÍAS PLANAS: «Consecuencias del principio *non bis in idem* en Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 42 (1), 1989, pág. 111).

¹⁸⁴ La retroactividad favorable se declara asimismo en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, para los responsables de actos que constituyan ese delito. También se acogía en el Código Penal Militar de 1985, aunque la mención ha sido eliminada en la reforma que se ha llevado a cabo recientemente y que ha conducido a la aprobación de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. La eliminación se justifica en el Preámbulo de este último texto en el carácter de norma complementaria que posee la ley penal militar con respecto al Código Penal común.

¹⁸⁵ «Artículo 1.1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración».

«Artículo 2.1. No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad».

«Artículo 2.2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario».

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal —a diferencia de lo que ocurre en los Códigos Procesales Penales de los ordenamientos hispanoamericanos que veremos en el apartado siguiente—, no se hace ningún desarrollo del principio de legalidad penal, aunque más grave resulta la ausencia de determinación expresa en esa ley de la prohibición de doble castigo.

La falta de un pronunciamiento expreso del principio de *non bis in idem* en la legislación procesal española ha intentado ser resuelta en los dos proyectos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se han llevado a cabo —sin éxito— hasta ahora, además de en el Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal —elaborado en el año 2011—, que tampoco ha llegado a buen puerto¹⁸⁶. La inclusión del principio *non bis in idem* en todos estos intentos de reforma es prueba más que evidente de que el legislador español es consciente de la insuficiencia con que la legislación ha tratado el asunto del doble castigo y de los problemas interpretativos que la falta de su reconocimiento expreso ha ocasionado hasta la fecha. Los tres textos a los que hemos hecho mención y que han incluido referencias explícitas al *non bis in idem* son los siguientes:

- (i) *Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal*, en cuyo Título segundo se incluye un apartado al *non bis in idem* como derecho fundamental procesal del mismo rango que la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el secreto profesional, el derecho a conocer la acusación, el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, las garantías probatorias, el derecho a la doble instancia penal y la prohibición de *reformatio in peius*. Concretamente, el artículo 13 dispone que «Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por los mismos

«Artículo 3.1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales».

«Artículo 3.2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes».

«Artículo 4.1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

¹⁸⁶ Véase MINISTERIO DE JUSTICIA: *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Madrid: Ministerio de Justicia, 2011.

hechos», excepto cuando el juicio celebrado en primera instancia haya sido declarado nulo previa interposición de recurso. La fuerza de la cosa juzgada se declara en el apartado 2 de ese artículo 13 al impedir que pueda volver a ser objeto de enjuiciamiento un sujeto en el que ha recaído una resolución firme sobre el mismo objeto. Además, es necesaria la autorización judicial para reabrir los procedimientos de investigación archivados provisionalmente.

- (ii) *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, que pretendía realizar la modernización de una legislación procesal que «sigue sosteniéndose sobre cimientos del siglo XIX y sobre los andamios provisionales instalados a lo largo de casi ciento treinta años de vigencia» (exposición de motivos, I). En el capítulo dedicado a la forma y los efectos de las resoluciones se incluyen dos importantes artículos en los que se desarrollan los aspectos relacionados con la prohibición del doble castigo. El artículo 125 se dedica a las resoluciones con efecto de cosa juzgada, y en él se establece una diferencia entre la cosa juzgada que deriva de sentencias absolutorias, que no puede ser revisada, y la cosa juzgada derivada de sentencias condenatorias, que admite revisión de acuerdo con las reglas expuestas en el apartado dedicado al juicio de revisión (artículos 660-668)¹⁸⁷. El artículo 126 se reserva —aunque ciertamente con una redacción muy parca— a la determinación del principio *non bis in idem*: «Las resoluciones con efecto de cosa juzgada excluirán todo proceso penal posterior con idéntico objeto dirigido contra la misma persona».
- (iii) *Código Procesal Penal*, preparado en el año 2012 con la intención de sustituir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La recepción del principio *non bis in idem* se realiza en el artículo 11 con una redacción mucho más amplia que la que se había expuesto en los dos anteproyectos que hemos señalado. La formulación general del principio de prohibición del doble enjuiciamiento se efectúa de la siguiente forma: «Nadie puede ser perseguido ni enjuiciado penalmente más de una vez por el mismo hecho». Sí se permite, no obstante, la repetición del juicio cuando las actuaciones hayan sido declaradas nulas. El proceso penal posterior se excluye contra el mismo sujeto por los mismos

¹⁸⁷ Todos los autos de sobreseimiento tendrán también efectos de cosa juzgada.

hechos tanto para sentencias absolutorias como para sentencias condenatorias. El principio *non bis in idem* también se aplica para tres casos relativos al derecho internacional: a) resoluciones previstas por los tratados o convenios ratificados por España; b) resoluciones dictadas en otros países de la Unión Europea; y c) resoluciones con efecto de cosa juzgada dictadas por tribunales internacionales, siempre y cuando hayan sido adoptadas en un procedimiento imparcial y diligente. También se incluye un apartado específico sobre la vertiente material del *non bis in idem* al impedirse la persecución penal cuando ya se ha impuesto una sanción administrativa.

6. LEGALIDAD PENAL Y *NON BIS IN IDEM* EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO HISPANOAMERICANO

6.1 Introducción

Lo primero que hay que señalar con respecto al constitucionalismo histórico hispanoamericano es la influencia determinante que ejerció la Constitución de Cádiz de 1812 en los textos que promulgaron las antiguas provincias españolas en el momento en que lograron la independencia. No hay que olvidar que la Constitución de Cádiz fue jurada por numerosos territorios al otro lado del Atlántico y que estuvo vigente, aunque de forma ciertamente efímera, en muchas de las posesiones españolas que la Carta Magna de 1812 relaciona en su artículo 10: Nueva España (también Nueva Galicia y Península de Yucatán), Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, Cuba y las dos Floridas, la parte española de Santo Domingo, Puerto Rico, Nueva Granada, Venezuela, el Perú, Chile, las provincias del Río de la Plata y todas las islas adyacentes tanto en el océano Pacífico como en el Atlántico¹⁸⁸.

Como expone Manuel CHUST, «las Constituciones que alumbraron las nuevas repúblicas a partir de su independencia reflejaron en mayor o menor medida las bases políticas del liberalismo»¹⁸⁹. Entre esas bases políticas —reflejo evidente de la influencia del texto doceañista— cabe destacar la relevancia concedida a los derechos humanos (y a las libertades, en general) y —lo que ahora nos interesa más por el tema que desarrollamos en este estudio— a las garantías del ámbito criminal¹⁹⁰.

¹⁸⁸ No en vano, en el proceso constituyente de Cádiz estuvieron presentes más de sesenta representantes americanos, que además participaron de forma muy activa en la elaboración del texto. Dos de ellos, el diputado por Nueva España, José María GUTIÉRREZ DE TERÁN, y el diputado por el Perú, José Antonio NAVARRETE, firmaron como secretarios el texto finalmente aprobado. Véase María NÚÑEZ MARTÍNEZ: «Las cartas autonómicas de Cuba y Puerto Rico: primer antecedente del Estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 25, 2010, págs. 338-339.

¹⁸⁹ Manuel CHUST: «La notoria trascendencia del constitucionalismo doceañista en las Américas», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 26, 2012, pág. 51.

¹⁹⁰ Ciertamente, se puede decir que la Constitución de 1812 tuvo una presencia doble en América, ya que, por un lado, estuvo vigente en los territorios que la ratificaron y, por otro lado, funcionó como modelo para la redacción de las constituciones que promulgaron las incipientes naciones americanas: «En la América hispana dentro de la misma tradición jurídica y de una lengua común, las nacientes repúblicas utilizaron en sus constituciones algunos preceptos de Cádiz, debidamente adaptados —como ocurriría después en mayor medida con los códigos—» (Mariano PESET: «La Constitución de Cádiz en América: Apatzingán, 1814», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 26, 2012, pág. 115).

Además, conviene tener presente la importancia que tuvo el proceso constituyente de Cádiz en la formación de la ideología nacionalista americana, una ideología que se radicalizaría a partir de las guerras de emancipación¹⁹¹.

Aparte de la influencia decisiva que la Constitución de Cádiz ejerció en el primer desarrollo constitucional de Hispanoamérica, hay que tomar en consideración otro aspecto de trascendental relieve en el primer constitucionalismo de los países tras lograr la independencia. En todos esos países, la Constitución fue vista como el instrumento que dotaba de carta de naturaleza al nuevo Estado, ya que «la Constitución determina lo que un país representa en la comunidad internacional y lo que significan los valores compartidos para la comunidad nacional, cuya vida interior rige»¹⁹².

En el ámbito supranacional, y en lo que atañe ya a los principios de legalidad penal y *non bis in idem*, hemos de destacar la acogida que dispensan a ambos principios los instrumentos internacionales que rigen en el continente: la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948)¹⁹³, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966)¹⁹⁴ y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969)¹⁹⁵.

¹⁹¹ Véase Cayetano NÚÑEZ RIVERO y María NÚÑEZ MARTÍNEZ: «Los orígenes de las grandes corrientes ideológicas latinoamericanas: el socialismo, el nacionalismo y el populismo», *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 26, 2005, págs. 305-307.

¹⁹² Diego VALADÉS: «Consideraciones previas», en Humberto NOGUEIRA ALCALÁ: *Constituciones iberoamericanas: Chile, México*: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pág. X.

¹⁹³ «Artículo 25. Derecho de protección contra la detención arbitraria. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad».

«Artículo 26. Derecho a proceso regular. [...] Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas».

¹⁹⁴ «Artículo 14.7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

«Artículo 15.1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional [...]».

¹⁹⁵ «Artículo 8. Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter

Sobre la particular forma en que los dos últimos instrumentos internacionales dan cuenta del principio *non bis in idem*, Daniel O'DONNELL llama la atención sobre las diferencias que existen tanto en los sujetos a quienes se les aplica como en el objeto que no puede sancionarse doblemente:

«El PIDCP reconoce el derecho de toda persona condenada o absuelta por sentencia firme a no ser sometida a un nuevo proceso, mientras que la Convención Americana consagra este derecho como propio de las personas absueltas. Otra diferencia en la forma de abordar este principio por estos dos instrumentos consiste en que, mientras que el PIDCP prohíbe que una persona sea procesada dos veces por el mismo delito, la Convención Americana utiliza la fórmula “los mismos hechos”, que parece ser más amplia que la formulación del PIDCP»¹⁹⁶.

En el ámbito internacional, es preciso destacar la labor realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al denunciar aquellos casos en que las legislaciones nacionales de los países incluidos en este trabajo han conculcado el principio de legalidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹⁷, y los casos en que las jurisprudencias nacionales no han respetado convenientemente el principio *non bis in idem*¹⁹⁸.

En las páginas siguientes observaremos en qué medida las constituciones históricas de los países hispanoamericanos han recogido tanto el principio de legalidad penal como el principio de prohibición del doble castigo, aunque haremos especial hincapié en la actual configuración constitucional de esos dos principios y en la forma en que son abordados por la legislación penal vigente. En todos los casos, además,

[...]. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos».

«Artículo 9. Principio de legalidad e irretroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

¹⁹⁶ Daniel O'DONNELL: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pág. 452.

¹⁹⁷ Una lista de casos concretos se puede consultar en Thomas ANTKOWIAK: «Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad», en Christian STEINER y Patricia URIBE (coords.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, op. cit.*, págs. 256-262.

¹⁹⁸ Véase Juana María IBÁÑEZ RIVAS: «Artículo 8. Garantías judiciales», en Christian STEINER y Patricia URIBE (coords.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, op. cit.*, págs. 247-248.

ofreceremos unas breves notas generales sobre el constitucionalismo histórico del país al que estemos haciendo referencia.

6.2 Argentina

1853 es un año clave para la historia del constitucionalismo argentino. Hasta ese momento los textos constitucionales eran más bien proyectos, tanto nacionales como provinciales, que reflejaban los problemas internos que existían en la búsqueda de una identidad propia¹⁹⁹. Se trata de intentos por construir una patria con límites todavía no bien definidos, caracterizada por las rebeliones de varias provincias y por los movimientos separatistas. La nota dominante del periodo comprendido entre 1810 y 1853 fue la inestabilidad política²⁰⁰.

La historia constitucional argentina, en opinión de Néstor Pedro SAGÜÉS, se encuentra dividida en los siguientes periodos²⁰¹:

- (i) *Periodo hispánico*, en el que hay una subordinación casi absoluta a la metrópolis, al poder establecido por España, que llega hasta el 25 de mayo de 1810, día en que deja de ser efectivo el virreinato y se crea la Junta de Gobierno de Buenos Aires. Durante el periodo hispánico rigen las instituciones de la conquista, algunas de las cuales, como el Cabildo, se pueden considerar el origen del federalismo argentino²⁰².
- (ii) *Periodo patrio*, a partir del cese del poder virreinal en 1810, periodo en el que se pueden identificar tres etapas, cada una de ellas con características constitucionales propias: *constitucionalismo precario y transitorio* (1810-

¹⁹⁹ Véase Abelardo LEVAGGI: «Constitucionalismo argentino: 1810-1850», *Iushistoria. Revista Electrónica*, n.º 2, 2005, pág. 1 [<http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/index.htm>].

²⁰⁰ Un repaso muy completo de todos esos problemas lo encontramos en Joseph T. CRISCENTI: «Historia constitucional argentina 1810-1852. Un nuevo estudio», *Revista de Ciencia Política*, VII (2), 1985, págs. 23-51. Según este autor, «el término “Argentina” vino a significar, por lo general, durante la primera mitad del siglo XIX, una superficie geográfica dividida en varios estados o provincias casi independientes, cada una de las cuales luchaba por quitar poder y riqueza a sus vecinos» (ídem, pág. 23).

²⁰¹ Néstor Pedro SAGÜÉS: *Constituciones iberoamericanas. Argentina*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, págs. 1-61.

²⁰² «Si bien hemos puesto en evidencia la falta de espíritu democrático en los Cabildos coloniales y su dudosa representación política, creemos sin embargo que como antecedente del federalismo argentino concretado en la época independiente, esta institución es una de sus fuentes más legítimas» (José Rafael LÓPEZ ROSAS: *Historia constitucional argentina*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, pág. 32).

1831); *constitucionalismo inorgánico* (1831-1853); y *constitucionalismo orgánico* (1853 en adelante).

Desde los proyectos constitucionales de principios del siglo XIX, que no llegaron a entrar en vigor, el principio de legalidad penal ha tenido una presencia notable —aunque precaria en su formulación— en el ordenamiento jurídico argentino²⁰³. Así, en el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica (1813), se establece como limitación al poder del Congreso la imposibilidad de hacer leyes o decretos de infamia que tengan fuerza retroactiva (artículo 91) y se promulga como garantía de la seguridad individual que nadie pueda ser «convencido de delito cuando no hubiese quebrantado una Ley o Reglamento claro terminante y expreso promulgado antes legítimamente y de modo que pueda llegar noticia de todos» (artículo 192), en lo que supone una nítida declaración del subprincipio de *lex certa*.

En el Proyecto de Constitución de 27 de enero de 1813 también se impone como límite del Poder Legislativo la realización de leyes retroactivas (artículo 89), mientras que en el capítulo dedicado al Poder Judicial se exponen las garantías jurisdiccional y de ejecución del principio de legalidad penal: «Juzgar y aplicar las leyes pertenece exclusivamente a los jueces y Tribunales, según las formas que ellas establecen» (artículo 124). Además, en la sección dedicada a la administración de justicia, se desarrollan otras garantías del principio de legalidad, como que «ningún ciudadano puede ser castigado sin forma ni proceso ni sentencia legal» (artículo 152) y que nadie puede ser detenido «sino en virtud de orden escrita de autoridad legítima» (artículo 155).

En el Proyecto de Constitución de la Comisión *ad hoc* (1813), también se prohíbe al Congreso la promulgación de leyes retroactivas (capítulo 14, apartado 20) y se dictamina que solo los jueces y tribunales poseen la facultad de juzgar y aplicar las leyes (artículo 2 del capítulo 21).

En los Estatutos Provisionales de 5 de mayo de 1815 y 2 de mayo de 1816, el principio de legalidad penal aparece recogido en los capítulos dedicados a la seguridad

²⁰³ Los textos íntegros de todos estos proyectos constitucionales pueden consultarse en Néstor Pedro SAGÜÉS: *Constituciones iberoamericanas. Argentina, op. cit.*, en el disco compacto que acompaña a la obra.

individual, dentro de la sección séptima, cuyos artículos 2 y 3 dictan que «ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley clara y expresamente, ni privado de lo que ella del mismo modo no prohíbe» (subprincipio de *lex certa*) y que «el crimen es sólo la infracción de la ley que está en entera observancia y vigor, pues sin este requisito debe reputarse sin fuerza», fórmulas que se repiten íntegramente en el Reglamento Provisorio para la Dirección y Administración del Estado de 1817.

Sobre el *non bis in idem* —de reconocimiento constitucional mucho menos frecuente— existe un precedente en el Proyecto de Constitución Federal de 1813, que en su artículo 49 dispone que «nadie sufrirá por un delito dos penas».

Dejando a un lado los proyectos constitucionales de la segunda década del siglo XIX, la primera constitución unitaria llegaría en 1819, adoptada por las que en aquel momento se llamaron Provincias Unidas de Sudamérica²⁰⁴. En esta Constitución, el principio de legalidad penal no aportaba nada nuevo a lo que ya se había señalado en los intentos anteriores. De hecho, los artículos en los que se deja esbozado son una copia de los proyectos que habían surgido a partir de 1813, con la salvedad de que no se menciona la prohibición de aplicar leyes retroactivas²⁰⁵.

Tampoco en la Constitución de 1826 se observan cambios significativos en la forma en que se recoge la legalidad penal, aunque sí es verdad que en algunos aspectos se tienen en cuenta garantías más amplias para los autores de actos ilícitos, incluidas en la sección octava y que, en gran parte, son el origen de los derechos que actualmente rigen en la Constitución vigente²⁰⁶. Entre las nuevas garantías destaca el hecho de que,

²⁰⁴ «Hasta su sanción, los ensayos que le precedieron sólo fueron un esquema, un esbozo de la Ley Fundamental, carentes de todo aquello que hace a la estructura integral de una nación» (José Rafael LÓPEZ ROSAS: *Historia constitucional argentina, op. cit.*, pág. 248). Además, es conveniente recordar que el nombre de Argentina para la nación no se adoptó hasta 1826, en la Constitución de 24 de diciembre de ese año.

²⁰⁵ El principio de legalidad penal se puede rastrear en la Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica en los artículos 113: «Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe»; 115: «Todo ciudadano debe estar seguro contra las requisiciones arbitrarias [...]»; 116: «Ningún individuo podrá ser arrestado sin prueba al menos semiplena e indicios vehementes de crimen por el que merezca pena corporal; los que se harán constar en proceso informativo dentro de tres días perentorios, si no hubiese impedimento; pero habiéndolo, se pondrá constancia de él en el proceso»; y 118: «Ningún habitante del Estado podrá ser penado ni confinado sin que preceda forma de proceso y sentencia legal». Como se observa, no hay en esta Constitución una formulación explícita y clara del principio de *lex praevia*.

²⁰⁶ Néstor Pedro SAGÜÉS: *Constituciones iberoamericanas. Argentina, op. cit.*, pág. 21.

salvo en caso de delito *in fraganti*, para el arresto de un individuo «debe preceder un mandamiento firmado por el magistrado» (artículo 169).

Donde sí vamos a encontrar por fin una declaración inequívoca del subprincipio de *lex praevia* es en la Constitución para la Confederación Argentina de 1 de mayo de 1853, cuyo artículo 18 expone que «ningún habitante de la Confederación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacados de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa». Sobre el principio *non bis in idem*, esta Constitución recoge la prohibición de que el presidente de la Confederación «pueda ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes, o restablecer las fenecidas» (artículo 92). En ese *restablecer las fenecidas* se contiene una referencia clara al *non bis in idem* procesal o cosa juzgada, en una fórmula que será habitual —como veremos— en multitud de constituciones hispanoamericanas.

Mayores cambios en la formulación general del principio de legalidad penal se producen en la Constitución de 1949, ya que se acepta por primera vez en el derecho constitucional argentino la retroactividad favorable y se prohíbe la interpretación analógica y extensiva de la ley penal²⁰⁷.

Por otra parte, el artículo 90 mantenía la imposibilidad de que el presidente de la nación pudiera abrir causas ya juzgadas, pero no prohibía de ninguna forma la posibilidad de que los tribunales lo hicieran.

²⁰⁷ En concreto, el artículo 29 dispone lo siguiente (señalamos en cursiva las partes más directamente relacionadas con el *nullum crimen, nulla poena sine lege*): «Artículo 29. *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Siempre se aplicará, y aun con efecto retroactivo, la ley penal permanente más favorable al imputado.* Los militares y las personas que les están asimiladas estarán sometidos a la jurisdicción militar en los casos que establezca la ley. El mismo fuero será aplicable a las personas que incurran en delitos penados por el Código de Justicia Militar y sometidos por la propia ley a los tribunales castrenses. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; *ni arrestado, sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.* Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. *Los jueces no podrán ampliar por analogía las incriminaciones legales ni interpretar extensivamente la ley en contra del imputado. En caso de duda, deberá estarse siempre a lo más favorable al procesado.* Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles serán sanas y limpias, y adecuadas para la reeducación social de los detenidos en ellas; y toda medida que, a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que la seguridad exija, hará responsable al juez o funcionario que la autorice».

Hasta la promulgación de la Carta Magna de 1994, vigente en la actualidad, las constituciones argentinas vivieron varias suspensiones temporales ocasionadas por levantamientos militares en las que las garantías del debido proceso se vieron muy comprometidas. La última de esas suspensiones se produjo con motivo del golpe de Estado de 24 de marzo de 1976 y tuvo como consecuencia directa la supresión de las garantías de la administración de justicia, tal como denunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe del año 1980. El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* fue abrogado expresamente por medio del artículo 1 del Acta de Responsabilidad Institucional, de 18 de junio de 1976, que permitía a la Junta Militar tomar decisiones sobre las conductas de aquellos que hubieran ocasionado perjuicios a los intereses superiores de la nación, aunque en el momento de cometerse esos perjuicios no estuviesen tipificados en el ordenamiento penal²⁰⁸.

En el texto actualmente vigente de la Constitución argentina, de 22 de agosto de 1994, lo más significativo en relación con el principio de legalidad penal es que se han dejado de reconocer en el texto algunas de las garantías que se introdujeron en la Constitución de 1949. Tanto la retroactividad de la ley cuando sea favorable al reo como la prohibición de la interpretación analógica han dejado de tener reconocimiento constitucional: la redacción del artículo 18 de la actual Constitución es esencialmente idéntica a la del artículo 29 de la Constitución de 1949, salvo en lo que afecta a esos dos aspectos.

Por lo que respecta al *non bis in idem*, hay que señalar que en la sección dedicada al Poder Judicial continúa apareciendo la prohibición para el presidente de abrir causas que ya hayan sido juzgadas (artículo 109). Además, como hemos visto que ocurría también en la Constitución española de 1978, la ausencia de una constitucionalización explícita de este principio ha ocasionado algunos problemas interpretativos. La doctrina, para salvar el reconocimiento constitucional del *non bis in idem* ha tenido que recurrir al

²⁰⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, OEA/Ser.L/V/II.49, 11 de abril de 1980 (capítulo VI: Derecho de Justicia y proceso regular) [<http://www.cidh.org/countryrep/Argentina80sp/indice.htm>].

contenido expresado en el artículo 33 de la Constitución²⁰⁹: «Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno»²¹⁰.

La falta de acogida del *non bis in idem* en las constituciones federales contrasta con lo que encontramos en las constituciones provinciales argentinas. En ellas, aparte de un reconocimiento en líneas generales más amplio de los subprincipios que se desprenden de la legalidad penal, se dictan con frecuencia disposiciones que prohíben expresamente el doble castigo por los mismos hechos. Esto último es lo que sucede en los siguientes textos constitucionales provinciales:

- (a) Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur, de 17 de mayo de 1991:

«Artículo 34. Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a la ley anterior al hecho de la causa, ni juzgado por otros jueces que los instituidos por la ley y designados de acuerdo con esta Constitución, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal, *ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*. Siempre se aplicará, aún con efecto retroactivo, la ley penal más favorable al procesado. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra sus ascendientes, descendientes, cónyuge o persona con quien conviva en aparente matrimonio o hermanos, ni puede ser compelido a deponer contra sus demás parientes hasta el cuarto grado. Todo proceso penal debe concluir lo más rápidamente posible» (la cursiva es nuestra).

- (b) Constitución de la Provincia de Buenos Aires, de 13 de septiembre de 1994:

²⁰⁹ La interpretación del *non bis in idem* a partir del artículo 33 es defendida por Miguel Ángel EKMEKDJIAN: *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, págs. 81 y ss. (capítulo: “Derechos explícitos y derechos implícitos: el art. 33 de la Constitución nacional”).

²¹⁰ El contenido del artículo 33 de la Constitución de 1994 (y del 36 de la de 1949) procede claramente de la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people». Este artículo no aparece en el texto original de la Constitución argentina de 1853, aunque se anexionó en 1860, en la modificación motivada por la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación Argentina. Se trata de un precepto que se va a incluir —como veremos— en multitud de textos constitucionales hispanoamericanos.

«Artículo 29. A ningún acusado se le obligará a prestar juramento, ni a declarar contra sí mismo en materia criminal, ni será encausado dos veces por un mismo delito»²¹¹.

(c) Constitución de la Provincia de Catamarca, de 3 de septiembre de 1988:

«Artículo 35. Nadie puede ser perseguido judicialmente más de una vez por un mismo delito, ni, bajo pretexto alguno, podrán suscitarse de nuevo pleitos fenecidos»²¹².

(d) Constitución de la Provincia del Chaco (1957-1994):

«Artículo 23. Ninguna persona podrá ser condenada en jurisdicción penal o penal administrativa sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho de la causa. En caso de duda deberá estarse a lo más favorable al imputado.

Sólo podrán aplicarse con efecto retroactivo las leyes penales más favorables al imputado. En ningún caso se aplicarán por analogía las leyes que califiquen delitos o establezcan penas.

No podrán reabrirse causas definitivamente concluidas en materia criminal salvo cuando apareciesen pruebas concluyentes de la inocencia del condenado» (la cursiva es nuestra).

(e) Constitución de la Provincia del Chubut, de 11 de octubre de 1994:

«Artículo 44. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos en todo procedimiento o proceso de naturaleza civil, penal, laboral, administrativa, fiscal, disciplinario, contravencional o de cualquier otro carácter. Nadie puede ser privado de un derecho sino por una sentencia fundada, dictada por juez competente con resguardo de las reglas del debido proceso, ni penado sino en virtud de un proceso regularmente tramitado con arreglo a las garantías consagradas en la Constitución, *ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*. Siempre se aplica la ley procesal penal más favorable al imputado. Todo proceso debe concluir en un término razonable. Toda disposición legal que coarte la libertad personal, las facultades procesales en juicio penal o establezca sanciones procesales, debe ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no pueden aplicarse por analogía. En caso de duda debe decidirse por lo que sea más favorable al imputado» (la cursiva es nuestra).

(f) Constitución de la Provincia de Córdoba, de 26 de abril de 1987:

²¹¹ El principio de legalidad penal se recoge en esta constitución en el artículo 10: «Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente».

²¹² La legalidad penal se reconoce en el artículo 27: «Nadie puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley, antes del hecho del proceso».

LEGALIDAD PENAL Y PROHIBICIÓN DE DOBLE CASTIGO EN EL CONSTITUCIONALISMO
HISTÓRICO ESPAÑOL E HISPANOAMERICANO

«Artículo 39. Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a esta Constitución, ni juzgado por otros jueces que los instituidos por la ley antes del hecho de la causa y designados de acuerdo con esta Constitución; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; *ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*. Todo proceso debe concluir en un término razonable» (la cursiva es nuestra).

(g) Constitución de la Provincia de Formosa, de 30 de noviembre de 1957:

«Artículo 20. Nadie puede ser obligado en causa penal o penal administrativa a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, sus ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad, *ni penado más de una vez por el mismo delito*, ni sacado de sus jueces naturales, ni juzgado por comisiones especiales, ni encarcelado por incumplimiento de obligaciones en causa civil» (la cursiva es nuestra)²¹³.

(h) Constitución de la Provincia de Jujuy, de 22 de octubre de 1986:

«Artículo 29.9. El inculpado absuelto mediante sentencia firme no puede ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos»²¹⁴.

(i) Constitución de la Provincia de La Rioja, de 14 de agosto de 1986:

«Artículo 111. Sala de Sentencia: La sala de sentencia procederá de inmediato al estudio de la acusación, prueba y defensa, para pronunciarse en definitiva en el término de treinta días. Vencido este término sin dictar el fallo condenatorio, el acusado volverá al ejercicio de sus funciones con derecho a percibir los haberes no cobrados *sin que el juicio pueda repetirse por los mismos hechos*» (la cursiva es nuestra)²¹⁵.

(j) Constitución de la Provincia de Mendoza, de 11 de febrero de 1916:

²¹³ La aplicación retroactiva de las leyes favorables para el acusado y la prohibición de la interpretación analógica de las leyes penales quedan recogidas en el artículo 21: «[...] Sólo podrán aplicarse con efecto retroactivo las leyes penales más favorables al imputado. En ningún caso serán de aplicación por analogía las leyes que califiquen delitos o establezcan penas. Queda suprimido el sobreseimiento provisional».

²¹⁴ El principio de legalidad se expresa en el apartado 2 del artículo 29: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las garantías del debido proceso legal, por juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación o reconocimiento de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

²¹⁵ Se trata de un caso ciertamente curioso, ya que la cosa juzgada no se establece de forma general, sino solo para el caso de que los acusados de delito sean miembros de la Cámara de Diputados, que es a quienes va dirigido el artículo 111. La legalidad penal se dicta en el artículo 19 bajo la rúbrica de «derechos humanos»: «Todos los habitantes de la Provincia son por su naturaleza libres e independientes y tienen derecho a defender su vida, libertad, reputación, integridad moral y física y seguridad individual. Nadie puede ser privado de su libertad sino por vía de penalidad, con arreglo a una ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia de juez competente».

«Artículo 26. Nadie puede ser obligado a declarar ni a prestar juramento contra sí mismo en materia criminal, *ni encausado dos veces por un mismo hecho delictuoso*. La sentencia en causa criminal debe ser definitiva, absolviendo o condenando al acusado» (la cursiva es nuestra)²¹⁶.

(k) Constitución de la Provincia de Misiones, de 21 de abril de 1958:

«Artículo 25: Nadie puede ser procesado más de una vez por el mismo hecho y en caso de duda se estará siempre a lo más favorable al reo»²¹⁷.

(l) Constitución de la Provincia de Neuquén, de 17 de febrero de 2006:

«Artículo 64. La responsabilidad penal es personal. Los jueces no podrán ampliar por analogía incriminaciones legales ni interpretar extensivamente la ley en perjuicio del imputado. La instrucción penal se realizará en forma contradictoria. La Legislatura establecerá el procedimiento por el que se realizará el juicio oral.

Nadie puede ser encausado dos (2) veces por un mismo hecho delictuoso. La sentencia en causa criminal debe ser definitiva absolviendo o condenando al acusado.

No podrán establecerse procedimientos sumarios en causas graves *ni reabrirse procesos fenecidos*, salvo en materia penal cuando la revisión sea favorable al reo y el caso esté autorizado por ley» (las cursivas son nuestras).

(m) Constitución de la Provincia de Río Negro, de 20 de junio de 1988:

«Artículo 19. Sólo pueden aplicarse con efecto retroactivo las leyes penales más favorables al imputado. *No pueden reabrirse causas concluidas en materia criminal, excepto cuando se tuviere prueba de la inocencia del condenado*. Si de la revisión de una causa penal resulta su inocencia, la Provincia indemniza los daños materiales y morales causados, si hubiere culpa» (la cursiva es nuestra).

(n) Constitución de la Provincia de Salta, de 2 de junio de 1986:

«Artículo 20: Responsabilidad penal. Presunción de inocencia. Juez competente.

La responsabilidad penal es personal. Nadie es considerado culpable hasta la sentencia definitiva ni puede ser penado o sancionado por acciones u omisiones que, al momento de producirse, no constituyan delito, falta o contravención. Todos tienen derecho a ser juzgados

²¹⁶ El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* se expresa en el artículo 25: «Nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho por que se le procesa, ni juzgado por comisiones o tribunales especiales, cualquiera que sea la denominación que se les dé».

²¹⁷ El artículo 28 de esta Constitución provincial menciona explícitamente la retroactividad favorable y la prohibición de la analogía: «Ningún habitante de la Provincia puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Los jueces no podrán ampliar por analogía las incriminaciones legales ni interpretar extensivamente la ley penal en contra del procesado. Siempre se aplicará, aún con efecto retroactivo, la ley penal más favorable al imputado».

LEGALIDAD PENAL Y PROHIBICIÓN DE DOBLE CASTIGO EN EL CONSTITUCIONALISMO
HISTÓRICO ESPAÑOL E HISPANOAMERICANO

por juez previamente competente. Nadie puede ser juzgado por comisiones o tribunales especiales, sea cual fuere la denominación que se les dé. *Nadie será acusado o juzgado dos veces por un mismo delito, falta o contravención.* La ley penal más benigna se aplica retroactivamente. Ninguna norma puede agravar la situación del imputado, procesado o condenado. La duda actúa en favor del imputado. En causa criminal nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermano, afines hasta segundo grado, tutores, pupilos o personas de ostensible trato familiar» (la cursiva es nuestra).

(o) Constitución de la Provincia de San Juan, de 1 de mayo de 1986:

«Artículo 225. La Sala de sentencia procede de inmediato al estudio de la acusación, defensa y prueba, para pronunciarse en definitiva en el término de treinta días. Vencido ese término sin pronunciarse fallo, el acusado volverá al ejercicio de sus funciones con derecho a percibir los haberes no cobrados y *sin que el juicio pueda repetirse por los mismos hechos*» (la cursiva es nuestra)²¹⁸.

(p) Constitución de la Provincia de San Luis, de 14 de marzo de 1987:

«Artículo 39. Toda persona es inocente mientras no sea declarada su culpabilidad por sentencia firme de juez competente, dictada en debido proceso, ni puede ser penada o sancionada por acciones u omisiones que, al momento de producirse, no constituyen delito, falta o contravención. Todos tienen derecho a ser juzgados por juez previamente competente. Nadie puede ser juzgado o investigado por comisiones o tribunales especiales, sea cual fuere la denominación que se les dé. *Nadie puede ser acusado o juzgado dos veces por un mismo delito, falta o contravención.* La ley penal más benigna se aplica retroactivamente. Ninguna norma, posterior al hecho de la causa, puede agravar la situación del imputado, procesado o condenado. La duda actúa en favor del imputado» (la cursiva es nuestra).

(q) Constitución de la Provincia de Santa Cruz, de 27 de noviembre de 1998:

«Artículo 21. Nadie puede ser perseguido más de una vez por un mismo delito, ni bajo pretexto alguno podrán suscitarse de nuevo pleitos terminados con sentencia ejecutoriada».

(r) Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 14 de abril de 1962:

²¹⁸ Como ocurre en la provincia de La Rioja, solo se aplica a los representantes de altas instituciones. La legalidad penal se dicta en el artículo 22: «Todos los habitantes de la Provincia tienen derecho a defender su vida, libertad, reputación, seguridad, propiedad, intimidad, culto, como así a enseñar y aprender, a una información veraz y a los demás consagrados en esta constitución. El Estado protege el goce de estos derechos de los que nadie puede ser privado, sino por vía de penalidad con arreglo a la Ley, anterior al hecho del proceso y previa sentencia de juez competente. En el caso de incorporación de la pena de muerte en la legislación nacional, para su aplicación en la Provincia se requiere pronunciamiento unánime de los miembros de la Corte de Justicia».

«Artículo 9. Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso y de una típica definición de una acción u omisión culpable previamente establecidos por la ley, ni sacado del juez constituido con anterioridad por ésta, ni privado del derecho de defensa. *No se puede reabrir procesos fenecidos, sin perjuicio de la revisión favorable de sentencias penales en los casos previstos por la ley procesal.* Cuando prospere el recurso de revisión por verificarse la inocencia del condenado, la Provincia indemniza los daños que se le hubieren causado» (la cursiva es nuestra).

(s) Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, de 11 de octubre 2002:

«Artículo 55. Principio de inocencia. Se considera inocente a todo aquel que no haya sido declarado culpable por sentencia de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada. No se podrán dictar leyes que empeoren la condición de los acusados por hechos anteriores. *Nadie puede ser encausado judicialmente más de una vez por el mismo delito, salvo el caso de revisión favorable al condenado en materia criminal y de acuerdo con la ley procesal.* En causa criminal, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni contra sus ascendientes, descendientes y cónyuge, ni puede ser compelido a deponer contra sus demás parientes hasta el cuarto grado inclusive. La defensa es libre en todos los juicios» (la cursiva es nuestra)²¹⁹.

El vigente Código Penal de Argentina únicamente alude al principio de legalidad penal en el artículo 2, referido a la prohibición del efecto retroactivo de las leyes, salvo que sean favorables al acusado²²⁰. Sobre el contenido de ese artículo, Juan Manuel CULOTTA dice lo siguiente:

«La irretroactividad de la ley penal puede llevar a la necesidad de seguir aplicando, bajo la vigencia de la ley nueva, la ley anterior, dando lugar a la ultraactividad de ésta, aunque [...] por imperio de lo normado en este artículo, ello se limita a los casos en que la nueva aparece como más gravosa [...]. La nueva ley se debe aplicar a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia si sus disposiciones resultan más benignas (retroactividad) y la ley derogada será

²¹⁹ El principio de legalidad penal también tiene acogida en el artículo 54: «Juez natural. Ningún habitante de la Provincia puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, ni sacado de los jueces designados por ley antes del hecho de la causa».

²²⁰ «Artículo 2: Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho».

aplicable para los actos ejecutados durante su vigencia si deviene más favorable (ultraactividad)»²²¹.

Además, como expone este mismo autor, la retroactividad penal favorable es un derecho constitucionalizado en Argentina por aplicación del artículo 75.22 de la Carta Magna, en el que se declara la jerarquía constitucional de los tratados y convenios internacionales ratificados por la nación²²².

En el sistema legal vigente en el país, donde con mayor amplitud se recogen los principios analizados en este trabajo es en el Código Procesal Penal. El principio de legalidad se desarrolla en los artículos dedicados al juicio previo (artículo 1), al juez natural o garantía jurisdiccional (artículo 7), al *in dubio* pro imputado (artículo 11) y a la regla de interpretación o prohibición de la analogía (artículo 14)²²³.

El principio *non bis in idem* tiene acogida en el artículo dedicado a la persecución única (artículo 5), en el que, además de prohibirse la persecución penal por los mismos

²²¹ Juan Manuel CULOTTA: «Artículo 2», en Andrés José D’ALESSIO (dir.) y Mauro A. DIVITO (coord.): *Código Penal comentado y anotado. Parte general (artículos 1 a 78 bis)*, Buenos Aires: La Ley, 2005, pág. 24.

²²² «A partir de la reforma de 1994, en virtud del art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna, que asignó rango constitucional a distintos tratados internacionales de derechos humanos, es posible sostener que el principio de la ley penal más benigna —antes considerado un beneficio legal— posee jerarquía constitucional, pues ha sido reconocido por tales convenciones. El nuevo rango asignado desdibuja el criterio jurisprudencial según el cual una ley puede establecer su propia ultraactividad excluyendo la aplicación de este principio, lo que en general se relaciona con la legislación temporal o transitoria» (ídem, pág. 25).

²²³ «Artículo 1. Juicio previo. Nadie puede ser condenado sin un juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, que será realizado respetando los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y de acuerdo a las normas de este Código».

«Artículo 7. Juez natural. Nadie puede ser perseguido ni juzgado por jueces o comisiones especiales. La potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales designados de acuerdo con la Constitución e instituidos por ley con anterioridad al hecho objeto del proceso».

«Artículo 11. In dubio pro imputado. En caso de duda, se estará a lo que sea más favorable para el imputado. La inobservancia de una garantía no se hará valer en su perjuicio. Las normas procesales no tendrán efecto retroactivo, a menos que sean más favorables para el imputado».

«Artículo 14. Regla de interpretación. Las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten un derecho deberán interpretarse restrictivamente. Se prohíbe la interpretación extensiva y la analogía de dichas normas».

hechos, se impide reabrir los procesos terminados, salvo que la revisión favorezca al condenado²²⁴.

6.3 Bolivia

El constitucionalismo boliviano, como afirma Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, tiene sus raíces en el Decreto de 9 de febrero de 1825, por medio del cual se convocaba a los diputados de las provincias del Alto Perú a una Asamblea en Chuquisaca, la actual Sucre²²⁵. En esa asamblea, la mayoría de los asistentes defendió la creación de un nuevo Estado independiente, que se llamaría Bolivia en reconocimiento al libertador Simón BOLÍVAR, persona a la que se le encomendó la redacción de la primera Constitución del país²²⁶. La importancia de esta Constitución —promulgada en 1826— reside no solo en que sentó las bases de la vida institucional de la nueva república, sino también en que fue utilizada como modelo para el desarrollo constitucional de otras incipientes naciones, como el Perú, que adoptó esta Carta Magna casi en su totalidad²²⁷.

La Constitución de 1826 no contiene una declaración minuciosa de garantías y derechos individuales, aunque sí hace una referencia al principio de legalidad penal, bajo la garantía jurisdiccional, en el artículo 105, dentro del título dedicado al Poder Judicial: «Ningún boliviano podrá ser juzgado en causas civiles y criminales, sino por el tribunal competente designado con anterioridad por la ley». La garantía de jurisdicción también se proclama en el artículo 99 bajo la siguiente fórmula: «La facultad de juzgar pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley»²²⁸. El contenido de

²²⁴ «Artículo 5. Persecución única. Nadie puede ser perseguido penalmente ni condenado más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir los procedimientos fenecidos, salvo la revisión de las sentencias en favor del condenado».

²²⁵ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La jurisdicción constitucional en Bolivia. La Ley número 1836, del 1.º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pág. 9.

²²⁶ Véase Benjamín Miguel HARB: «El sistema constitucional boliviano», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 101-102.

²²⁷ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La jurisdicción constitucional en Bolivia, op. cit.*, pág. 10.

²²⁸ Además, el artículo 122 dispone: «Ningún boliviano puede ser preso, sin precedente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y un mandamiento escrito del juez, ante quien ha de ser representado, excepto en el caso de los artículos 84, restricción 2.ª, 124 y 139». Las tres excepciones que se mencionan afectan (i) al Presidente de la nación, ya que, en caso de que se vea amenazada la seguridad de la República, podrá realizar arrestos (artículo 84.2); (ii) a los ciudadanos, que están autorizados para

ambos artículos se repite, sin modificaciones significativas, en las Constituciones de 14 de agosto de 1831 (artículos 104 y 109), 16 de octubre de 1834 (artículos 106 y 111) y 26 de octubre de 1839 (artículos 90 y 116)²²⁹.

En la Constitución de 17 de junio de 1843, se introduce la primera novedad importante en el principio de legalidad penal en el ordenamiento constitucional boliviano, ya que se reconoce explícitamente la irretroactividad de la ley: «Ninguna ley puede tener fuerza retroactiva» (artículo 89). Los demás aspectos relacionados con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* mantienen esencialmente la redacción que se les había dado en las constituciones anteriores.

La Constitución Política de 21 de septiembre de 1851 es la primera constitución boliviana que contiene una declaración extensa de derechos y garantías individuales²³⁰. Para el principio de legalidad penal, destaca la inclusión por fin de un artículo en el que se afirma con claridad el subprincipio de *lex praevia*²³¹: «Ningún hombre puede ser detenido, arrestado, preso ni condenado a pena, sino en los casos, según las formas y por los tribunales establecidos por las leyes, publicadas con anterioridad al hecho por el que debe ser detenido, arrestado, preso o condenado» (artículo 4).

arrestar a delincuentes si son sorprendidos *in fraganti* cometiendo un delito (artículo 124); y (iii) a prefectos, gobernadores y corregidores, que pueden arrogarse las facultades que corresponden a los jueces «si la tranquilidad pública exigiese la aprehensión de algún individuo» (artículo 139). Todas ellas son salvedades que también se incluyen en las Constituciones de 1831 y 1834. En la Constitución de 1839 se mantienen las dos primeras excepciones, pero se suprime la referida a prefectos, gobernadores y corregidores.

²²⁹ En el artículo 111 de la Constitución de 1839 se introduce una garantía de ejecución de las sentencias para asegurar que solo se puedan ejecutar penas que estén sujetas a regulación legal: «Todos los tribunales y juzgados en sus sentencias están obligados a citar las leyes en que las funden». Esta garantía no se recogerá en la Constitución siguiente, la de 1843.

²³⁰ Véase Benjamín Miguel HARB: «El sistema constitucional boliviano», *op. cit.*, pág. 104.

²³¹ El artículo 91 de esta Constitución recupera la garantía de ejecución, que había sido eliminada en la Constitución de 1843: «Artículo 91. La publicidad en los juicios es una garantía esencial, a no ser que ella sea peligrosa para el orden y las costumbres. En este caso el tribunal declarará el juicio secreto por un auto previo. La discusión puede ser secreta en los tribunales, pero la votación se hace a puerta abierta y en alta voz. *Las sentencias deben ser motivadas; fundadas en ley expresa que ha de citarse, y a falta de ella en la equidad.* Una ley especial arreglará la administración de justicia gratuita» (la cursiva es nuestra). Y, de nuevo, volverá a silenciarse esta garantía en la Constitución de 1861.

La precisión con que se establece el requisito de *lex praevia* se pierde, no obstante, en la Constitución siguiente, la de 1861, como se infiere del contenido del artículo que esta última le dedica al principio de legalidad²³²:

«Artículo 5. Nadie puede ser detenido, arrestado, preso ni condenado, sino en los casos, y según las formas establecidas por la ley, ni puede ser juzgado por comisiones especiales sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa. Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, en materia criminal. Son inviolables la correspondencia epistolar y los papeles privados; lo es igualmente el domicilio salvo los casos determinados por las leyes. En los delitos comunes queda abolido todo fuero personal».

Conviene que se destaque también la inclusión por vez primera en 1861 de un artículo que permite la interpretación extensiva de la Constitución, un artículo que —como hemos afirmado para el caso del constitucionalismo argentino— tiene como antecedente la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América²³³:

«Artículo 18. Las garantías y derechos reconocidos en los artículos anteriores, no podrán alterarse por las leyes que reglamenten su ejercicio, ni se entenderán como negación de otros derechos o garantías, que sin embargo de no estar enunciados nacen del principio de la soberanía del pueblo o de la forma republicana del Gobierno».

La formulación del principio de legalidad penal no sufre alteraciones importantes en las constituciones siguientes, salvo por lo que se refiere a la mención expresa de prohibición de promulgar leyes retroactivas, que se incluye en la Constitución de 1938 y que mantendrá la misma redacción hasta 1967: «La ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo».

Es en la Constitución de 2 de febrero de 1967 donde vamos a encontrar mayores diferencias en el tratamiento de los aspectos que afectan al principio de legalidad con respecto a los textos anteriores, ya que por primera vez se tiene en cuenta el efecto

²³² De ese artículo se desprende la obligación de que los jueces sean designados antes de que se haya producido el hecho de la causa, pero se ha eliminado la referencia explícita a que las leyes para imponer una pena deban ser anteriores a la detención o la condena. La misma redacción se muestra en la Constitución que se promulgará en 1868, con la salvedad de que su contenido se escinde en dos artículos.

²³³ Este precepto se mantendrá en las Constituciones de 1868 y 1871, pero será suprimido en la de 1878; volverá a recuperarse en la Constitución Política de 1938. En la Constitución vigente en Bolivia en la actualidad —de 2009—, la interpretación extensiva se declara en el artículo 13.II: «Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados».

retroactivo de la ley cuando sea favorable para el reo²³⁴: «La Ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente» (artículo 33).

Ese carácter retroactivo de la ley penal y el resto de garantías del principio se mantienen sin ninguna modificación en las Constituciones de 6 de febrero de 1995 y 13 de abril de 2004.

La constitución vigente en la actualidad en el Estado de Bolivia —la más extensa y completa de las que se han promulgado en la nación— aborda el principio de legalidad penal en su artículo 123 con una redacción muy polémica, ya que permite la aplicación retroactiva de la ley penal para los delitos relacionados con la corrupción de los servidores públicos:

«Artículo 123. La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; *en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado*; y en el resto de los casos señalados por la Constitución» (la cursiva es nuestra).

La excepción contemplada en el artículo 123 a la irretroactividad de la ley penal hizo posible la promulgación de una ley (Ley n.º 004, de 31 de marzo de 2010, de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”) que afirma el carácter de imprescriptibilidad de los delitos de corrupción y que permite procesar y sancionar los actos cometidos por los servidores públicos, incluso aunque ya no estén en activo al tiempo de promulgarse la ley. Pese a ser acorde con lo establecido en la Constitución boliviana vigente²³⁵ y a tener su

²³⁴ Además, en el precepto dedicado a las garantías penales, se retoma el requisito de *lex praevia*: «Artículo 16. Garantías en materia penal: Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad. El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable. Desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor. Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. *La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso* y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado» (la cursiva es nuestra).

²³⁵ Lo que no es óbice para que se pueda afirmar que la propia Constitución de Bolivia incurre en una contradicción flagrante al admitir, por un lado, la aplicación retroactiva de la ley penal en los casos de corrupción y al declarar, por otro lado, que los tratados internacionales ratificados por el país —y que

explicación en la corrupción generalizada que ha existido tradicionalmente en el país²³⁶, la ley supone una clara violación de los derechos humanos al conculcar el requisito más importante del principio de legalidad, el subprincipio de *lex praevia*²³⁷.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional boliviano —con muy buen criterio— hizo una aclaración sobre el alcance del artículo 123 de la Constitución y de la disposición final primera de la Ley 004, y anuló la aplicación retroactiva desfavorable en su sentencia 770/2012, de 13 de agosto. A juicio del Tribunal, «no resulta admisible que una garantía de los procesados en materia de corrupción sea la de que se les aplique retroactivamente la ley penal sustantiva desfavorable» (fundamento jurídico III.4.1)²³⁸. Sin embargo, a pesar de esa declaración que anulaba la aplicación retroactiva, el artículo 123 de la Carta Magna boliviana mantiene la redacción original, por lo que nos encontramos ante una paradoja de muy difícil explicación.

Como novedad en una Constitución boliviana, en la Carta Magna de 2009 se recoge el principio de prohibición del doble castigo o *non bis in idem*²³⁹: «Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. La rehabilitación en sus derechos restringidos será inmediata al cumplimiento de su condena» (artículo 117.II).

prohíben esa aplicación retroactiva— forman parte del bloque de constitucionalidad boliviano (artículo 410.II).

²³⁶ Como expone Williams COCA TERRAZAS, «El fenómeno de la corrupción no es ajeno a Bolivia. Durante la última década se ha acentuado más en las diferentes instituciones públicas, así como [en] aquellas instituciones privadas que tienen relación con el Estado» (Williams COCA TERRAZAS: *Los retos del nuevo proceso penal boliviano*, Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2013, pág. 146).

²³⁷ Véase la crítica que realiza Alan A. SILLERICO: «Retroactividad de la ley penal en Bolivia», en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, julio 2011 [<http://www.eumed.net/rev/cccss/13/aass.htm>].

²³⁸ En esta importantísima sentencia, el Tribunal Constitucional boliviano realiza una interpretación del artículo 123 de la Constitución para adecuar su contenido a las exigencias del principio de legalidad penal en su consideración clásica, como axioma que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo cuando beneficie al reo: «Una interpretación sistemática, teleológica y literal la norma contenida en el art. 123 de la CPE, no debe ser entendida en sentido que sea posible sancionar retroactivamente conductas que no estuvieron previamente establecidas en una ley, pues el art. 123 de la CPE, se encuentra en el Título IV, Capítulo Primero relativo a las garantías jurisdiccionales, por lo que debe entenderse como una garantía de seguridad del Estado a favor de los ciudadanos, pues no resultaría lógica la interpretación del establecimiento de garantías a favor del propio poder público. En este sentido para este Tribunal no resulta admisible que una garantía de los procesados en materia de corrupción sea la de que se les aplique retroactivamente la ley penal sustantiva desfavorable» (fundamento jurídico III.4.1).

²³⁹ En las constituciones anteriores, el principio *non bis in idem* solo podía inferirse de forma indirecta a partir de la interpretación del artículo que expresa que las garantías reconocidas en el texto constitucional no significa que se nieguen otras distintas no enunciadas explícitamente. En la Constitución de 1995 ese artículo era el 35.

La aplicación del principio *non bis in idem* es de particular importancia en un país como Bolivia, en el que se reconoce la vigencia de la jurisdicción indígena. En efecto, la propia Constitución nacional afirma que «están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos» (artículo 191.II). Esa sujeción a las leyes indígenas, conjugada con el reconocimiento constitucional del *non bis in idem*, implica que lo que haya sido sancionado con arreglo a la primera jurisdicción no pueda volver a sancionarse con aplicación de las leyes ordinarias. El Código de Procedimiento Penal (Ley n.º 1970 de 25 de marzo de 1999) es claro a este respecto:

«Artículo 28 (Justicia comunitaria). Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado. La Ley compatibilizará la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena»²⁴⁰.

Las normas bolivianas que respetan la jurisdicción indígena mantienen concordancia con el *Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes*, promulgado en el año 1989. En concreto, el artículo 9 de este Convenio dicta que «en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros»²⁴¹. En definitiva, en materia

²⁴⁰ No obstante, las excepciones que propone este artículo pueden entenderse como una restricción insalvable para la aplicación del derecho consuetudinario: «En este caso, el Código establece implícitamente la posibilidad de que una autoridad judicial pueda actuar por encima de una resolución de la justicia indígena, si considera que ésta no ha respetado los derechos fundamentales y las garantías de las personas. Esta es posiblemente una de las normas que con más claridad ha subordinado a los sistemas jurídicos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, pues cualquier resolución de la justicia indígena que no cumpliera con el “debido proceso” podría ser desestimada, lo que podría incluir, según el criterio del juez ordinario, la totalidad de las resoluciones» (Martín BAZURCO OSORIO y José Luis EXENI RODRÍGUEZ: «Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad», en Boaventura DE SOUSA SANTOS y José Luis EXENI RODRÍGUEZ (eds.): *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala, 2012, pág. 52).

²⁴¹ Aparte del *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes*, sobre la cuestión hay que tener en cuenta también la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, y la *Declaración*

penal se reconoce la prevalencia del derecho consuetudinario de las comunidades indígenas respecto al derecho de la nación, siempre y cuando las penas que imponga la justicia autóctona sean respetuosas con los derechos humanos²⁴².

En Bolivia, sin embargo, tal como establece la Ley de Deslinde Jurisdiccional, promulgada el 29 de diciembre de 2010, existen determinadas materias que quedan fuera del alcance de la jurisdicción indígena y que solo pueden ser conocidas por la justicia ordinaria²⁴³, hecho con el que «la ley se autoimpone una restricción que no existe ni en la Constitución ni en los instrumentos internacionales, lo que marca un claro retroceso en relación a la paridad que debe existir entre justicia ordinaria y justicia indígena»²⁴⁴.

En la legislación penal boliviana vigente, tanto el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* como el principio *non bis in idem* son acogidos de manera amplia y en todas sus garantías relacionadas. En el Código Penal (Ley n.º 1768 de 10 de marzo de

americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada el 15 de junio de 2016 (tras diecisiete años de negociaciones).

²⁴² En el informe que elaboró la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2007 — anterior, por tanto, a la promulgación de la Constitución hoy vigente en Bolivia—, se destacan aspectos de trascendental importancia para el reconocimiento de la jurisdicción indígena y para el acceso al sistema oficial de justicia de las comunidades campesinas e indígenas de la nación. La Comisión observó en su visita al país que la denominada justicia comunitaria era abordada de forma vaga e imprecisa en la legislación vigente, hecho que había generado gran confusión en los mecanismos alternativos para solucionar conflictos, que no era posible identificar parámetros de aplicación general en los casos en que el Tribunal Constitucional había tenido que intervenir para ejercer control sobre las decisiones adoptadas por la justicia comunitaria y, por último, que se había extendido entre la población la creencia de que los linchamientos eran reflejo de la aplicación de la justicia indígena. Por todo ello, recomendaba al Estado boliviano la adopción de «las medidas necesarias para garantizar que la justicia comunitaria no dependa de la cobertura y/o carga procesal de la justicia oficial, sino que derive del carácter pluricultural del Estado boliviano y del respeto por la autonomía de los pueblos indígenas» y el establecimiento de mecanismos de coordinación entre la justicia oficial y la justicia comunitaria (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II, 28 de junio de 2007 [<http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07indice.sp.htm>]).

²⁴³ El artículo 10.II.a de la Ley n.º 073, de 29 de diciembre de 2010, de Deslinde Jurisdiccional, dispone que quedan fuera del alcance de la jurisdicción indígena, «en materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico, los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio».

²⁴⁴ Silvina RAMÍREZ: *La protección de los derechos de los pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal*, Washington: Fundación para el Debido Proceso, 2012, pág. 5.

1997) el principio de legalidad se desarrolla en los artículos 4 y 70, que disponen lo siguiente:

«Artículo 4. (EN CUANTO AL TIEMPO). Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallen establecidas en ella. Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo o de la vigente en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será ésta la que se aplique».

«Artículo 70. (NULLA POENA SINE JUDITIO). Nadie será condenado a sanción alguna, sin haber sido oído y juzgado conforme al Código de Procedimiento Penal. No podrá ejecutarse ninguna sanción sino en virtud de sentencia emanada de autoridad judicial competente y en cumplimiento de una ley, ni ejecutarse de distinta manera que la establecida en aquella».

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal hace un desarrollo más extenso de alguna de las garantías del principio de legalidad y reconoce expresamente la prohibición de doble castigo. En concreto, el Código contiene preceptos exclusivamente dedicados a la prohibición de condena sin que se haya celebrado juicio previo y proceso legal (artículo 1), a la legitimidad (artículo 2), a la persecución penal única (artículo 4), a la cosa juzgada penal (artículo 39) y civil (artículo 40), y a la garantía de jurisdicción (artículo 42)²⁴⁵.

²⁴⁵ «Artículo 1. (Ninguna condena sin juicio previo y proceso legal). Nadie será condenado a sanción alguna si no es por sentencia ejecutoriada, dictada luego de haber sido oído previamente en juicio oral y público, celebrado conforme a la Constitución, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código».

«Artículo 2. (Legitimidad). Nadie será juzgado por comisiones o tribunales especiales ni sometido a otros órganos jurisdiccionales que los constituidos conforme a la Constitución y a la ley, con anterioridad al hecho de la causa».

«Artículo 4. (Persecución penal única). Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias. La sentencia ejecutoriada dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá efecto de cosa juzgada».

«Artículo 39. (Cosa juzgada penal). La sentencia condenatoria ejecutoriada, dictada en proceso penal, producirá efecto de cosa juzgada en el proceso civil. La sentencia absolutoria y el sobreseimiento ejecutoriados producirán efectos de cosa juzgada en el proceso civil en cuanto a la inexistencia del hecho principal que constituya delito o a la ausencia de participación de las personas a las que se les atribuyó su comisión».

«Artículo 40. (Cosa juzgada civil). La sentencia ejecutoriada, dictada en el juicio civil, no impedirá ninguna acción penal posterior sobre el mismo hecho o sobre otro que con él tenga relación. La sentencia ejecutoriada posterior, dictada en el proceso penal, no incidirá en los efectos de la sentencia civil pasada en cosa juzgada salvo cuando la absolución se funde en la inexistencia del hecho o en la no participación del imputado».

6.4 Chile

Chile nombró su primer Gobierno autónomo a mediados de septiembre de 1810, aunque no pudo declarar la independencia de España hasta principios de 1818, año en que se resuelve definitivamente la guerra contra el poder colonial. A partir de ese momento se inició en el país un movimiento para construir las instituciones y la identidad nacional, algo para lo que se sintió de imperiosa necesidad contar con una Constitución²⁴⁶.

La historia constitucional chilena ha transcurrido por varias etapas bien identificadas. La primera corresponde al periodo de ensayos constitucionales, que abarca de 1818 a 1833 y que se caracteriza por la promulgación de varias constituciones de duración efímera (textos de 1818, 1822, 1823, 1826 y 1828)²⁴⁷.

La segunda etapa arranca con la promulgación de la Constitución de 1833 y abre un largo periodo de estabilidad constitucional. Con esta Carta Magna puede decirse que el Estado chileno está formado definitivamente: «La Constitución de 1833 da nacimiento a una cierta idea de Estado de derecho liberal, que se mantendrá vigente noventa años, es decir, hasta 1924»²⁴⁸.

La tercera etapa se inicia en 1925 con un nuevo poder constituyente que tendrá vigencia hasta la instauración de un régimen autoritario militar en 1973: la separación estricta de poderes y la consagración de un Estado social de derecho son dos de sus notas más sobresalientes.

«Artículo 42. (Jurisdicción). Corresponde a la justicia penal el conocimiento exclusivo de todos los delitos, así como la ejecución de sus resoluciones, según lo establecido en este Código. La jurisdicción penal es irrenunciable e indelegable, con las excepciones establecidas en este Código».

²⁴⁶ Para los aspectos históricos, véase Humberto NOGUEIRA ALCALÁ: *Constituciones iberoamericanas: Chile*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, págs. 1-52.

²⁴⁷ Aparte de esas constituciones, en este periodo habría que incluir también el Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria de Chile, sancionado en 14 de agosto de 1811; el Reglamento constitucional provisorio, sancionado en 26 de octubre de 1812, y el Reglamento para el Gobierno provisorio, sancionado en 17 de marzo de 1814.

²⁴⁸ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ: «El sistema constitucional chileno», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, pág. 276.

La última etapa comienza tras el asesinato de Salvador Allende y el golpe de Estado de 1973²⁴⁹. La Constitución de este último periodo es la promulgada en 1980, una constitución más cercana a una carta otorgada que a un texto constitucional al uso, dadas las irregularidades que existieron en el proceso de ratificación popular²⁵⁰. No obstante, en 1989, tras la derrota del general Augusto Pinochet en las elecciones del año anterior, se realiza una reforma constitucional de gran calado, una reforma que se completaría con las modificaciones hechas en 1991, 1992, 1995, 1997 y 1999.

El principio de legalidad penal ha sido acogido muy tímidamente en las constituciones chilenas anteriores a la de 1980 en comparación con lo que ocurre en otros ordenamientos constitucionales hispanoamericanos. Así, en la Constitución Política del Estado, de 30 de octubre de 1822, el *nullum crimen, nulla poena sine lege* solo puede rastrearse a partir de la garantía jurisdiccional, expresada en el artículo 199: «Todos serán juzgados en causas civiles y criminales por sus jueces naturales, y nunca por comisiones particulares». En la Constitución del año siguiente —la de 29 de diciembre de 1823—, además de la garantía jurisdiccional, encuentran protección las garantías criminal y de ejecución, tal como se desprende de los artículos 122 y 123:

²⁴⁹ El sistema normativo creado a partir del golpe de Estado de 11 de septiembre de 1973 es duramente criticado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sobre la aplicación retroactiva de las leyes penales, la Comisión expuso la siguiente realidad en el informe que elaboró en 1974 sobre la situación de los derechos humanos en Chile: «Ha habido Consejos de Guerra que atribuyeron efecto retroactivo a las normas constitutivas del “estado de guerra”. Como resultado de ello ciertos actos que, en el momento de ser cometidos, no hubieran podido recibir otras penas que las previstas por el Código Penal ordinario, ni ser juzgadas sino con todas las garantías del juicio penal ordinario, vinieron a ser mencionadas por la ley penal militar para tiempo de guerra y juzgadas según los procedimientos rudimentarios de los Consejos de Guerra, integrados en amplia mayoría por legos en derecho». Y en las conclusiones de ese informe, la Comisión declara: «Garantías del debido proceso. Se hallaban seriamente afectadas. En numerosos casos se había violado y violaba el derecho a ser juzgado por tribunal establecido por ley anterior al hecho de la causa y, en general, el derecho a un proceso regular. La aplicación retroactiva del “estado de guerra” ha constituido un flagrante atentado a derechos fundamentales. Se había tomado como “confesión” manifestaciones hechas por el acusado bajo la presión de apremios físicos o psicológicos, ante la autoridad aprehensora y no ante el juez de la causa. El funcionamiento de los Consejos de guerra configuraba una violación masiva de las garantías del debido proceso» (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, OEA/Ser.L/V/II.34, 25 de octubre de 1974 [<http://www.cidh.org/countryrep/Chile74sp/Indice.htm>]).

²⁵⁰ El plebiscito convocado el 11 de septiembre de 1980 para la ratificación ciudadana de la Constitución fue un auténtico fraude, tanto por la ausencia de libertad de expresión y la inexistencia de registros electorales como por la forma en que se interpretaron los resultados. Véase Humberto NOGUEIRA ALCALÁ: «El sistema constitucional chileno», *op. cit.*, pág. 44.

«Artículo 122. Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho».

«Artículo 123. Nadie puede ser preso sino en los casos que determina la ley y según sus formas. Se castiga gravemente al que decreta o ejecuta una prisión arbitraria».

En la Constitución de 8 de agosto de 1828, el principio de legalidad penal mantiene las garantías expresadas en la norma anterior, aunque no con tanta claridad, y se dispone que las leyes no puedan tener efecto retroactivo²⁵¹. El principio se extrae del contenido de los artículos 13 y 15 de la Carta Magna:

«Artículo 13. Ningún habitante del territorio puede ser preso ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de juez competente, previa la respectiva sumaria, excepto el caso de delito *in fraganti*, o fundado recelo de fuga».

«Artículo 15. Ninguno podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los tribunales establecidos por la ley. Esta, en ningún caso, podrá tener efecto retroactivo».

La novedad más importante que introduce la Constitución de 25 de mayo de 1833 —la más longeva de la historia constitucional chilena— en aspectos relativos al principio de legalidad penal es el reconocimiento, aunque solo parcial, de la institución de la cosa juzgada, un reconocimiento que será respetado ya en todas las normas supremas que se promulguen con posterioridad: «La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos» (artículo 108)²⁵².

Además, en esta Constitución se corrige la ambigüedad que había surgido en la redacción del artículo 15 de la Constitución de 1828: la separación de las últimas oraciones con la conjunción copulativa (y) y la sustitución del punto por una coma

²⁵¹ La redacción de este precepto es muy poco afortunada, ya que no queda claro si la retroactividad se predica de la ley en sentido general o solo de aquella que establezca los tribunales que juzguen los delitos.

²⁵² Nótese que la prohibición de revivir procesos fenecidos solamente se aplica al Congreso y al Presidente de la República, pero no a los tribunales. Esa falta de concreción es la que lleva a algunos autores a afirmar que, en la actual Constitución chilena —la promulgada en 1980—, pese a contar con un artículo 76 de redacción muy similar al 108 de la Constitución de 1833, la cosa juzgada es objeto de vacío normativo en materia constitucional: «En un primer análisis no es muy difícil darse cuenta que [sic] en nuestra CPRCh no hay norma alguna que de manera directa o indirecta, expresa o implícita aluda a institución de la cosa juzgada» (Emilio Alfonso GARROTE CAMPILAY: «Cosa juzgada constitucional *sui generis* y su efecto en las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad», *Estudios Constitucionales*, X (2), 2012, pág. 398).

resuelven cualquier problema interpretativo relacionado con el precepto. La irretroactividad no se refiere al carácter de la ley, en general, sino solo de aquella que establezca los tribunales que juzguen los delitos: «Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el Tribunal que le señale la ley, y que se halle establecido con anterioridad por ésta» (artículo 134).

El requisito de *lex praevia* para la consideración de los ilícitos penales, que se había silenciado en el texto de 1828, se retoma en la Constitución de 1925 de manera ya definitiva: «Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio» (artículo 11).

Es en la Constitución de 1980 (incluidas las reformas posteriores) donde se va a dar acogida de forma más amplia y clara al principio de legalidad. En el capítulo dedicado a los derechos y deberes constitucionales, dentro del artículo 19.3, se asegura, por un lado, que «ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado», y, por otro lado, que «ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella». Como exponen Jaime NÁQUIRA *et al.*:

«La nueva constitución de 1980, viene a separar el principio de “*nullum crimen sine lege*” y “*nullum poena sine lege del nulla poena sine iudicio*”. Junto con perfeccionar algunos alcances de dicho principio, consagra la retroactividad de la nueva ley más favorable. Su texto no incluye en la reserva las medidas de seguridad y corrección, lo que a juicio de algunos autores nacionales es poco deseable, a diferencia de otras legislaciones como la española»²⁵³.

De la redacción de las dos garantías —la criminal y la penal— en ese artículo 19 se desprenden, en opinión de Luis RODRÍGUEZ COLLAO²⁵⁴, las cuatro manifestaciones concretas del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, bien de forma directa,

²⁵³ Jaime NÁQUIRA *et al.*: «Principios y penas en el Derecho penal chileno», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 10, 2008, pág. 4 [<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>].

²⁵⁴ Luis RODRÍGUEZ COLLAO: «Los principios rectores del Derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal», *Revista de Derechos Fundamentales* (Universidad Viña del Mar), n.º 8, 2012, págs. 145-172.

como sucede con la reserva de ley, el principio de taxatividad y la irretroactividad de la ley penal, bien de forma indirecta, como ocurre con la exclusión de la analogía²⁵⁵.

Por lo que respecta al principio *non bis in idem*, pese a que la Constitución de 1980 no lo reconoce de manera expresa, la Corte Suprema de Chile lo considera fundamentado constitucionalmente a partir del contenido —implícito— del artículo 19. El considerando 7.º de la sentencia de 24 de marzo de 2009 (rol n.º 169) sostiene lo siguiente:

«[El principio *non 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.º 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»²⁵⁶.

En la legislación penal chilena actualmente en vigor, el principio de legalidad se recoge en las disposiciones generales del Código Procesal Penal (Ley 19696, de 29 de septiembre de 2000), en particular en los artículos 1, 2, 5 y 9²⁵⁷. El primero de esos

²⁵⁵ La prohibición de la interpretación analógica de las leyes penales en la Constitución chilena se justifica de la siguiente forma: «El empleo de la analogía está proscrito tanto para el caso de las atenuantes como de las agravantes. Este planteamiento se funda, en primer término, en el artículo 19 n.º 3, inciso séptimo, de la Constitución, el cual dispone expresamente que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración...”, y al referirse a la sanción penal, lo hace de un modo genérico, es decir, incluyendo no solo el marco penal que la ley prevé para cada delito, sino también la pena que efectivamente resulte de aplicar los procedimientos que la propia legislación contempla para su determinación en cada caso concreto. Por otra parte, los artículos 6.º y 7.º de la misma Constitución, al establecer el principio de legalidad referido a las actuaciones de los órganos del Estado, disponen que estos solo pueden ejecutar aquellas acciones que una ley hubiere autorizado expresamente, y en el caso de la determinación de la responsabilidad penal, no existe ningún precepto legal que faculte a los jueces para considerar otros criterios de individualización aparte de los que taxativamente enumera el Código Penal [...]. En suma, puesto que la ley establece taxativamente cuáles son las circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad penal, no podrían los jueces utilizar el razonamiento analógico para dar cabida a otros hechos, situaciones o datos, aparte de los que aparecen expresamente contemplados con alguno de esos caracteres» (Luis RODRÍGUEZ COLLAO: «Los principios rectores del Derecho penal...», *op. cit.*, págs. 156-158). Opinión distinta con respecto a la analogía en agravantes y atenuantes es, sin embargo, la expresada por Ricardo CORONADO DONOSO: «La aplicación e interpretación analógica están proscritas, salvo cuando se impone un principio de favorabilidad. Por ejemplo, no podría interpretar o aplicar analógicamente un tipo penal o una agravante, pero sí podría interpretar o aplicar analógicamente una atenuante de responsabilidad penal» (Ricardo CORONADO DONOSO: «Derecho público y constitucionalización del Derecho penal. Criterios jurisprudenciales referentes al principio de legalidad y tipicidad expresa en materia penal», *Ars Boni et Aequi*, n.º 4, 2008, pág. 16).

²⁵⁶ Véase Juan Pablo MAÑALICH RAFFO: «El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal chileno», *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15, 2011, pág. 141.

²⁵⁷ Artículo 1. Juicio previo y única persecución. Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia

artículos reconoce también el principio de prohibición de doble castigo (*non bis in idem*), aunque lo hace solo en la dimensión del enjuiciamiento múltiple (variante formal o procesal). La otra dimensión, la de la prohibición de punición múltiple (variante material), es necesario inferirla a partir de la primera de las dimensiones. Además, lo que prohíbe expresamente el artículo 1 del Código Procesal Penal es el enjuiciamiento sucesivo, no el simultáneo. Para justificar el segundo caso hay que atender a lo previsto en otros preceptos del ordenamiento chileno, como la articulación de la litispendencia y la institución de la cosa juzgada como excepciones de previo y especial pronunciamiento (artículo 264 del Código Procesal Penal)²⁵⁸.

Sí posee reconocimiento explícito la dimensión material del principio *non bis in idem* en el artículo que el Código Procesal Penal le dedica al valor que tendrán en Chile las sentencias penales extranjeras. Según el artículo 13.1, «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».

En el Código Penal chileno se consagra la garantía penal del principio de legalidad en el artículo 18, en el que también se desarrolla *in extenso* la aplicación a favor del condenado de la ley más favorable²⁵⁹.

fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal. La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho».

«Artículo 2. Juez natural. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho».

«Artículo 5. Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía».

«Artículo 9. Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía»

²⁵⁸ Juan Pablo MAÑALICH RAFFO: «El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal chileno», *op. cit.*, pág. 162.

²⁵⁹ «Artículo 18. Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento. Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos

6.5 Colombia

Tras conseguir la independencia en 1810, el antiguo virreinato de Nueva Granada no contó con una constitución propia para todo el territorio hasta 1821. Antes de esta última fecha, debido a la falta de acuerdo entre los partidarios de posturas enfrentadas, se promulgaron diversas constituciones provinciales o locales en aquellos lugares donde se establecieron gobiernos autónomos²⁶⁰.

En la primera etapa del constitucionalismo colombiano se promulgaron las Constituciones de Socorro (15 de agosto de 1810), Cundinamarca (4 de abril de 1811), Provincias Unidas de la Nueva Granada (27 de noviembre de 1811), República de Tunja (23 de diciembre de 1811), Estados de Venezuela (21 de diciembre de 1811), Antioquía (21 de marzo de 1812), República de Cundinamarca (17 de abril de 1812), Estado de Cartagena de Indias (14 de junio de 1812), Popayán (17 de julio de 1814), Pamplona (22 de mayo de 1815), Mariquita (21 de junio de 1815), Antioquía (30 de julio de 1815) y Neiva (31 de agosto de 1815)²⁶¹.

A partir de 1815 se abre una nueva etapa constitucional, con el centralismo como nota dominante para lograr la creación de un extenso Estado a partir del cual combatir el todavía importante poder del imperio español en el continente. Nace así la República de Colombia (tradicionalmente denominada la Gran Colombia), que en un primer

rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades».

²⁶⁰ Esas posturas eran fundamentalmente tres: los partidarios de un modelo monárquico tradicional (dinástico), los que preferían una monarquía de carácter liberal y quienes abogaban por la formación de un Estado republicano (véase Edith ALARCÓN BERNAL: *Las primeras constituciones democráticas en Colombia (1810-1815)*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2013, pág. 57).

²⁶¹ Esta proliferación de textos constitucionales tiene una explicación histórica que se justifica en el triple sentido que el término *constitución* adquirió para los revolucionarios. Isidro VANEGAS lo explica del siguiente modo: «*Constitución* sirvió para aludir al arreglo gubernativo de orden local que sustituía el mecanismo mediante el cual habían gobernado las autoridades enviadas desde la metrópoli, y depuestas en gran parte del virreinato. En segundo lugar, *constitución* fue utilizado para evocar un eventual esquema que permitiera reunir las provincias de una manera armoniosa, preservando su libertad e independencia; ahí afloró el ideal federativo que tanta fuerza cobró en la Nueva Granada. En tercer lugar, *constitución* durante estos primeros meses de las juntas remitía al fundamento del orden social a la vez que a las leyes que lo regían, reencontrándose esta acepción con la manera como el término *constitución* había sido pensado en el orden monárquico, aunque dentro de un marco enteramente nuevo, puesto que la figura del monarca ya no era el centro indiscutible del orden» (Isidro VANEGAS: «El constitucionalismo revolucionario en la Nueva Granada», *Procesos. Revista Ecuatoriana de Historia*, n.º 37, 2013, pág. 42).

momento estuvo integrada por los territorios de las actuales Colombia, Venezuela, Ecuador y Panamá²⁶². De esta etapa procede la primera constitución colombiana en sentido estricto: la Constitución de Cúcuta, de 30 de agosto de 1821²⁶³.

Con la disolución de la Gran Colombia a raíz de la independencia de Venezuela y Ecuador, se inicia un nuevo periodo con la creación del Estado de Nueva Granada y la promulgación de la Constitución de 1832, que es la que propiamente «puede considerarse la primera constitución liberal colombiana»²⁶⁴. Tras varias reformas, en 1858 se decretó la Constitución Política para la Confederación Granadina, nombre que adoptó el país en ese texto y que se conservó hasta que en 1863 se modificó por el de Estados Unidos de Colombia.

En 1886, y ya con la denominación definitiva del país como República de Colombia, comienza la etapa de mayor duración del constitucionalismo colombiano. La Constitución promulgada el 5 de agosto de 1866 tuvo una vigencia de más de un siglo, en concreto hasta que se aprobó la que en la actualidad rige en el país: la Constitución de 1991.

En la primera etapa de la historia constitucional colombiana, la característica más destacada con respecto al principio de legalidad penal es la amplitud con la que se desarrollan todas las garantías relacionadas con él. A excepción de la Constitución del Estado libre e independiente de Socorro (1810), que no contiene ninguna referencia a garantías penales o procesales²⁶⁵, y la de Cundinamarca (1811), que solo hace una alusión indirecta al principio de legalidad penal en el artículo 37 del Título dedicado al

²⁶² Véase, entre otros muchos, Néstor OSUNA PATIÑO: *Constituciones iberoamericanas. Colombia, México*: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, págs. 5-6.

²⁶³ «En líneas generales, esta Constitución estableció un Estado unitario centralizado, con gobierno republicano, representativo, presidencial, con tridivisión del poder y sufragio restringido» (ídem, pág. 6).

²⁶⁴ Carlos RESTREPO PIEDRAHITA: «El sistema constitucional colombiano», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, pág. 177.

²⁶⁵ El acta de la Constitución del Estado libre e independiente de Socorro es un texto que, pese a su brevedad —consta solo de catorce artículos—, introduce novedades importantes, como la libertad económica y la entrada de los indios en la sociedad (Isidro VANEGAS: «El constitucionalismo revolucionario en la Nueva Granada», *op. cit.*, pág. 42).

Poder Judicial²⁶⁶, el resto de textos constitucionales manifiestan una notable obsesión por dejar regulados todos los aspectos relacionados con los delitos, las penas y la administración de justicia²⁶⁷.

Los casos más notables de desarrollo máximo de aspectos relacionados con el principio de legalidad penal los encontramos en las Constituciones de Cartagena de Indias (1812) y Mariquita (1815). En la primera, en el Título dedicado a los derechos naturales y sociales del hombre, se afirma la necesidad de que la ley sea anterior a la perpetración del delito (artículo 23) y que solo bajo las formas prescritas en la ley o en la Constitución se pueden producir arrestos, acusaciones o juicios (artículo 33); en el Título reservado a la formación de las leyes y su sanción, se dispone la irretroactividad de las leyes (artículo 36); y en la Sección IV del Título dedicado al Poder Judicial, se desarrollan distintas garantías para la correcta y estricta aplicación de las leyes, y para la protección de los ciudadanos: solo la ley —y no el hombre— puede juzgar, absolver y condenar (artículo 1), las penas no se dejarán al arbitrio de los jueces, sino que deben estar predeterminadas por la ley (artículo 3), se prohíben los arrestos sin que exista un mandato formal del juez (artículo 7), la justicia solo se puede impartir en los lugares destinados al efecto (artículo 16) y los jueces no pueden apartarse de la letra de la ley en la administración de justicia (artículo 26).

En la Constitución de Mariquita, las garantías y subprincipios recogidos son similares, aunque en algunos casos se expresan con mayor claridad y contundencia, como ocurre en la calificación de la irretroactividad de la ley: «[...] La ley que castiga

²⁶⁶ «Ninguna persona de cualquier clase, estado y condición que sea, podrá ser aprehendida por ninguna autoridad ni fuerza militar, sino para presentarla al tribunal competente; y nadie puede arrestar o poner en prisión sin mandato formal de juez competente, dado por escrito» (artículo 37 del Título VII).

²⁶⁷ Esta obsesión es la que lleva en algún caso a repetir el mismo precepto dentro del mismo texto constitucional, como ocurre en la Constitución de Popayán (1814), cuyos artículos 33 y 88 son reiterativos: «El derecho de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales y jueces establecidos por la Constitución» (artículo 33); «El derecho de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales corresponde a los tribunales y jueces, no pudiendo ningún ciudadano ser juzgado por otro que por los que establece la Constitución» (artículo 88). También se pueden ofrecer como prueba de ese afán de precisión con todo lo relacionado con la legalidad penal los usos lingüísticos con los que se pretende dar mayor contundencia a la redacción. El caso más significativo lo encontramos en el artículo 19 de la Sección primera del Título VI de la Constitución de Antioquía (1815), que emplea en la misma frase un prefijo amplificador, un adverbio modal y un adverbio de negación cuando dice que el Tribunal de Justicia «supervigilará cuidadosamente para que todos los jueces inferiores observen las leyes en la administración de justicia, para que jamás opriman a los ciudadanos, ni dejen impunes los delitos».

delitos cometidos antes de su publicación es tiránica; el efecto retroactivo dado a la ley es un crimen» (artículo 20 del Título I). Además, en esta Constitución se encuentra un precepto en el que se puede entender contenido el subprincipio de *lex certa*: «La ley no debe imponer sino penas absolutas y evidentemente necesarias: las penas deben ser proporcionadas al delito y útiles a la sociedad» (artículo 22 del Título I)²⁶⁸.

La prohibición del doble castigo se contempla de forma muy particular en las Constituciones de Cartagena de Indias (artículo 6 de la Sección IV del Título VII, dedicado al Poder Judicial), Mariquita (artículo 3 del Título XVIII, dedicado a algunas disposiciones relativas al Poder Judicial y a la administración de justicia), Neiva (artículo 5 de la Sección IV del Título VI, dedicado al Poder Judicial) y Popayán (artículo 119). En los tres primeros casos, el precepto que recoge el *non bis in idem* está redactado de la siguiente forma:

«Ninguno será juzgado segunda vez por el mismo delito y para que la suerte del ciudadano no esté en perpetua incertidumbre, a excepción de algunos crímenes de tanta atrocidad cuya memoria dura por largo tiempo entre los hombres; respecto de otros menores, la ley fijará el tiempo en que se prescribe la pena, ya sea que el reo se haya desterrado voluntariamente o que no se haya averiguado, creciendo este término a proporción de la gravedad del delito».

En la Constitución de Popayán la redacción es distinta, aunque de ella se infiere idéntico contenido: «Ningún delincuente será juzgado segunda vez por un mismo delito. La ley fijará el tiempo en que se prescriba la pena de algunos o de todos los crímenes según sus circunstancias y gravedad» (artículo 119).

Según esos preceptos, la prohibición de doble castigo, por lo tanto, es muy relativa, ya que se permite un segundo juicio en delitos graves, mientras que, para otro tipo de delitos, se observa un periodo de prescripción del juicio.

La precisión con que se establece el principio de legalidad penal en las constituciones provinciales o locales colombianas del primer periodo se mantiene en sus

²⁶⁸ De redacción casi idéntica a los artículos 10 y 11 (sección preliminar) de las Constituciones de Tunja y Antioquía, y 11 (Título I) de la Constitución de Neiva: «La ley no ha de establecer penas crueles, sino proporcionadas a la naturaleza de los delitos: ellas deben ser estricta y evidentemente necesarias y útiles a la sociedad». También hay una referencia indirecta al subprincipio de *lex certa* en el artículo 11 (Sección tercera del Título VI) de la Constitución de Antioquía de 1815: «Se encarga a la Legislatura que conforme lo permitan o exijan las circunstancias, haga en la materia de juicios civiles y criminales, y en lo demás que toca a la mejor y más pronta administración de justicia, todas las reformas que demandan las leyes complicadas y defectuosas que hemos adoptado de la España».

líneas esenciales en la primera Constitución nacional, la de 30 de agosto de 1821, conocida como la Constitución de Cúcuta. La formulación general del principio se realiza en el artículo 167, que establece la prohibición de que se apliquen leyes posteriores a la comisión del delito²⁶⁹:

«Artículo 167. Nadie podrá ser juzgado, y mucho menos castigado sino en virtud de una ley anterior a su delito o acción; y después de haberse oído o citado legalmente; y ninguno será admitido, ni obligado con juramento, ni con otro apremio, a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal; ni tampoco lo serán recíprocamente entre sí, los ascendientes o descendientes y los parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad».

Desde 1830 hasta 1991, la constitucionalización de garantías penales se reduce significativamente, aunque ello no implica la pérdida de la esencia del principio de legalidad. No obstante, en algunas de esas garantías se observan fluctuaciones que podrían tener incidencia en la forma de aplicación de las leyes, como ocurre con la peculiar manera en que se exige la motivación de las sentencias —se supone que también en el ámbito penal— en la Constitución de 1832: «Todos los tribunales y juzgados en sus sentencias, están obligados a hacer mención de la ley aplicada, y *por falta de ella*, de los fundamentos en que se apoyan» (artículo 147, la cursiva es nuestra).

En las garantías relacionadas con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la novedad más importante la encontramos en la Constitución de 1886, con el reconocimiento por primera vez en Colombia de la aplicación retroactiva de la ley más favorable en materia criminal:

²⁶⁹ Otras garantías que se desprenden del principio se encuentran recogidas en los artículos 159, 161, 166, 168, 171 y 174:

«Artículo 159. En negocios criminales ningún colombiano puede ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal».

«Artículo 161. Para que un ciudadano pueda ser preso se necesita: 1.º Una orden de arresto firmada por la autoridad a quien la ley confiera este poder. 2.º Que la orden exprese los motivos para la prisión. 3.º Que se le intime y dé una copia de ella».

«Artículo 166. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los tribunales a quienes corresponda el caso por las leyes».

«Artículo 168. Todo tratamiento que agrave la pena determinada por la ley es un delito».

«Artículo 171. Todo juez y tribunal debe pronunciar sus sentencias con expresión de la ley o fundamento aplicable al caso».

«Artículo 174. Ningún colombiano, excepto los que estuvieren empleados en la marina, o en las milicias, que se hallaren en actual servicio, deberá sujetarse a las leyes militares, ni sufrir castigos provenientes de ellas».

«Artículo 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable».

En la Constitución vigente en la actualidad —la de 1991—, el principio de legalidad penal se desarrolla en el artículo 29, que también contiene la prohibición del doble castigo²⁷⁰:

«Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso».

La inclusión del principio en el precepto dedicado al debido proceso indica, como ha señalado la doctrina, que «el principio de legalidad es requisito indefectible, forzoso y obligatorio del debido proceso, pues toda conducta punible debe ser descrita por el legislador de manera previa, clara y precisa»²⁷¹. Pero la doctrina también ha denunciado el relajamiento que se observa en ciertas decisiones de la Corte Constitucional

²⁷⁰ También resulta de interés el contenido de la primera parte del artículo 28: «Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley». Asimismo, es muy revelador lo dicho en el artículo 93 por el reconocimiento explícito a la prevalencia sobre el ordenamiento interno de las normas internacionales ratificadas por Colombia: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia». Además, el artículo 94 enuncia: «La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos».

²⁷¹ Claudia Patricia ORDUZ BARRETO: «El principio de legalidad en la ley penal colombiana», *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 2, n.º 2, 2010, pág. 105.

colombiana con respecto a los requisitos de reserva de ley y taxatividad, y ha avisado de los peligros que conlleva para el principio de legalidad penal que no se respeten estrictamente las garantías que dotan de seguridad jurídica a los destinatarios de las leyes. Luz María MEJÍA, en un imprescindible trabajo, ha analizado con detalle todos esos aspectos y ha llegado a conclusiones que deberían ser tenidas muy en cuenta por el ordenamiento jurídico colombiano²⁷².

En lo que atañe al *non bis in idem*, la constitucionalización del principio se realiza en atención solo de su vertiente procesal, es decir, de la que impide que existan dos juicios sobre el mismo hecho, pero nada se declara sobre la vertiente material. Como ha afirmado María Lourdes RAMÍREZ TORRADO con apoyo en resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia:

«Sin embargo, nada impide que un administrado sea sancionado por un mismo hecho con sanciones diversas, que cada una de ellas tenga una finalidad distinta. Ello se aprecia en el evento en que la normativa de tránsito prevé la posibilidad de imponer una multa y al mismo tiempo contempla la inmovilización del automotor, porque lo que se proscribe es el doble proceso y no la doble sanción (Corte Constitucional, C-018/2004)»²⁷³.

Es más, la propia Corte Constitucional colombiana ha admitido la posibilidad de juzgar y sancionar un mismo comportamiento en cuatro casos determinados:

«(i) Cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los

²⁷² «Aunque algunas decisiones de la Corte Constitucional han reivindicado el Derecho penal mínimo, afianzando la función de garantía del principio de legalidad, al restringir el ámbito de la intervención penal; otras no lo han hecho, sino que por el contrario, han contribuido a ampliarlo, transgrediendo las prohibiciones constitucionales para el ejercicio del poder penal, al atentar contra la reserva de ley o principio de mera o lata legalidad y contra la reserva absoluta de ley o principio de estricta legalidad o taxatividad [...].

Atentar contra la reserva de ley [...] socava los cimientos del estado de derecho, al desvirtuar totalmente el principio democrático, y el de separación de poderes.

Además cuando la Corte, no obstante haberle reconocido al principio de legalidad, su carácter de imperativo constitucional, o de deber ser en el Derecho penal, no ha retirado del ordenamiento jurídico las normas inválidas que se oponen a él, por ser imprecisas, ambiguas o indeterminadas, ha vulnerado el principio de estricta legalidad o taxatividad, afectando los derechos de los destinatarios, para quienes es muy difícil conocer qué es lo prohibido, y de paso ha trasladado al juez la competencia para precisarlas, atentando también así contra los principios rectores del estado de derecho» (Luz María MEJÍA: «El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 7, n.º 78, 2012, págs. 142-143).

²⁷³ María Lourdes MARTÍNEZ TORRADO: «El *non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador», *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, n.º 40, 2013, pág. 4.

procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto y sujetos»²⁷⁴.

De la forma en que se recoge el principio en el artículo 29 de la Constitución de 1991 cabe inferir —como ha hecho la Corte Constitucional— que no se puede pensar en el *non bis in idem* sin pensar también en la institución de la cosa juzgada, ya que entre ambos existe una estrechísima relación²⁷⁵.

En el ordenamiento legal vigente en la actualidad en Colombia, hay que atender a lo expresado en el Código Penal (Ley 599 de 2000) y en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) tanto para la determinación de las garantías relacionadas con el principio de legalidad penal como para la concreción del principio *non bis in idem*.

Así, el Código Penal dispone en sus artículos 6 y 8:

«Artículo 6. Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas».

«Artículo 8. Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales».

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal aborda ambos principios en los artículos 6 (legalidad), 19 (juez natural) y 21 (cosa juzgada)²⁷⁶. Con respecto al artículo

²⁷⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-478/2007. Al respecto, véase Luis Alberto JIMÉNEZ SÁNCHEZ: «El principio de doble incriminación. Una mirada desde la jurisprudencia colombiana», *Justicia Juris*, vol. 9, n.º 1, 2013, pág. 14.

²⁷⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-871/2003.

²⁷⁶ «Artículo 6º. Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio. La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia».

«Artículo 19. Juez natural. Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal ad hoc o especial, instituido con posterioridad a la comisión de un delito por fuera de la estructura judicial ordinaria».

«Artículo 21. Cosa juzgada. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho

21, hay que destacar las salvedades que introduce el precepto para considerar que la sentencia firme está amparada por la santidad de la cosa juzgada, unas salvedades que han sido ampliadas por la Corte Constitucional colombiana a los siguientes casos: (i) defecto orgánico o falta de competencia del juez que conoce del caso; (ii) defecto procedimental absoluto, que se produce cuando el tribunal se aparta del procedimiento establecido legalmente o cuando viola los derechos de defensa y contradicción; (iii) defecto fáctico, cuando no se realiza una adecuada valoración de las pruebas; (iv) defecto material o sustantivo, aplicable cuando las normas empleadas para resolver el caso no se ajustan a él; (v) error inducido, cuando la decisión judicial lesiona derechos fundamentales pese a haberse llegado a ella con aplicación de las reglas del debido proceso; (vi) decisión judicial carente de motivación o argumentada defectuosamente; (vii) desconocimiento de los precedentes judiciales que tiene como resultado una decisión que es contraria a las establecidas para casos semejantes; y (viii) violación directa de la Constitución²⁷⁷.

Todas estas salvedades son de suma importancia porque dan cuenta de los problemas que en Colombia han existido y existen en la aplicación de justicia²⁷⁸ y

Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia».

²⁷⁷ Estas salvedades se han ido exponiendo, entre otras, en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: T-442 de 1994 (Ponente: Antonio Barrera Carbonell); SU-014 de 2001 (Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez); SU-515 de 2003 (Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio); T-233 de 2007 (Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra); T-929 de 2008 (Ponente: Rodrigo Escobar Gil); T-395 del 2010 (Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T- 888 de 2010 (Ponente: María Victoria Calle Correa); T-781 de 2011 (Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto); T-844 de 2011 (Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-352 de 2012 (Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-446 de 2013 (Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva). Véase Martha Judith ALFONZO y Claudia GARRIDO DURÁN: *Relativización de la cosa juzgada: estándares de la Corte Interamericana aplicados a la Corte Penal Colombiana*, Nueva Granada: Universidad Militar, 2015, págs. 17-22. Otros casos sobre la cosa juzgada aparente en Colombia se pueden consultar en Hernán Alejandro OLANO GARCÍA: «La cosa juzgada en Colombia», *Revista Jurídica UCES*, I (1), 2007, págs. 88-89.

²⁷⁸ De forma nítida lo expresa David MEDINA HERNÁNDEZ: «El caso colombiano presenta lo que se ha denominado impunidad estructural, ya que a pesar de existir un sistema jurídico conformado por instituciones encargadas de realizar la investigación y el juzgamiento de responsables que tendría la capacidad de cumplir con el deber de investigar, se presentan un conjunto de factores endógenos y exógenos que han obstaculizado el cumplimiento efectivo del deber de justicia penal» (David MEDINA HERNÁNDEZ: *El principio de la cosa juzgada frente a violaciones graves a los derechos humanos: implementación, obstáculos y desafíos de las órdenes que en materia de justicia ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia*, Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín, 2012, pág. 25).

porque conectan directamente con la doctrina que ha elaborado la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la denominada *cosa juzgada fraudulenta*, a la que nos referiremos brevemente más adelante. Además, en el Código de Procedimiento Penal colombiano se introducen dos posibles causas que permiten la revisión de sentencias firmes absolutorias: cuando el fallo «fue determinado por un delito del juez o de un tercero» y cuando se ha llegado al fallo a partir de pruebas falsas (apartados 5 y 6 del artículo 192).

Por último, es necesario atender a la existencia en Colombia —como también hemos visto en Bolivia— de una jurisdicción indígena, que supone una excepción a la jurisdicción penal ordinaria (artículo 30 del Código de Procedimiento Penal)²⁷⁹, y más concretamente a uno de los ejes fundamentales que deben considerarse en los conflictos que se crean en la competencia entre ambas jurisdicciones: la (im)posibilidad de que un sujeto que pertenezca a uno de los grupos étnicos reconocidos por las leyes pueda ser juzgado dos veces por la comisión del mismo delito (una vez por la justicia ordinaria y otra vez por la justicia indígena)²⁸⁰.

La propia Constitución reconoce la legitimidad de esta jurisdicción especial en el artículo 246, aunque de su redacción no se extrae necesariamente la preferencia por la aplicación de la jurisdicción indígena en la solución de conflictos:

«Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional».

En efecto, como ha denunciado Jorge Enrique BENAVIDES ASCUNTAR, las expresiones *podrán ejercer funciones jurisdiccionales y leyes de la República* actúan como freno para una aplicación efectiva de la jurisdicción indígena en la práctica. Es más, el citado autor cuestiona incluso la constitucionalidad del artículo por su

²⁷⁹ «Artículo 30. Excepciones a la jurisdicción penal ordinaria. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, y los asuntos de los cuales conozca la jurisdicción indígena».

²⁸⁰ Véase Rosembert ARIZA SANTAMARÍA: *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010, pág. 34.

discrecionalidad, ya que literalmente lo que dispone es que los pueblos pueden establecer o no su propia jurisdicción²⁸¹.

La inexistencia de una ley de coordinación entre el sistema ordinario de justicia y la jurisdicción indígena en Colombia ha potenciado el papel de la Corte Constitucional al tener que asumir labores legislativas para la determinación del alcance del derecho consuetudinario²⁸². Al respecto, en la sentencia T-009 de 2007, la Corte ya indicó que la circunstancia accidental de que la jurisdicción indígena no esté sujeta a una ley que la desarrolle no implica que quede sin efecto²⁸³.

6.6 Costa Rica

Cronológicamente, la primera Constitución que rigió en el actual territorio de Costa Rica fue la promulgada en Cádiz en 1812, que además se tomó como modelo para redactar el Pacto de Concordia de 1821 o primera Constitución del país tras conseguir la independencia de España el 15 de septiembre de ese mismo año²⁸⁴. La influencia de la Constitución de Cádiz es tal que en algunos preceptos del Pacto de Concordia se hacen remisiones al texto gaditano, como sucede en el artículo 6: «Los derechos de ciudadano se suspenden o pierden por las mismas causas que expresan los artículos 24 y 25 de la Constitución española». Incluso la administración de justicia se manda realizar con arreglo a lo dispuesto en las leyes de España (artículo 41 del Pacto)²⁸⁵.

Las catorce constituciones que han tenido vigencia en Costa Rica desde 1821, según un estudio de Rubén HERNÁNDEZ VALLE, se pueden organizar en tres periodos: a)

²⁸¹ Jorge Enrique BENAVIDES ASCUNTAR: «La jurisdicción indígena en el sistema penal acusatorio», *Entramado*, n.º 14, 2011, pág. 100.

²⁸² Véanse Edgar SOLANO GONZÁLEZ: «La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional colombiana», en José Emilio ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES (coord.): *La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de Derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, págs. 159-177; y Jorge CASTRO: «Los derechos humanos y la jurisdicción especial indígena», *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 2, n.º 3, 2010, págs. 117-118.

²⁸³ Las iniciativas legislativas que han existido en Colombia sobre la coordinación del sistema ordinario con el sistema indígena se pueden consultar en Rosember ARIZA SANTAMARÍA: *Coordinación entre sistemas jurídicos...*, *op. cit.*, págs. 35-37.

²⁸⁴ Para las cuestiones históricas, véase Rubén HERNÁNDEZ VALLE: *Constituciones iberoamericanas. Costa Rica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, págs. 1-27.

²⁸⁵ Esa influencia del texto de Cádiz se mantiene en los Estatutos Políticos de la Provincia de Costa Rica, de 17 de marzo y 16 de mayo de 1823.

etapa de ensayo (1821-1871); b) madurez constitucional (1871-1948); y c) Constitución vigente (1949 hasta la actualidad)²⁸⁶.

La nota característica de la primera etapa es la búsqueda de la identidad nacional y las posibilidades abiertas para formar parte de un Estado más extenso: como integrante del Imperio Mexicano, en 1822, y como uno de los territorios de la Federación Centroamericana, hasta 1838, año en que puede decirse que Costa Rica es ya una nación con plena soberanía²⁸⁷. La inestabilidad política del país durante los primeros cincuenta años de independencia del poder español se refleja en la promulgación de once constituciones, algunas de vigencia muy breve²⁸⁸.

La segunda etapa se inicia con la promulgación de la Constitución política de 1871, tras el golpe militar de 27 de abril de 1870. Esta Constitución estuvo vigente hasta 1948, con la excepción de los dos años posteriores al golpe de Estado de los hermanos Tinoco en 1917.

Por último, la Constitución de 7 de noviembre de 1949 tuvo su origen también en las armas, ya que se promulgó tras la anulación por el Congreso de las elecciones de 1948 y el levantamiento militar que consiguió derrocar al Gobierno. Esta Constitución reproduce esencialmente el texto de 1871, aunque ha sufrido reformas importantes para adecuarla a la realidad social del siglo XX.

En lo que atañe a la legalidad penal y la prohibición del doble castigo, ambos principios están ausentes en los primeros textos constitucionales costarricenses (Pacto de 1821 y Estatutos de 1823). Solo vamos a encontrar algunas garantías relacionadas con el primero de ellos en la Constitución de la República Federal de Centroamérica, de

²⁸⁶ Rubén HERNÁNDEZ VALLE: «El sistema constitucional costarricense», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 213-216.

²⁸⁷ «Aunque hoy día es pacíficamente aceptado que la República nació en 1838, cuando la constituyente convocada por Carrillo nos separó definitivamente de la República Federal de Centroamérica y proclamó expresamente nuestra soberanía, lo cierto es que oficialmente nuestra República fue fundada el 30 de agosto de 1848 por el doctor Castro Madriz y que la Constitución de 1848 fue la primera que nos otorgó ese calificativo» (Rubén HERNÁNDEZ VALLE: *Constituciones iberoamericanas. Costa Rica, op. cit.*, pág. 5).

²⁸⁸ Las Constituciones de 1844 y 1847 solo pervivieron durante poco más de dos años, mientras que los textos promulgados en 1824 y 1825, con Costa Rica como parte de la República Federal Centroamericana, tuvieron poca incidencia en el sentir del pueblo costarricense.

22 de noviembre de 1824, en concreto en sus artículos 155 («nadie puede ser preso sino en virtud de orden escrita de autoridad competente para darla») y 175.8 (está prohibido «dar leyes de prescripción, retroactivas ni que hagan trascendental la infamia»). Además, el artículo 165 prohíbe las detenciones arbitrarias:

«Todo el que no estando autorizado por la ley expidiere, firmare, executare o hiciere executar la prisión, detención o arresto de alguna persona; todo el que en caso de prisión, detención o arresto autorizado por la ley conduxere, recibiere o retuviere al reo en lugar que no sea de los señalado pública y legalmente; y todo alcaýde que contraviniere a las disposiciones precedentes es reo de detención arbitraria».

En la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, de 25 de enero de 1825, pese a que no se contempla el requisito de existencia de ley previa para crear delitos, encontramos algunas garantías de importancia para el proceso penal, como la unidad de fuero de todos los costarricenses (artículo 97), el derecho al arbitraje (artículo 98), la prohibición de las detenciones arbitrarias (artículo 101), salvo en caso de que esté comprometida la seguridad del Estado (artículo 108), y la garantía jurisdiccional, que establece que el ejercicio del poder judicial reside en la Corte Superior de Justicia y en los tribunales establecidos por la ley (artículo 87)²⁸⁹.

El reconocimiento expreso del requisito de *lex praevia* sí va a aparecer en la Ley de Bases y Garantías promulgada el 8 de marzo de 1841, que lo contempla como un derecho fundamental del ciudadano para que no se le pueda juzgar con arreglo a leyes dadas después de cometido el delito (artículo 2.2.9), y ello a pesar de que esta Constitución es considerada un documento absolutista, ya que suprimió la división de poderes y permitió que el dictador Braulio Carrillo detentara un gobierno autoritario²⁹⁰.

En la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica, de 9 de abril de 1844, la declaración de garantías penales se realiza de forma más minuciosa, y

²⁸⁹ La particularidad más destacada de esta Constitución reside en el establecimiento de cuatro poderes en lugar de los tres tradicionales. Al Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial se añade el Poder Conservador, que reside en un Consejo compuesto por un máximo de cinco personas elegidas popularmente. Entre sus cometidos se encuentra el velar por el cumplimiento de la ley fundamental, en lo que puede ser considerado un antecedente del control de constitucionalidad de las leyes que se observa en los sistemas democráticos actuales (véase Rubén HERNÁNDEZ VALLE: *Constituciones iberoamericanas. Costa Rica*, *op. cit.*, pág. 13).

²⁹⁰ Véase Carlos ARAYA POCHET: *Historia del derecho constitucional costarricense*, San José (Costa Rica): EUNED, 2005, pág. 40.

se atiende a diversos aspectos relacionados con el principio de legalidad. Así, el artículo 21 —reforzado con lo que se dice en el artículo 5— expresa la ilegalidad y tiranía de las leyes retroactivas²⁹¹, en una redacción que puede considerarse un auténtico derecho de rebelión de los ciudadanos contra la violación del principio de legalidad²⁹²; el artículo 24 contiene una formulación embrionaria del principio de taxatividad²⁹³; los artículos 25 y 172 prohíben las detenciones arbitrarias o que no estén amparadas por la ley²⁹⁴, y los artículos 26, 32 y 33 declaran cuestiones relativas a la garantía jurisdiccional²⁹⁵.

En los textos constitucionales posteriores todas esas garantías se van a mantener con una redacción parecida (en algunos casos, idéntica). Entre los aspectos que merecen señalarse destaca la introducción reiterativa del principio de irretroactividad en las Constituciones de 1859 y 1869, ya que, por un lado, se afirma que «la ley no tiene efecto retroactivo» (artículos 22 y 21, respectivamente) y, por otro, se dice que «a nadie puede imponerse pena que por la ley preexistente no esté señalada al delito o falta que

²⁹¹ «Artículo 5. Toda determinación sea en forma de Ley, Decreto, Providencia, Sentencia, Auto u Orden que proceda de cualquier Poder, si atacan a alguno o algunos de los derechos naturales del hombre o de la comunidad o cualquiera de las garantías consignadas en la Ley Fundamental, es por el mismo hecho nula y ninguno tiene obligación de acatarla y obedecerla».

«Artículo 21. Toda ley *ex post facto* o retroactiva es esencialmente injusta y tiránica y todos y cada uno de los habitantes tienen derecho a oponerse a su ejecución cualquiera que sea el Poder que la haya emitido».

²⁹² Véase Rubén HERNÁNDEZ VALLE: *Constituciones iberoamericanas. Costa Rica, op. cit.*, pág. 38.

²⁹³ «Artículo 24. El orden de procedimientos en las causas civiles y criminales debe ser el más pronto y eficaz para su terminación, y las leyes que lo arreglan debe ser estrictamente justas y razonables para que no peligren la vida, el honor y los bienes del inocente, y para que el crimen jamás quede impune».

²⁹⁴ «Artículo 25. Ninguno podrá ser detenido arrestado ni castigado sino en nombre con las formas y según las disposiciones de la ley».

«Artículo 172. Todo el que no estando autorizado por la ley expidiere, firmare, ejecutare o hiciere ejecutar la prisión, detención o arresto de alguna persona; todo el que en caso de prisión, detención o arresto autorizado por la ley, condujere, recibiere o retuviere al reo en lugar que no sea de los señalados pública y legalmente; y todo Alcalde que contraviniere a las disposiciones precedentes es reo de detención arbitraria».

²⁹⁵ «Artículo 26. En todo proceso criminal el acusado jamás será privado del sagrado derecho de ser oído por sí o su defensor, de ser informado de la naturaleza y causa de la acusación hecha contra él, de que se le presenten los testigos cara a cara siendo posible de sacar testimonio de documentos, de declaraciones de testigos ausentes que puedan probar su inocencia y de ser juzgado por autoridad competente y por Jueces imparciales y de capacidad legal».

«Artículo 32. Ninguna autoridad puede poner fuera de la ley sino al que desconozca manifiesta y tumultuariamente la Constitución o autoridades establecidas por ella. Ni declararse delincuente a algún individuo ni expatriársele perpetua o temporalmente. Ni condenársele a sufrir pena alguna por el Poder Legislativo o Ejecutivo sino por el Tribunal competente en los casos y términos que establezca la ley».

«Artículo 33. En ningún caso ni a pretexto de estar alterada la tranquilidad del Estado conocerán los Tribunales Militares en las causas criminales de los ciudadanos».

cometa» (artículos 39 y 37). Esa reiteración es corregida en la Constitución de 1871 manteniendo el primer precepto en su artículo 26 y reservando para el segundo el siguiente texto: «Ninguno puede ser inquietado ni perseguido por acto alguno en que no infrinja la Ley, ni por la manifestación de sus opiniones políticas» (artículo 36).

Otra cuestión que debe ser tenida en cuenta es el carácter contradictorio de algunos preceptos que declaran aspectos relativos a la legalidad penal en la Constitución de 1917²⁹⁶. Este texto declara la reserva de ley para la imposición de las penas en el artículo 24 («a nadie podrá imponerse pena que por ley preexistente no esté señalada al delito o falta que cometa»), al tiempo que viola ese requisito, así como la prohibición de interpretación analógica, a tenor del contenido expresado en el segundo apartado del artículo 21 («los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad por falta de ley que resuelva la contienda o decida el caso sometido a su fallo. No habiendo ley aplicable, acudirán a los principios de derecho y de eterna justicia»).

La Constitución que está vigente en la actualidad en Costa Rica —la de 1949— introduce dos novedades importantes. La primera se refiere a la constitucionalización del principio *non bis in idem*, que se recoge en el artículo 42:

«Artículo 42. Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. *Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible*. Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión» (la cursiva es nuestra)²⁹⁷.

La segunda novedad la encontramos en la prevalencia del derecho internacional sobre lo declarado en las leyes internas²⁹⁸. Ese carácter superior de los tratados y convenios implica que en el ordenamiento jurídico costarricense despliegan todo su

²⁹⁶ Esta Constitución es la primera en Costa Rica que admite, bien es cierto que solo en una interpretación *a sensu contrario*, la aplicación retroactiva de la ley penal en caso de que favorezca a los intereses del reo. El artículo 14 dicta: «A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna o de sus derechos patrimoniales adquiridos».

²⁹⁷ La prohibición de juzgar por segunda vez lo ya sentenciado (cosa juzgada) ya había tenido acogida en los textos constitucionales costarricenses desde 1859.

²⁹⁸ «Artículo 7. Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes».

efecto las garantías y subprincipios del *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁹⁹, así como la prohibición de doble castigo o *non bis in idem*.

Tanto el Código Penal como el Código Procesal Penal de Costa Rica incluyen detenidamente el principio de legalidad penal. El primer texto le dedica el artículo 1 (requisito de ley previa), artículo 2 (prohibición de la analogía) y artículos 11, 12 y 13 (prohibición de la retroactividad, salvo de la ley que favorezca al reo)³⁰⁰. El segundo desarrolla el principio en su artículo 1 (necesidad de respeto de la legalidad penal), artículo 2 (prohibición de interpretaciones extensivas o analógicas si no benefician al reo) y artículo 3 (garantía jurisdiccional)³⁰¹.

El *non bis in idem* procesal, y solo para el doble enjuiciamiento penal, se recoge en el artículo 11 del Código Procesal Penal: «Nadie podrá ser juzgado penalmente más de una vez por el mismo hecho». Entre las causas que se consideran procedentes para revisar las sentencias firmes en Costa Rica para favorecer al condenado se incluye la violación del debido proceso (artículo 408.g del Código Procesal Penal), una inclusión

²⁹⁹ En la Constitución de 1949, el principio se recoge en el artículo 39: «A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad». La existencia de este precepto no ha impedido, sin embargo, que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica haya dictado alguna sentencia en fraude de ley, al aplicar por analogía *in malam partem* la ley penal, como denuncia Francisco CASTILLO GONZÁLEZ: «La exclusión dolosa de la tipicidad...», *op. cit.*, págs. 329-330.

³⁰⁰ «Artículo 1. Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente». «Artículo 2. No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal». «Artículo 11. Los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión». «Artículo 12. Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue». «Artículo 13. Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resulta más favorable al reo, se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el Tribunal competente modificar la sentencia, de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley».

³⁰¹ «Artículo 1. Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio». «Artículo 2. Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento». «Artículo 3. Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso. La potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales ordinarios, instituidos conforme a la Constitución y la ley».

que ha llevado a algunos autores a considerar que pone en peligro la existencia de la cosa juzgada material, ya que permite que las causas penales se eternicen³⁰².

6.7 Cuba

La isla de Cuba demostró que poseía una vocación constitucionalista muy arraigada incluso antes de conseguir la independencia de España³⁰³. Prueba de ello es la existencia de cuatro constituciones revolucionarias dictadas en la segunda mitad del siglo XIX: Constitución de Guáimaro (1869), Constitución de Baragua (1878), Constitución de Jimaguayú (1895) y Constitución de La Yaya (1897). A esos cuatro textos hay que añadir la Constitución autonómica española (1897) y la Constitución provisional de Santiago de Cuba o de Leonardo Wood (1898)³⁰⁴. Todos ellos son textos breves que, en general, no contienen declaraciones explícitas de garantías o derechos individuales³⁰⁵.

En 1901, con la isla ya como Estado independiente y soberano, comienza realmente la historia constitucional cubana, que puede considerarse dividida en tres periodos con arreglo a los tres tipos de República que Beatriz BERNAL GÓMEZ identifica en Cuba:

- «1) La “mambisa”, heredera de las guerras de independencia y cuyo marco legal fue la Constitución de 1901; 2) la social y democrática, heredera de la revolución contra el “machadato”, y cuyo marco legal fue la Constitución de 1940; y 3) la comunista, heredera de la

³⁰² Véase el detenido estudio que dedica a la cuestión Karla Vanessa MONTERO CASTRO: *Violación al debido proceso como causal del procedimiento de revisión penal: reflexiones acerca de su procedencia*, San José: Universidad de Costa Rica, 2008.

³⁰³ «La vocación constitucionalista de la nación cubana se manifestó desde principios del siglo XIX a través de las Constituciones revolucionarias que promulgaron las fuerzas insurgentes que luchaban contra el poder colonial» (Miguel Ángel GARCÍA ALZUGARAY: «El sistema constitucional cubano», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, pág. 245).

³⁰⁴ A todos esos textos habría que añadir los seis proyectos constitucionales autonómicos o separatistas que se habían redactado durante la primera mitad del siglo XIX (véase Beatriz BERNAL GÓMEZ: *Constituciones iberoamericanas. Cuba*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, págs. 2-9).

³⁰⁵ El principio de legalidad penal solo se recoge en la Constitución de la Yaya: «Artículo 4. Nadie podrá ser detenido, procesado ni sufrir condena, sino en virtud de hechos penados en leyes anteriores a su comisión y en la forma que las mismas determinen». La prohibición de doble castigo, bajo la fórmula de la cosa juzgada, únicamente aparece en la Constitución de Leonard Wood: «Artículo 6. Ninguna persona, una vez juzgada y absuelta podrá ser juzgada de nuevo por el mismo hecho; es decir, no podrá someterse dos veces al riesgo de ser absuelta o condenada por el mismo delito».

revolución castrista de 1959, cuyo marco legal es la Constitución de 1976 que, reformada sustancialmente en 1992, está hoy vigente»³⁰⁶.

Además de esos tres textos principales, en Cuba han regido otras constituciones con una vigencia más limitada en el tiempo: Reforma de la Constitución de 1901 realizada bajo la dictadura de Gerardo Machado, de 11 de mayo de 1928; Estatutos para el Gobierno Provisional de Cuba, de 14 de septiembre de 1933; Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934, con sus numerosas reformas; Ley Constitucional de 11 de junio de 1935; Ley Constitucional de 4 de abril de 1952, conocida como los Estatutos Constitucionales del Viernes de Dolores; y Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, con las reformas introducidas por el régimen castrista.

El ordenamiento constitucional cubano ofrece un campo inagotable para el estudio del principio de legalidad y, especialmente, de su conculcación en diferentes formas.

En la primera Constitución de Cuba como Estado independiente —la de 1901—, la formulación clásica del *nullum crimen, nulla poena sine lege* se realiza en el artículo 19: «Nadie podrá ser procesado ni sentenciado sino por juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas establezcan». Pero además de este precepto general, el texto constitucional recoge un buen número de garantías relacionadas con la legalidad penal: la irretroactividad de la ley, excepto cuando favorezca al reo (artículo 12), la prohibición de detenciones arbitrarias (artículos 15 y 18), que, no obstante, podrían realizarse en determinados casos (artículos 40 y 41), y la garantía jurisdiccional (artículos 81, 85 y 86)³⁰⁷.

³⁰⁶ Beatriz BERNAL GÓMEZ: *Constituciones iberoamericanas. Cuba, op. cit.*, pág. 1.

³⁰⁷ «Artículo 12. Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, excepto las penales, cuando sean favorables al delincuente o procesado».

«Artículo 15. Nadie podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriben las leyes».

«Artículo 18. Nadie podrá ser preso, sino en virtud de mandamiento de juez o tribunal competente».

«Artículo 40. Las garantías establecidas en los artículos decimoquinto, decimosexto, decimoséptimo, decimonono, vigésimo segundo, vigésimo tercero, vigésimo cuarto y vigésimo séptimo de la Sección primera de este Título, no podrán suspenderse en toda la República ni en parte de ella sino temporalmente y cuando lo exija la seguridad del Estado, en caso de invasión del territorio o de grave perturbación del orden que amenace la paz pública».

«Artículo 41. El territorio en que fueren suspendidas las garantías que se determinan en el artículo anterior se regirá durante la suspensión por la Ley de Orden Público, dictada de antemano. Pero ni en dicha ley, ni en otra alguna, podrá disponerse la suspensión de más garantías que las ya mencionadas. Tampoco podrá hacerse, durante la suspensión, declaración de nuevos delitos, ni imponerse otras penas que las establecidas en las leyes vigentes al decretarse la suspensión».

Como ocurre en otras constituciones hispanoamericanas, se reserva un precepto para dar cabida a derechos no explícitamente reconocidos en el texto: «La enumeración de los derechos garantizados expresamente por esta Constitución no excluye otros que se deriven del principio de la Soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno» (artículo 36).

En el Decreto de 26 de diciembre de 1933, por el que se adiciona un párrafo al apartado 4.º de los Estatutos para el Gobierno provisional de Cuba encontramos el que puede ser considerado el primer precepto que viola en la historia de la isla el principio de legalidad penal, ya que permite que puedan ser juzgados delitos cometidos antes de la promulgación del párrafo que se adiciona incluso cuando los perpetradores hayan logrado la amnistía. Dicho párrafo es el siguiente:

«Los Tribunales de Sanciones conocerán también de los delitos, que juzgarán, de falsificación de documentos y de certificados, de malversación de caudales públicos, fraude y exacciones ilegales, y de los de hurto y estafa que excedan de cincuenta pesos, así como de los previstos en la Orden 173, de 1901, cometidos por funcionarios y empleados del Estado, la Provincia, Distrito Central y Municipio y miembros del Ejército, Marina de Guerra Nacional y Policía Nacional durante el periodo de tiempo comprendido entre el 20 de mayo de 1925 y el 12 de agosto de 1933, *hayan sido o no amnistiados*, siempre que tales delitos se hubiesen cometido con ocasión del ejercicio de la función o empleo o prevaliéndose su autor, cómplice o encubridor de su carácter de funcionario o empleado, o de la influencia ascendiente, crédito o poder que le daba la dicha función o empleo, ya resulte perjudicada alguna de las entidades públicas antes mencionadas o cualquiera persona natural o jurídica; debiendo devolverse al conocimiento de los Tribunales de Sanciones aquellas causas relativas a dichos delitos o personas responsables de las que estos Tribunales se hayan inhibido a favor de la jurisdicción ordinaria» (la cursiva es nuestra)³⁰⁸.

«Artículo 81. El Poder Judicial se ejerce por un Tribunal Supremo de Justicia y por los demás Tribunales que las leyes establezcan. Éstas regularán sus respectivas organización y facultades, el modo de ejercerlas y las condiciones que deben concurrir en los funcionarios que los compongan».

«Artículo 85. Los Tribunales conocerán de todos los juicios, ya sean civiles, criminales o contencioso-administrativos».

«Artículo 86. No se podrán crear, en ningún caso, ni bajo ninguna denominación, comisiones judiciales ni Tribunales extraordinarios».

³⁰⁸ Los Tribunales de Sanciones habían sido creados por los Estatutos para el Gobierno Provisional de Cuba, de 14 de septiembre de 1933, para juzgar los delitos cometidos por motivos políticos o en defensa de la dictadura, tanto por los que hubieran logrado la amnistía como por el resto.

El recuerdo de la dictadura machadista es seguramente el motivo por el cual, en la Constitución de 1934, el efecto retroactivo de las leyes penales para favorecer al reo se contempla con una excepción importante: la de los delitos electorales³⁰⁹. En el resto de garantías relacionadas con la legalidad penal, la Constitución de 1934 no manifiesta cambios significativos con respecto al texto de 1901, salvo por lo que se refiere a la suspensión de garantías en situaciones excepcionales, que se amplía de forma considerable, y a cuestiones relacionadas con la justicia militar.

Así, en la Constitución de 1901, el principio de legalidad penal dejaba de tener validez —de forma temporal, cuando lo exigiera la seguridad del Estado— en caso de que el territorio cubano fuera invadido o ante graves perturbaciones del orden público (artículo 40). No obstante, pese a que se admite expresamente la suspensión del precepto dedicado al principio de legalidad, dicha suspensión solo parece tener sentido sobre la garantía jurisdiccional, es decir, sobre la parte inicial del artículo 19³¹⁰. A esa conclusión hay que llegar si se observa detenidamente lo que expresa el artículo 41, que expone que, durante el periodo de suspensión de garantías, estará prohibida la declaración de nuevos delitos y solo podrán imponerse las penas que ya estuvieran contempladas en las leyes vigentes en el momento de la suspensión. En la Constitución de 1934, por el contrario, no se hace ninguna salvedad sobre las garantías suspendidas, entre las que se encuentran todas las que se desprenden del principio de legalidad penal.

La excepción a la aplicación retroactiva de la ley penal que se contemplaba en la Constitución de 1934 se ve ampliada en la Ley Constitucional de la República de Cuba, de 11 de junio de 1935, ya que a los delitos electorales hay que añadir ahora los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos, tal como dispone el artículo 13: «Las leyes penales tendrán efecto retroactivo si fueren favorables al delincuente o procesado, excepto cuando el beneficio aprovechare a los reos de delitos electorales de carácter doloso, o a funcionarios o empleados públicos que delinquieren con ocasión del ejercicio de sus cargos».

³⁰⁹ «Artículo 12. Las leyes penales tendrán efecto retroactivo si fueren favorables al delincuente o procesado, excepto si el beneficio aprovechare a los reos de delitos electorales de carácter doloso».

³¹⁰ «Artículo 19. Nadie podrá ser procesado ni sentenciado sino por juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas establezcan».

Y todavía en la Constitución de 1 de julio de 1940 se daría un paso más en la excepción de aplicación retroactiva favorable de la ley penal al incluir también a quienes delincan contra los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, una nueva excepción que ya había dado por buena el Proyecto de reforma de la Ley Constitucional, de 16 de diciembre de 1936. El artículo 21 de la Constitución de 1940 presenta la siguiente redacción:

«Artículo 21. Las leyes penales tendrán efecto retroactivo cuando sean favorables al delincuente. Se excluye de este beneficio, en los casos en que haya mediado dolo, a los funcionarios o empleados públicos que delinquen en el ejercicio de su cargo y a los responsables de delitos electorales y contra los derechos individuales que garantiza esta Constitución. A los que incurriesen en estos delitos se les aplicarán las penas y calificaciones de la ley vigente al momento de delinquir».

En la Ley Constitucional de 1952, durante el mandato del general Fulgencio Batista, al presidente se le reconoce la facultad de suspender unilateralmente los derechos fundamentales de los ciudadanos (artículo 120.g), algo que constituye un nuevo ataque directo contra el principio de legalidad penal y contra todas sus garantías relacionadas³¹¹.

En cualquier caso, la violación más flagrante del principio la vamos a encontrar en la Constitución promulgada el 7 de febrero de 1959 tras el triunfo de la revolución castrista, ya que permite la aplicación de leyes creadas con posterioridad a la comisión del delito, lo que supone la conculcación del requisito más importante de la legalidad penal: el requisito de *lex praevia*. El permiso explícito de aplicación retroactiva de leyes penales se recoge en el artículo 21 *in fine* y, sobre todo, en la disposición transitoria cuarta a la Sección primera del Título cuarto. Ambos preceptos declaran lo siguiente:

«Artículo 21. Las leyes penales tendrán efecto retroactivo cuando sean favorables al delincuente, se excluye de este beneficio, en los casos en que haya mediado dolo, a los funcionarios o empleados públicos que delincan en el ejercicio de su cargo y a los responsables de delitos electorales y contra los derechos individuales que garantiza esta Ley Fundamental. A los que incurrieren en estos delitos se les aplicarán las sanciones y calificaciones de la Ley vigente al momento de delinquir. *En los casos de delitos cometidos en servicio de la tiranía*

³¹¹ En la Constitución de 1940, el presidente solo podía suspender una lista cerrada de derechos recogidos en el artículo 41.

derrocada el día 31 de diciembre de 1958, los autores podrán ser juzgados de acuerdo con las leyes penales que fueren promulgadas al efecto» (la cursiva es nuestra).

«Disposición transitoria cuarta al Título cuarto, Sección primera. En los casos de los miembros de las fuerzas armadas, de los cuerpos represivos de la Tiranía derrocada el 31 de diciembre de 1958, de los grupos auxiliares organizados por ésta, de los grupos armados privadamente organizados para defenderla y de los confidentes, por delitos cometidos en pro de la instauración o defensa de dicha Tiranía, *los autores podrán ser sancionados en virtud de leyes posteriores al delito*. Podrán ser igualmente sancionados en virtud de leyes posteriores al Tirano, sus colaboradores, las personas naturales o jurídicas responsables de delitos cometidos contra la economía nacional o la Hacienda Pública y los que se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público» (la cursiva es nuestra).

La aplicación retroactiva de la ley penal para los delitos cometidos por los colaboradores con la dictadura de Batista ya fue denunciada por la Organización de los Estados Americanos a través del *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Cuba* en 1962. En ese informe se afirma que «los juicios celebrados por los Tribunales Revolucionarios carecen de elementales garantías procesales»³¹². Entre los aspectos que se tienen en cuenta para llegar a esa conclusión destacan las violaciones del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tanto en la Constitución como en la legislación penal sustantiva cubana³¹³.

Esas violaciones se siguen constatando en los informes posteriores que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Cuba, incluso en los redactados después de la promulgación de la Constitución de 1976, en la que ya desaparecen de su articulado las excepciones a la aplicación favorable de la ley penal que habían sido acogidas, con mayor o menor alcance, en todos los textos constitucionales desde 1934³¹⁴. El artículo 60 de la Constitución de 1976 dispone: «Las leyes penales tienen

³¹² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, OEA/Ser.L/V/II.4, 20 de marzo de 1962 [<http://www.cidh.org/countryrep/Cuba62sp/indice.htm>].

³¹³ «Como resultado, la legislación penal sustantiva cubana contempla un nuevo tipo de delito político, el delito contrarrevolucionario, sancionado alternativamente con la pena de muerte o internamiento prolongado. En cuanto al aspecto procesal penal, las leyes ahora vigentes en Cuba, han reducido el método de enjuiciamiento a un proceso sumario de limitadas garantías para los acusados de delitos no comunes, cuya jurisdicción corresponde a un fuero especial creado con el exclusivo propósito de conocer de tales hechos» (ibídem).

³¹⁴ Todavía en 1983, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos incluye en las conclusiones de su informe diversos aspectos relacionados con la legalidad penal que considera muy preocupantes: «Así, con respecto al derecho a la justicia y al proceso regular, considera la Comisión que la subordinación de

efecto retroactivo cuando sean favorables al encausado o sancionado. Las demás leyes no tienen efecto retroactivo a menos que en las mismas se disponga lo contrario por razón de interés social o utilidad pública».

En ninguno de los textos constitucionales cubanos se han reservado disposiciones para proteger el principio *non bis in idem*. Además, de la actual legislación penal cubana se infiere —como ha hecho en alguna ocasión la Comisión Interamericana de Derechos Humanos— la limitación de la vigencia del principio de cosa juzgada. En concreto, a tenor de lo dispuesto en los artículos 456 y 457 de la Ley de Procedimiento Penal (Ley n.º 5, de 13 de agosto de 1977), las sentencias pueden revisarse para perjudicar a los reos durante los dos años siguientes al que hayan sido dictadas, es decir, se permite que el mismo hecho sea objeto de dos juicios distintos³¹⁵. Mayda GOITE PIERRE lo resume con las siguientes palabras:

«Cuba en su procedimiento especial de revisión permite la posibilidad de que en transcurso de dos años posteriores a la declaración de absolución de un sujeto se pueda incoar un procedimiento especial de revisión, que por supuesto pudiera perjudicarlo con una sentencia entonces condenatoria»³¹⁶.

Otro caso de conculcación del principio de legalidad penal —esta vez en la vertiente *nullum crimen sine lege*— lo encontramos en el vigente Código Penal cubano,

hecho y de derecho de la administración de justicia al poder político afecta una de las condiciones que estima fundamentales para la vigencia práctica de ese derecho. Ello crea un negativo clima de incertidumbre y temor entre la ciudadanía, que se refuerza por la debilidad de las garantías procesales, especialmente en aquellos juicios que directa o indirectamente puedan afectar el sistema de poder que hoy existe en Cuba [...]. En lo referido al derecho a la libertad y seguridad personal, ha continuado la falta de garantías adecuadas contra la detención arbitraria, si bien han disminuido las denuncias que dan cuenta de este tipo de irregularidades. Con respecto a las condiciones en que cumplen sus condenas los presos políticos, aun cuando pueda notarse una relativa mejora con respecto a las etapas iniciales del actual proceso político cubano, continúan teniendo lugar graves violaciones a los derechos humanos de un grupo de ellos, lo cual ha dado lugar a confrontaciones físicas y huelgas de hambre. Las condiciones deliberadamente severas y degradantes que son impuestas a muchos prisioneros políticos se agravan aún más en el caso de los presos “resentenciados” a quienes se les prolonga su privación de la libertad de manera arbitraria. Esta práctica merece la más enérgica condena de parte de la CIDH» (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, OEA/Ser.L/V/II.61, 4 de octubre de 1983 [<http://www.cidh.org/countryrep/Cuba83sp/index.htm>]).

³¹⁵ La violación del principio se constata también en la Ley n.º 7, de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.

³¹⁶ Mayda GOITE PIERRE: «Principios e instituciones de las reformas procesales: seguridad jurídica, *non bis in idem*, cosa juzgada y revisión penal», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 24, 2009 pág. 213.

ya que permite las detenciones arbitrarias de quienes son considerados por el aparato estatal como personas proclives a cometer delitos. Beatriz BERNAL GÓMEZ ha cargado contundentemente contra lo que el Código Penal de Cuba llama «estado peligroso»:

«Un caso que ejemplifica y horroriza al mismo tiempo es el de la figura predelictiva del “estado de peligrosidad” regulado en los artículos 72 y 73 del código penal vigente que faculta a la autoridad para detener a cualquier persona sin necesidad de que existan indicios de que ha incurrido en un delito. Esta figura implica a personas que dicho código considera proclives a cometer delitos porque se sospecha que su conducta no corresponde a la “moral socialista” o, lo que es peor, porque tienen vínculos con otras personas “proclives al delito”. ¿Y quiénes son esas personas? No sólo los disidentes políticos, sino también, aunque últimamente se han relajado bastante las costumbres, quienes tienen vicios socialmente reprobables según la “moral socialista” como otra orientación sexual, no trabajar, usar ropajes distintos a los convencionales, y un largo etcétera. En resumen, el ser diferente»³¹⁷.

En efecto, el Título XI del Código Penal se consagra a lo que en Cuba se denomina el «estado peligroso», que se define como «la especial proclividad en que se halla una persona para cometer delitos» (artículo 72). Ese comportamiento se aprecia en tres manifestaciones: embriaguez, narcomanía y conducta antisocial (artículo 73). Las medidas de seguridad *predelictivas* que contempla el Código Penal cubano se agrupan en tres modalidades: terapéuticas, reeducativas y de vigilancia por los órganos de la Policía Nacional Revolucionaria (artículos 78 a 84).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha denunciado reiteradamente la aplicación en Cuba de la peligrosidad como herramienta de persecución política y represión social y ha hecho llamamientos frecuentes para que el Gobierno cubano elimine las disposiciones del Código Penal que son conocidas con el nombre de *Ley de Peligrosidad Predelictiva*³¹⁸.

³¹⁷ Beatriz BERNAL GÓMEZ: *Constituciones iberoamericanas. Cuba, op. cit.*, págs. 67-68.

³¹⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Capítulo IV. Desarrollo de los derechos humanos en la región: Cuba», en *Informe anual 2010*, págs. 451-481; *Informe anual 2011*, págs. 375-406; *Informe anual 2012*, págs. 319-353; *Informe anual 2013*, págs. 406-445; *Informe anual 2014*, págs. 407-452; *Informe anual 2015*, págs. 610-644. Todos los textos se encuentran disponibles en la página web de la Organización de los Estados Americanos: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/anales.asp>. La Ley de Peligrosidad Predelictiva ha llegado a ser catalogada como «la norma más orwelliana de todas las leyes cubanas» (HUMAN RIGHTS WATCH: *Un nuevo Castro, la misma Cuba. Presos políticos en la era post Fidel*, New York: Human Rights Watch, 2009, pág. 30 [<https://www.hrw.org/es/report/2009/11/18/un-nuevo-castro-la-misma-cuba/presos-politicos-en-la-era-post-fidel>]).

6.8 Ecuador

Aunque el Ecuador proclamó su independencia de España muy tempranamente —en 1809—, no se constituyó como república soberana hasta más de veinte años después, en 1830. Antes, desde 1822, había formado parte de la Gran Colombia, a la que también pertenecían los actuales territorios de Colombia y Venezuela, y se había acogido a lo dispuesto en la Constitución de Cúcuta (1821)³¹⁹.

Desde la instauración de la República del Ecuador, el país ha dispuesto de veinte constituciones, un número muy elevado que se explica por la inestabilidad política, como ha puesto de relieve la doctrina:

«Estos cambios de Constituciones responden a una errada práctica política más que a un deseo por introducir reformas en las instituciones del Estado o de impulsar verdaderas transformaciones. Esto explica que —con excepciones— al examinar la mayoría de estas Constituciones no se encuentren diferencias sustanciales»³²⁰.

En efecto, la veracidad de la última frase de la cita es fácilmente comprobable si atendemos a la forma en que se recogen en las constituciones el principio de legalidad penal y sus garantías asociadas. Desde 1830, los cambios que se han producido —no solo de contenido sustancial, sino incluso de formulación— han sido mínimos.

En la Constitución de 23 de septiembre de 1830, el principio *nullum crimen sine lege* se toma en consideración en el artículo 58: «Ningún ciudadano puede ser distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por comisión especial, ni por ley que no sea anterior al delito. Se conserva el fuero eclesiástico, militar y de comercio».

A ese reconocimiento de la necesidad de la existencia de ley previa al delito cometido, debemos unir la incorporación de la garantía jurisdiccional (artículo 45), la obligación de que las sentencias sean motivadas (artículo 49) y la prohibición de las detenciones arbitrarias (artículo 59). Todos ellos son aspectos que van a aparecer, sin

³¹⁹ Véase Hernán SALGADO: «El sistema constitucional ecuatoriano», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, pág. 327.

³²⁰ Ídem, pág. 329.

modificaciones significativas, en los textos constitucionales de 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897 y 1906³²¹.

La primera novedad relacionada con el principio de legalidad penal sobre lo declarado en todas esas constituciones la vamos a encontrar en el reconocimiento de la retroactividad favorable de la ley que se hace en el artículo 151.7 de la Constitución de 26 de marzo de 1929: «Ningún habitante de la República podrá ser penado sin que preceda el juicio correspondiente, ni por la aplicación de una ley posterior al hecho del proceso. Sin embargo, en concurrencia de dos leyes penales, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando fuere posterior»³²².

También se introduce en este texto constitucional un precepto que permite ampliar la lista de derechos y garantías a todos aquellos casos que no estén contemplados expresamente en el articulado, siempre y cuando «se deriven del principio de soberanía y de la forma republicana de gobierno» (artículo 158).

La prohibición de doble castigo, expresada en su variante de cosa juzgada o imposibilidad de revisión de sentencias, aparece constitucionalizada por primera vez en la Carta Magna de 25 de mayo de 1967: «[...] Salvo las excepciones establecidas en leyes especiales, prohíbese ordenar la revisión de procesos o juicios de cualquier índole, que en última instancia hubieren sido resueltos por autoridad legítima» (artículo 201).

En la Constitución de 1998 se realiza una reorganización completa de los aspectos relacionados con la legalidad penal, con la ampliación de las garantías y la exposición minuciosa de distintos aspectos relacionados con ella. Así, en el precepto reservado al

³²¹ Solo en la Constitución de 11 de agosto de 1869 se introduce una novedad digna de mención, que, no obstante, desaparecerá del texto de 1878. En el artículo dedicado a la administración de justicia se hace referencia a la institución de la cosa juzgada, aunque solo para prohibir que el Congreso o el Presidente de la República puedan abrir procesos que ya han concluido: «La Justicia será administrada por una Corte Suprema y por los demás Tribunales y Juzgados que la ley establezca. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República, pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, abocar causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos» (artículo 73).

³²² Este reconocimiento de retroactividad de la ley penal se perderá en la Constitución de 1946, pero se retomará definitivamente en la promulgada el 25 de mayo de 1967, que recoge además la doble vertiente del principio de legalidad: la criminal y la penal. El artículo 28.18.c) de esta última declara: «Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley, ni sufrir pena que no esté en ella establecida. Tanto infracción como pena han de ser declaradas con anterioridad al acto. En caso de conflicto de dos leyes penales, se aplicará la menos rigurosa aun cuando fuere posterior a la infracción».

debido proceso (artículo 24), el principio de legalidad penal se observa desde la doble vertiente de garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) y garantía penal (*nulla poena sine lege*), se mantiene el carácter retroactivo favorable de la ley, se prohíben las detenciones arbitrarias y la creación de tribunales de excepción, se expresa la obligatoriedad de motivar las sentencias y se recoge la santidad de la cosa juzgada³²³. Cuando se viole alguno de esos aspectos, el Estado es civilmente responsable a tenor de lo dispuesto en el artículo 22³²⁴. Además de todo ello, se incluyen dos preceptos que suponen una ampliación de derechos y garantías de los ciudadanos: por una parte, el artículo 19, que dispone la no exclusión de otros derechos que se derivan de la naturaleza de la persona; por otra parte, el artículo 163, que reconoce la prevalencia sobre las leyes internas de lo dispuesto en los convenios internacionales firmados por el Ecuador³²⁵. Por último, encontramos un tímido reconocimiento a la existencia de leyes

³²³ «Artículo 24. Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

2. En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado. [...].

6. Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado. [...].

11. Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto. [...].

13. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente. [...].

16. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa».

³²⁴ «Artículo 22. El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el artículo 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable».

³²⁵ «Artículo 19. Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material».

«Artículo 163. Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía».

propias de los pueblos indígenas, algo que definitivamente se expresará con rotundidad —y con implicaciones importantes para el principio *non bis in idem*— en la Constitución que en la actualidad está vigente en la nación³²⁶.

Efectivamente, en la Constitución Política del Ecuador, de 28 de septiembre de 2008, además de mantenerse la esencia de lo declarado sobre la legalidad penal en el texto de 1998, se introduce una novedad trascendental que también hemos visto reflejada en las constituciones actuales de Bolivia y Colombia: el reconocimiento de la existencia de una jurisdicción indígena. La legitimidad de esta justicia se expresa en el artículo 171:

«Artículo 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria».

Uno de los mayores aciertos de la Constitución de 2008, desde nuestro punto de vista, consiste en la explícita declaración que se realiza en el artículo 76.7.i) de la prevalencia de la justicia indígena para los casos en que haya que tomarse en consideración el principio *non bis in idem*: «Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto»³²⁷. La preferencia se declara, con mayor rotundidad,

³²⁶ Ese tímido reconocimiento se realiza en el apartado 7 del artículo 84 de la Constitución de 1998: «El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y *ejercicio de la autoridad*» (la cursiva es nuestra). Ese ejercicio de autoridad, no obstante, como se declara en el artículo 191, no puede ser contrario a las leyes nacionales.

³²⁷ Como expone José GARCÍA FALCONÍ: «Lo que se manifiesta en el Art. 76 numeral 7, letra i) de la Constitución de la República, va más allá de la cosa juzgada, pues si bien la cosa juzgada se da cuando hay sentencia en firme, en cambio el principio que en doctrina se conoce con el nombre de NON BIS IN IDEM, solo requiere que haya un proceso iniciado por determinado hecho, pues la idea fundamental, es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a una persona por un supuesto delito, sometiéndole así a molestias, a gastos y sufrimientos; y obligándole de este modo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad» (José GARCÍA

en la legislación sustantiva ecuatoriana, en concreto, en el artículo que el Código Orgánico de la Función Judicial dedica a los principios de la justicia intercultural³²⁸:

«Artículo 344. La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios: [...]

c) *Non bis in idem*. Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

d) Pro jurisdicción indígena. En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible [...].».

En el Código Orgánico Integral Penal vigente en el Ecuador, el principio *non bis in idem* se recoge en el artículo que desarrolla los principios procesales, donde también se incluye el principio de legalidad:

«Artículo 5. Principios procesales. El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. [...].

9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos

FALCONÍ: «La garantía constitucional del *non bis in idem*», *Revista Judicial Derechoecuador.com*, 27 de junio de 2011 [<http://www.derechoecuador.com>]).

³²⁸ Al respecto, véanse Thais Luzia COLAÇO: «El reconocimiento constitucional del derecho y la jurisdicción indígena como afirmación de la autodeterminación de los pueblos indígenas», *Alegatos*, n.º 87, 2014, pág. 251; María Paula ROMO: «El debido proceso en la Constitución ecuatoriana», *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, n.º 11, 2009, pág. 6; y Agustín GRIJLAVA JIMÉNEZ y José Luis EXENI RODRÍGUEZ: «Coordinación entre justicias, ese desafío», en Boaventura DE SOUSA SANTOS y José Luis EXENI RODRÍGUEZ (eds.): *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala, 2012, págs. 704-709.

hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio. [...]».

No obstante, la prevalencia de la justicia indígena presenta un límite que ha sido establecido —no sin cierta polémica³²⁹— por la Corte Constitucional ecuatoriana: los delitos que atentan contra la vida solo pueden ser sancionados por el derecho penal ordinario, ya que, si se permitiera su conocimiento a las autoridades indígenas, el Estado estaría incumpliendo con su obligación como órgano responsable de la vida de todos los ciudadanos.

El caso concreto sobre el que tuvo que resolver la Corte Constitucional es el denominado *Caso La Cocha*³³⁰. Aunque el asunto es ciertamente complejo, en términos formales no hay más remedio que admitir que sí se produjo violación del principio *non bis in idem*, en su vertiente procesal, ya que la Asamblea General de la comunidad indígena de La Cocha había resuelto la imposición de una serie de penas a los cinco responsables del asesinato de un joven³³¹. La Corte, pese a que reconoció la competencia de la jurisdicción indígena para conocer del caso y aunque determinó que las penas impuestas no violaban los derechos humanos, argumentó que las autoridades

³²⁹ Hay quien ha llegado a afirmar que «lejos de garantizar los derechos indígenas, la CCE [Corte Constitucional de Ecuador] restringe las competencias de los sistemas jurídicos indígenas y viola el pleno reconocimiento de los mismos en el marco de un pluralismo jurídico igualitario, consagrado tanto en la propia Constitución del Ecuador de 2008 como en el derecho internacional de los pueblos indígenas» (Carlos Jonathan ELGUERA ÁLVAREZ: «Los Sistemas Jurídicos Indígenas en el Ecuador: Comentarios a la Sentencia del Caso “La Cocha” de la Corte Constitucional del Ecuador», *Ius 360°* [en línea], 18 de agosto de 2014 [<http://www.ius360.com/otro/sociologia-del-derecho/los-sistemas-juridicos-indigenas-en-el-ecuator-comentarios-a-la-sentencia-del-caso-la-cocha-de-la-corte-constitucional-del-ecuator/>]). En un sentido similar se expresa Giovanni Francisco BRAVO RODRÍGUEZ: *Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015, pág. 103. En sentido contrario, hay que atender a la opinión de Johanna Verónica CORONEL HEREDIA, quien considera que «esta sentencia, más que limitar la justicia indígena, establece las reglas que se debe seguir al momento de administrar justicia, así como establece los parámetros legales entre el derecho indígena y el ordinario, otorgando la competencia para conocer los casos que atenten contra la vida al derecho ordinario, y permitiendo por otro lado que el derecho indígena mantenga su competencia para conocer los demás casos» (Johanna Verónica CORONEL HEREDIA: *Los límites de la justicia indígena en el Ecuador dentro del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano a partir del Caso La Cocha*, Cuenca [Ecuador]: Universidad del Azuay, 2016, pág. 39).

³³⁰ Sentencia n.º 113-14-SEP-CC del Caso n.º 0731-10-EP, de 30 de julio de 2014.

³³¹ La Corte considera, sin embargo, que no ha existido vulneración del *non bis in idem* o doble juzgamiento porque la Asamblea General indígena «no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad» (punto tercero del apartado III), es decir, para la Corte Constitucional existiría identidad de sujeto y de hecho, pero no de fundamento.

indígenas están también sometidas a la Constitución de Ecuador y que, en consecuencia, los delitos contra la vida quedan fuera de su alcance³³². En la decisión final, la Corte establece las reglas de aplicación obligatoria que regirán a partir de la fecha de la sentencia: la facultad exclusiva para resolver casos que atenten contra la vida recae en el sistema de derecho penal ordinario, tanto si los responsables pertenecen a comunidades minoritarias como si no, mientras que la jurisdicción indígena es competente para resolver el resto de conflictos que se produzcan entre sus miembros y que afecten a sus valores comunitarios. Nos encontramos, por tanto, ante una solución muy parecida a la que había llegado Bolivia en el año 2010 en su Ley de Deslinde Jurisdiccional, como hemos tenido oportunidad de ver en el apartado dedicado a ese país.

6.9 El Salvador

La provincia de San Salvador declaró su independencia de España el 21 de septiembre de 1821, por lo que, al menos teóricamente, las primeras constituciones que tuvieron aplicación en el territorio fueron el Estatuto de Bayona (1808) y la Constitución de Cádiz (1812)³³³.

En los años inmediatamente posteriores a la independencia, El Salvador formó parte de las provincias unidas de Centroamérica, federación compuesta por los Estados

³³² La argumentación que despliega la Corte Constitucional queda recogida fundamentalmente en el siguiente párrafo de la sentencia “La Cocha”: «Es así que la vida, como bien jurídico protegido por la Constitución y por ende por el Estado de derechos y justicia, es el punto de arranque o *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que constituye la máxima obligación del Estado proteger y sancionar todo acto que atente contra la vida. En otras palabras, es en el Estado donde recae la obligación de perseguir, investigar, juzgar, sancionar y tomar medidas para la erradicación de las conductas que atenten contra este derecho humano. Es responsabilidad del Estado garantizar, en todo momento, que cualquier atentado contra la vida sea conocido, juzgado y sancionado, no solo en tanto derecho objetivo, esto es, que establece una obligación jurídica que busca subsanar el impacto social que una muerte provoca, sino también en tanto derecho subjetivo, esto es, inherente de cada persona. En definitiva, le corresponde al Estado y a sus instituciones, de manera prioritaria, evitar que los delitos que atenten contra la vida queden en la impunidad, garantizando que la respectiva sanción recaiga en la responsabilidad de quien causa la muerte».

³³³ Véase René FORTÍN MAGAÑA: *Constituciones iberoamericanas. El Salvador*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, págs. 12-15. Sobre la aplicación del Estatuto de Bayona en América, María Acracia NÚÑEZ MARTÍNEZ es contundente: «El texto de Bayona no dejó de ser anecdótico para el continente americano, ya que no tuvo vigencia alguna en esos reinos, que incluso se opusieron denodadamente al igual que la península a la ocupación francesa del trono de España» (María NÚÑEZ MARTÍNEZ: «Las cartas autonómicas de Cuba y Puerto Rico...», *op. cit.*, pág. 336).

de Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala³³⁴. Como miembro de esa federación, estuvo sujeto a lo dispuesto en las constituciones centroamericanas de 1824 y 1835. No obstante, la primera Constitución del Estado, con aplicación únicamente para El Salvador, es la promulgada el 12 de junio de 1824. Como expone el Capítulo I de ese texto, aunque forme parte de los Estados federados de la República de Centroamérica (artículo 2), El Salvador es un Estado libre, soberano e independiente (artículo 3).

En opinión de Luis NELSON SEGOVIA, se pueden distinguir tres grandes etapas en el constitucionalismo salvadoreño³³⁵:

- (i) Etapa de marcado carácter liberal, que comprende desde los primeros textos constitucionales promulgados tras la independencia de El Salvador hasta mediados del siglo XX: Constituciones de 1824, 1841, 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939 y 1945.
- (ii) Etapa de marcado carácter social, iniciado por la Constitución de 1950 y mantenido en el texto de 1962.
- (iii) Etapa de apertura pluralista, que se extiende hasta la actualidad y cuyos postulados se encuentran recogidos en la Constitución de 1983, la vigente hoy en el país.

En el análisis de los preceptos constitucionales que recogen aspectos relacionados con el principio de legalidad penal y la prohibición de doble castigo se observa que, a lo largo del tiempo, se ha ido depurando el contenido de ambos principios y se ha hecho una formulación cada vez más explícita de cada uno de ellos.

En la primera Constitución Política del Estado de El Salvador, de 1822, no hay un reconocimiento claro del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Todo lo más que se puede inferir sobre alguna garantía relacionada con la legalidad penal es lo que expresan los artículos 56 y 62, referidos respectivamente al establecimiento de

³³⁴ La Federación se desintegró en 1838.

³³⁵ Luis NELSON SEGOVIA: «Etapas del derecho constitucional salvadoreño», *Diario El Mundo* (El Salvador), 9 de abril de 2015 [<http://elmundo.com.sv/etapas-del-derecho-constitucional-salvadoreno>].

tribunales por ley y a la necesidad de que las detenciones se realicen con arreglo a unas condiciones (prohibición de arbitrariedad)³³⁶.

Es en la Constitución de 1841 donde sí vamos a encontrar reconocido un buen número de garantías relacionadas con el principio de legalidad penal, aunque continúa faltando una formulación explícita de la necesidad de que la ley deba ser anterior a la comisión del delito. Los preceptos en los que se pueden rastrear aspectos de interés son los dedicados a la exigencia de juicio previo (artículo 76), prohibición de detenciones y juicios arbitrarios (artículo 77), inaplicabilidad de la justicia militar para civiles (artículo 78), garantía jurisdiccional (artículo 80) y reconocimiento de la institución de la cosa juzgada (artículo 90)³³⁷.

En la Constitución siguiente —la de 1864— se mantienen todas las garantías anteriores y además se introduce por primera vez el *non bis in idem* (en su vertiente procesal), tal como expresa el artículo 82:

«Artículo 82. Queda abolida la pena de confiscación. Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su propiedad, de su honor ni de su libertad, sin ser previamente oída y vencida en juicio, con arreglo a las fórmulas que establecen las leyes, *ni enjuiciarse dos veces por el mismo delito*. Las autoridades o individuos que contravengan a esta disposición responderán en

³³⁶ «Artículo 56. Una ley arreglará los Tribunales y Jueces de los departamentos, partidos y pueblos, así como sus facultades y subalternos».

«Artículo 62. Ningún Salvadoreño podrá ser preso sin precedente sumario del hecho por el cual deba ser castigado; y sin previo mandamiento del Juez por escrito que ordene la prisión».

³³⁷ «Artículo 76. Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su propiedad, de su honor o de su libertad, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las fórmulas que establecen las leyes. Órdenes, providencias o sentencias retroactivas, proscriptivas, confiscatorias, condenatorias sin juicio y que hacen trascendental la infamia, son injustas, opresivas y nulas. Las autoridades o individuos que cometan semejantes violaciones, responderán en todo tiempo con sus personas, y bienes a la reparación del daño inferido».

«Artículo 77. [...] La ley calificará la manera de aprehender delincuentes para someterlos a juicio, y ningún individuo será juzgado en otra jurisdicción de aquella en que se cometa el delito, sino en el caso de insurrección y a juicio de sus jueces naturales».

«Artículo 78. En ningún caso ni circunstancias serán juzgados los salvadoreños por tribunales o juzgados militares, ni sometidos a las penas y castigos prescriptos por las ordenanzas del ejército, a excepción de la marina o de la milicia en servicio activo».

«Artículo 80. Sólo los tribunales establecidos con anterioridad por la ley podrán juzgar y conocer en las causas civiles y criminales de los salvadoreños. Las comisiones y tribunales especiales quedan abolidos como contrarios al principio de igualdad, de derechos y condiciones. En consecuencia todos estarán sometidos al mismo orden de procedimientos y de juicios que establece la ley».

«Artículo 90. Unos mismos jueces no pueden serlo en dos diversas instancias, abocar causas pendientes para conocer de ellas, ni abrir juicios fenecidos».

todo tiempo con sus personas y bienes a la reparación del daño inferido, y las cosas confiscadas no podrán prescribirse en ningún tiempo» (la cursiva es nuestra).

La irretroactividad de la ley no será reconocida explícitamente hasta la Constitución de 1883, cuyo artículo 21 declara: «Todos los hombres son iguales ante la ley, ya proteja o castigue. Las leyes no pueden tener fuerza ni efecto retroactivo». Tres años más tarde —en la Constitución de 1886—, ese precepto se depurará al acoger la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal cuando resultara favorable al reo: «Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, excepto en materia penal, cuando la nueva ley sea favorable al delincuente» (artículo 24)³³⁸. En esta Constitución se incluye además una declaración nítida del requisito de *lex praevia* (artículo 25: «Nadie puede ser juzgado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y por el Tribunal que previamente haya establecido la ley»), y los principios de legalidad penal y *non bis in idem* se encuentran configurados con un contenido prácticamente idéntico al que presentarán en el resto de constituciones posteriores.

En efecto, la Constitución actualmente vigente en El Salvador —la de 15 de diciembre de 1983— hace una extensa declaración de garantías en las que no se identifican diferencias notables con lo que ya se había expresado en la Constitución de 1885 y en el resto de leyes fundamentales promulgadas en el siglo XX. El principio de legalidad penal y sus garantías asociadas, así como el principio de prohibición del doble castigo, se incluyen en el capítulo dedicado a los derechos individuales, dentro del Título sobre los derechos y garantías fundamentales de la persona. Los preceptos de interés son los siguientes:

«Artículo 8. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe»³³⁹.

³³⁸ Esa formulación ya se había previsto en el artículo 25 de la frustrada Constitución de 1885.

³³⁹ Entiende Carlos Ernesto SÁNCHEZ ESCOBAR que en ese precepto, que alude al principio o cláusula de reserva, se encierra la garantía de *lex certa*, ya que «una de las maneras de garantizar este principio, es la correcta determinación de las conminaciones penales —la escala más violenta— que por su puntualidad, permiten informar cuáles son las conductas prohibidas, en las que el ámbito de libertad del ciudadano ha quedado restringido, y precisamente se requiere como obligación para el Estado, que las prohibiciones queden taxativamente prescritas, para que las personas sepan, cuál es la zona de libertad que pueden ejercer sin limitaciones, y cuáles son las áreas que están vedadas so pena de ilicitud» (Carlos Ernesto SÁNCHEZ ESCOBAR: «Política criminal y principialismo. Una perspectiva desde los principios de legalidad, dignidad, lesividad y culpabilidad», en VV. AA.: *Ensayos para la capacitación penal*, San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, pág. 47).

«Artículo 11. Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa. Toda persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier autoridad o individuo restrinja ilegalmente su libertad».

«Artículo 13. Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Cuando un delincuente sea sorprendido in fraganti, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente. [...]».

«Artículo 14. Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el juicio correspondiente, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por quince días o con multa, la cual podrá permutarse por un período igual».

«Artículo 15. Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley».

«Artículo 17. Ningún órgano gubernamental ni autoridad puede avocarse causas pendientes ni abrir juicios fenecidos. En caso de revisión en materia penal, el Estado indemnizará, conforme a la ley, a las víctimas de los errores judiciales debidamente comprobados».

«Artículo 21. Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente. La Corte Suprema de Justicia tendrá siempre la facultad para determinar, dentro de su competencia, si una ley es o no de orden público».

En la legislación salvadoreña, el principio de legalidad tiene acogida tanto en el Código Penal como en el Código Procesal Penal. En el primero, se desarrollan los aspectos relativos a la reserva de ley, la taxatividad y exigencia de ley previa (artículo 1) y a la retroactividad de la ley favorable antes y después de la condena (artículos 14 y 15)³⁴⁰. En el segundo, se toman en consideración el juicio previo (artículo 1), el

³⁴⁰ «Artículo 1. Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal».

«Artículo 14. Si la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores sobre la misma materia, fueren de distinto contenido, se aplicarán las disposiciones más favorables al impuesto en el caso particular que se trate».

«Artículo 15. Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resultare favorable al condenado se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el tribunal competente modificar la sentencia en lo relativo a la pena, de acuerdo a las disposiciones de la nueva ley. Si la condena hubiere sido motivada por un hecho considerado como delito por la legislación anterior y la nueva ley no lo sanciona como tal, se ordenará la inmediata libertad del reo, quien gozará del derecho de rehabilitación».

principio de legalidad del proceso y garantía del juez natural (artículo 2), y el respeto de la única persecución (artículo 9)³⁴¹.

Sobre el *non bis in idem*, es necesario hacer alusión al aparente caos legislativo al que ha llevado la promulgación de leyes en las que se contempla la imposición de sanciones administrativas que compiten con tipos delictivos que también merecen una sanción penal. Martín Alexander MARTÍNEZ OSORIO ha abogado por la necesaria creación de una Ley Reguladora de la Potestad Sancionadora de la Administración que permita poner orden en el actual sistema de imposición de sanciones y que delimite claramente el campo de actuación del derecho administrativo sancionador y el derecho penal³⁴². En su extenso trabajo sobre el principio *non bis in idem* proporciona un buen número de ejemplos sobre las interferencias que se producen en El Salvador entre la potestad sancionatoria de la Administración y la jurisdicción penal en los siguientes ámbitos: tráfico vial, salud pública y alimentaria, medio ambiente, regulación económica y del mercado, ámbito tributario, armas de fuego, régimen laboral de los servidores públicos y régimen penitenciario. Un caso claro se muestra en el conflicto en que se encuentran el artículo 43 de la Ley de Protección del Consumidor, que considera infracción grave la venta de bienes o servicios a precios superiores al ofertado, una infracción que lleva aparejada la multa de hasta doscientos salarios mínimos mensuales, y el artículo 234 del Código Penal, que considera esa infracción un delito penado con prisión de seis meses a dos años³⁴³.

³⁴¹ «Artículo 1. Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada en juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes, con observancia estricta de las garantías y derechos previstos para las personas».

«Artículo 2. Toda persona a la que se impute un delito o falta será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un juez o tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley. Este principio regirá también en la ejecución de la pena y en la aplicación de las medidas de seguridad».

«Artículo 9. Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias. La sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá el efecto de cosa juzgada».

³⁴² Martín Alexander MARTÍNEZ OSORIO: «El principio *ne bis in idem* en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño», *Ventana Jurídica*, n.º 10, 2013, pág. 125.

³⁴³ Véase Hugo Dagoberto PINEDA ARGUETA: *La potestad administrativa sancionadora ejercida sobre los jueces por el Departamento de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia y su impacto en la independencia judicial interna*, San Salvador: Universidad de El Salvador, 2012, págs. 23-25.

6.10 Guatemala

Como declara Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA, el antecedente más antiguo del constitucionalismo guatemalteco —como del resto de Centroamérica— se encuentra en el Proyecto de Constitución que Antonio LARRAZÁBAL elaboró en 1810 para presentarlo en las Cortes de Cádiz³⁴⁴. La propia Constitución española de 1812 estuvo vigente durante varios años en Guatemala, ya que el país no declaró su independencia hasta el 15 de septiembre de 1821.

En Guatemala, como país soberano e independiente, han tenido vigencia seis constituciones³⁴⁵. La más antigua de ellas, la promulgada en 1825, no obstante, sujetaba el gobierno de la nación a los actos de la Federación Centroamericana y a lo dispuesto por su Carta Magna.

La segunda Constitución se promulgó en 1879; se trata de un texto breve, de orientación laica y centralista³⁴⁶, que supuso un paso atrás considerable para los aspectos relacionados con la legalidad penal, como veremos a continuación. El texto, aunque reformado en múltiples ocasiones, estuvo vigente hasta que se promulgó la Constitución de la República de Guatemala de 1945, que conllevó una ruptura casi total con la forma en que se había entendido el constitucionalismo hasta entonces³⁴⁷.

En 1956 se producirá un nuevo vaivén en los postulados esenciales de la línea ideológica constitucional. Como afirma Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA, con la Constitución de 1956, «el laicismo oficial del constitucionalismo liberal había terminado»³⁴⁸. El texto, de inspiración muy conservadora, es un alegato contra el

³⁴⁴ Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA: *Constituciones iberoamericanas. Guatemala*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pág. 14.

³⁴⁵ Además, también deben tomarse en consideración las Constituciones de la República Federal de Centroamérica (1821, 1835 y 1921).

³⁴⁶ Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA: *Constituciones iberoamericanas. Guatemala*, *op. cit.*, pág. 22.

³⁴⁷ «Se produce una constitucionalización de muchas nuevas materias, buscando petrificar en la ley fundamental el nuevo programa de gobierno. Se da un cambio general de tendencia que recoge los principios de la justicia social» (Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA: «El sistema constitucional guatemalteco», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, pág. 537).

³⁴⁸ Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA: *Constituciones iberoamericanas. Guatemala*, *op. cit.*, pág. 50.

comunismo, al que demoniza hasta el punto de considerar punibles las acciones que tuvieran alguna relación con esa tendencia ideológica.

La quinta Constitución —la de 1965— ahondó todavía más en la ideología anticomunista que había sido la base del texto de 1956. Entre sus características destacan la defensa a ultranza del liberalismo económico, el otorgamiento de mayor poder a la Iglesia y el control por parte del Estado de la existencia de partidos políticos y de sus actividades. La impronta antidemocrática de esta Carta Magna es lo que ha llevado a que sea considerada «una Constitución del peor tipo posible»³⁴⁹.

Pero, por suerte para Guatemala, la situación cambió a partir del golpe de Estado de 23 de marzo de 1982, de la derogación de la Constitución de 1965 y de la promulgación del texto vigente en la actualidad, de 31 de mayo de 1985. Esta Constitución, basada en el consenso, tiene como principal preocupación «establecer la consagración y garantía de los derechos humanos en un sistema democrático»³⁵⁰.

Habida cuenta de las tendencias constitucionales tan enfrentadas en el país a lo largo de los distintos periodos, el principio de legalidad penal ha transitado por vías muy inciertas. Tuvo temprana acogida, en 1825, en el artículo 34 de la primera Constitución de Guatemala como Estado independiente: «Ninguno puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y publicada antes de cometerse el delito, y sin que se haya aplicado legalmente»³⁵¹.

³⁴⁹ Ídem, pág. 51.

³⁵⁰ Ídem, pág. 58.

³⁵¹ Como garantías asociadas hay que citar también la prohibición de las detenciones arbitrarias y las reservas que se hacen a cómo debe actuar el Poder Judicial para evitar arbitrariedades y para sujetarse a las leyes. Son aspectos reconocidos en los artículos 26, 36, 170, 173 y 184:

«Artículo 26. Ninguno está obligado a hacer lo que la ley no ordena, ni puede impedírsele lo que no prohíbe».

«Artículo 33. Ningún habitante puede ser acusado, arrestado ni detenido, sino en los casos determinados por la Constitución y en la forma que ella prescribe».

«Artículo 170. El Poder Judicial se ejercerá por los tribunales y jueces del Estado. Ni la Asamblea, ni el Poder Ejecutivo ni otra autoridad podrán ejercer funciones judiciales, evocar causas pendientes, ni abrir juicios fenecidos. Los tribunales y jueces no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado. Tampoco pueden formar reglamentos para la ejecución y aplicación de las leyes, ni suspender el cumplimiento de éstas».

«Artículo 173. En las causas civiles y criminales ningún habitante del Estado será juzgado por comisión y tribunal especial, sino por tribunales competentes anteriormente establecidos por la ley. Tampoco podrán establecerse tribunales para juzgar a una clase determinada de ciudadanos o habitantes, y menos para conocer especialmente en determinados delitos».

Esta declaración explícita del requisito de *lex praevia* desaparece del texto constitucional, junto con algunas de sus garantías relacionadas, en 1879. En la Constitución de ese año únicamente se mantiene la invocación a la necesidad de que exista delito para que pueda producirse detención o prisión (artículos 30 y 33)³⁵². No obstante, en las reformas que sufrió la ley fundamental de 1879 se fueron incorporando de manera paulatina —y no sin falta de acierto en alguna ocasión— garantías para reforzar el sentido de la legalidad penal. Así, el artículo 30 se modificó para adoptar la siguiente redacción en la reforma decretada el 11 de marzo de 1921 (Decreto n.º 7):

«Artículo 30. Nadie puede ser perturbado en sus derechos, ni molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandato escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. Sólo la autoridad judicial podrá librar órdenes de aprehensión o detención de una persona, y únicamente por causa de un hecho determinado que constituya delito o falta, y en virtud de previa denuncia o querrela de persona conocida digna de fe, que preste garantía o rinda breve información que produzca indicio racional contra el prevenido. Se hacen las excepciones siguientes:

1º. En caso de delito *in fraganti*, además de la autoridad y sus agentes, cualquiera del pueblo puede prender al delincuente y a sus cómplices y encubridores.

2º. En el caso de falta *in fraganti*, la aprehensión sólo podrá ser verificada por los agentes de la autoridad, cuando proceda legalmente.

3º. Un indiciado de delito contra quien no exista orden de aprehensión, sólo podrá ser detenido en caso de evidente urgencia y únicamente por agentes de la autoridad, bajo la más estrecha responsabilidad de éstos.

En cualquiera de los tres casos anteriores el detenido será puesto sin demora alguna a disposición de la autoridad judicial más cercana.

Queda prohibida la prisión por deudas».

Texto larguísimo para el precepto que, en cualquier caso, dejaba todavía sin resolver la principal cuestión del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. El requisito de la ley previa al delito no estará constitucionalizado hasta la reforma que

«Artículo 184. Nadie puede ser preso sino en virtud de orden escrita por autoridad competente para darla. No podrá librarse ésta sin que preceda justificación de que se ha cometido un delito que merezca pena más que correccional, y sin que resulte al menos por el dicho de un testigo, quién es el delincuente».

³⁵² «Artículo 30. Ninguno puede ser detenido o preso sino por causa de delito o falta. La ley determina los casos y formalidades para proceder a la detención o arresto».

«Artículo 33. No podrá dictarse auto de prisión sin que preceda información sumaria de haberse cometido un delito que merezca pena corporal o pecuniaria, y sin que concurren motivos suficientes según la ley para creerse que la persona detenida es la delincuente».

realizó de ese artículo el Decreto n.º 4, de 11 de julio de 1935, más de cincuenta años después de la promulgación de la Constitución. Según esa reforma, el artículo 30 quedaría fijado del siguiente modo:

«Artículo 30. Nadie puede ser detenido o preso sino por causa de acciones u omisiones calificadas como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración. La detención o prisión tendrá lugar únicamente en los establecimientos destinados para ello y por orden escrita de autoridad competente librada con sujeción a la ley [...]».

La situación manifiesta un cambio radical con la entrada en vigor de la Constitución de 1945, ya que en este texto se realiza una declaración de garantías penales muy amplia. Para el principio de legalidad en su formulación clásica, la principal novedad afecta a la acogida por vez primera de la aplicación retroactiva favorable:

«Artículo 49. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas y penadas por ley anterior a su perpetración. *Las leyes penales tendrán efecto retroactivo, cuando sean favorables al delincuente.* Las demás leyes no tienen retroactividad, sino por razones de orden público y utilidad social, o de necesidad nacional, señaladas expresamente en la ley con el voto conforme de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso» (la cursiva es nuestra).

Además, se reservan preceptos para exigir que los Tribunales se creen con arreglo a la ley (artículo 42), para prohibir las detenciones ilegales (artículo 43), para garantizar la legalidad de los autos de prisión (artículo 47), para evitar la arbitrariedad judicial (artículo 170) y para proclamar el imperio de la cosa juzgada (artículo 171)³⁵³. Como en las constituciones de otros países, se acoge una declaración que permite inferir que los

³⁵³ «Artículo 42. Es inviolable en juicio la defensa de la persona y de sus derechos, y ninguno puede ser juzgado por tribunales que no hayan sido creados anteriormente por la ley».

«Artículo 43. Nadie puede ser detenido o preso sino por causa de delito, falta o apremio judicial y mediante orden escrita de autoridad competente librada con arreglo a la ley, salvo que se trate de reo prófugo o de delito in fraganti, casos en los cuales no será necesaria la orden previa; pero los detenidos deben ser puestos sin demora a disposición de la autoridad judicial y en los centros de detención provisional [...]».

«Artículo 47. El auto de prisión no puede dictarse sin que preceda información sumaria de haberse cometido un delito y concurra motivo suficiente según la ley para creer que la persona detenida es delincuente».

«Artículo 170. Corresponde a los Tribunales juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, y aplicar las leyes en todo aquello que las mismas hagan de su conocimiento».

«Artículo 171. Ningún organismo o autoridad puede avocar el conocimiento de causas fenecidas. Los casos y formas de revisión serán determinados por la ley».

derechos consagrados no constituyen un elenco cerrado, sino que se trata de una lista abierta a los que se deriven del principio de soberanía del pueblo, de la forma republicana y democrática de gobierno y de la dignidad del hombre (artículo 50)³⁵⁴.

En general, todas esas garantías se mantienen en las constituciones siguientes, aunque tanto en la de 1956 como en la de 1965 se aprovecha la formulación del principio de legalidad para hacer referencia a una cuestión ideológica y para considerar delictiva toda acción que esté relacionada con el comunismo. El artículo 62 de la Constitución de 1956 y el 49 de la de 1965 son muy explícitos al respecto:

«Artículo 62 [Constitución de 1956]. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas y penadas por la ley anterior a su perpetración. *Toda acción comunista individual o asociada es punible*. La ley determinará lo relativo a este tipo de delitos» (la cursiva es nuestra).

«Artículo 49 [Constitución de 1965]. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas y penadas por ley anterior a su perpetración. *Toda acción individual o asociada de carácter comunista, anárquica o contraria a la democracia, es punible*. La ley determinará lo relativo a esta clase de delitos. No hay prisión por deudas. No podrá imponerse pena de confinamiento» (la cursiva es nuestra).

En la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, como corresponde a un país democrático, han desaparecido esas referencias ideológicas, y el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* se formula ya con un contenido preciso y bastante completo. Los preceptos que incluyen garantías relacionadas con el principio son los que se dedican a la libertad de acción (artículo 5), a la detención legal (artículo 6), a los motivos para decretarse auto de prisión (artículo 13), a la irretroactividad de la ley, salvo en caso favorable (artículo 15), a la necesidad de ley previa al delito y a la pena (artículo 17) y a las instancias del debido proceso y reconocimiento de la cosa juzgada (artículo 211)³⁵⁵.

³⁵⁴ «Artículo 50. [...] La enumeración de los derechos garantizados en este Título no excluye los demás que esta Constitución establece, ni otros de naturaleza análoga o que se deriven del principio de soberanía del pueblo, de la forma republicana y democrática de gobierno y de la dignidad del hombre».

³⁵⁵ «Artículo 5. Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma».
«Artículo 6. Detención legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial

Como hemos visto hasta ahora, en ninguna de las constituciones del país se ha acogido el principio *non bis in idem*³⁵⁶. Solo en la legislación penal y tributaria se va a explicar con cierto detenimiento su alcance. El Código Procesal Penal de Guatemala recoge el *non bis in idem*, con importantes excepciones, en el artículo 17:

«Artículo 17. (Única persecución). Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal:

- 1) Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente.
- 2) Cuando la no prosecución proviene de defectos en la promoción o en el ejercicio de la misma.
- 3) Cuando un mismo hecho debe ser juzgado por tribunales o procedimientos diferentes, que no puedan ser unificados, según las reglas respectivas».

Por su parte, el artículo 90 del Código Tributario consagra la prevalencia de la vía penal en caso de delito fiscal:

«Artículo 90. Prohibición de doble pena. *Non bis in idem*. Si de la investigación que se realice, aparecen indicios de la comisión de un delito o de una falta, contemplados en la legislación penal, la Administración Tributaria se abstendrá de imponer sanción alguna y procederá a hacerlo del conocimiento de la autoridad competente. No obstante lo anterior, si el imputado efectúa el pago del impuesto defraudado, ello no lo libera de la responsabilidad penal. La Administración Tributaria en ningún caso sancionará dos veces la misma infracción».

competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad».

«Artículo 13. Motivos para auto de prisión. No podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él. Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social, a ninguna persona que previamente no haya sido indagada por tribunal competente».

«Artículo 15. Irretroactividad de la ley. La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo».

«Artículo 17. No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda».

«Artículo 211. Instancias en todo proceso. En ningún proceso habrá más de dos instancias y el magistrado o juez que haya ejercido jurisdicción en alguna de ellas no podrá conocer en la otra ni en casación, en el mismo asunto, sin incurrir en responsabilidad. Ningún tribunal o autoridad puede conocer de procesos fenecidos, salvo los casos y formas de revisión que determine la ley».

³⁵⁶ Pese a no formularse expresamente, la doctrina considera que el *non bis in idem* puede inferirse a partir de algunos preceptos constitucionales: «La Constitución no reconoce explícitamente este principio, pero se lo podría extraer del principio del respeto a la dignidad humana y a la seguridad jurídica (CN art. 4) y de lo referido a los fines que se propone la organización del Estado (CN art. 1 y 2)» (Luis RAMÍREZ, Gustavo CETINA, Fernando LÓPEZ, Miguel URBINA, Claudia PAZ Y PAZ: *El proceso penal en Guatemala*, publicación electrónica disponible en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan028378.pdf>).

En lo que respecta al principio de legalidad penal, la legislación guatemalteca lo desarrolla en diversos preceptos del Código Penal (Decreto n.º 17-73) y del Código Procesal Penal (Decreto n.º 51-92). El primer texto le dedica los artículos reservados a las garantías criminal y penal (artículo 1), la retroactividad favorable (artículo 2) y la exclusión de la analogía (artículo 7)³⁵⁷. El segundo código lo tiene presente en los preceptos que abordan la necesidad de que exista ley previa a la pena aplicada y al proceso seguido (artículos 1 y 2), al juicio previo (artículo 4) y a la fundamentación de autos y sentencias (artículo 11 bis)³⁵⁸.

En el último informe que ha publicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Guatemala, aunque no se constatan violaciones del principio de legalidad penal y del *non bis in idem*, sí se hacen serias advertencias sobre un aspecto al que ya hemos aludido en este trabajo y que tiene relación con la diversidad étnica del país. Pese a que en Guatemala la población indígena representa cerca del 60 % del total nacional, hay una absoluta negación de reconocimiento a la jurisdicción propia de esos pueblos, además de que están sometidos a discriminación y exclusión generalizada³⁵⁹,

³⁵⁷ «Artículo 1. Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean previamente establecidas en la ley».

«Artículo 2. Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicará aquella cuyas disposiciones sean favorables al reo, aun cuando haya recaído sentencia firme y aquél se halle cumpliendo su condena».

«Artículo 7. Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones».

³⁵⁸ «Artículo 1. No hay pena sin ley. (*Nullum poena sine lege*): No se impondrá pena alguna si la ley no la hubiere fijado con anterioridad».

«Artículo 2. No hay proceso sin ley. (*Nullum proceso sine lege*): No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal».

«Artículo 4. Juicio previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio».

«Artículo 11 bis. Fundamentación. Los autos y las sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión, así como la indicación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del proceso o la mención de los requerimientos de las partes, no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación. Toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal».

³⁵⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Situación de derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión*, OEA/Ser.L/V/II, 31 de diciembre de 2015, págs. 55-57 [<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2016.pdf>].

afirmaciones que, no obstante, entran en contradicción con la existencia de algunas resoluciones judiciales que otorgan autoridad de cosa juzgada a los pronunciamientos de la jurisdicción indígena³⁶⁰.

6.11 Honduras

Desde la proclamación de la independencia, Honduras ha contado con trece constituciones como país soberano, a las que hay que añadir las tres que promulgó la Federación Centroamericana. La historia constitucional hondureña, según José Francisco MARTÍNEZ³⁶¹, se puede considerar dividida en las siguientes etapas:

- (i) Periodo preindependiente (1808-1823): vigencia del Estatuto de Bayona y la Constitución de Cádiz.
- (ii) Periodo postseparación de México (1824-1838): vigencia de la Constitución decana de Honduras de 1825³⁶².
- (iii) Periodo postseparación de la Federación de Centroamérica (1838-1873): vigencia de las Constituciones de 1839, 1848, 1865 y 1873.
- (iv) Periodo de la modernización de la República (1876-1982): vigencia de las Constituciones de 1880, 1894, 1904, 1924, 1936, 1957, 1965 y 1982.

Si bien en la primera Constitución hondureña —la de 1825— no se realiza un reconocimiento del principio de legalidad penal, ya que solo se declara tímidamente la prohibición de detenciones arbitrarias (artículo 70)³⁶³ y se exponen algunas garantías

³⁶⁰ La Constitución guatemalteca reconoce la diversidad cultural y étnica del Estado, pero no hace explícita alusión al respeto de la jurisdicción indígena. Es más, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución, cabría argumentar la posible inconstitucionalidad de los juicios realizados por tribunales especiales indígenas, pese a lo cual no faltan sentencias de la Corte Suprema de Justicia que reconocen la validez de las resoluciones dictadas por los tribunales comunitarios. Sobre todo ello, véase Rita María CANEK ARANGO: *Principio non bis in idem y cosa juzgada entre el derecho indígena y el derecho nacional en materia penal*, Guatemala: Universidad de Istmo, 2011.

³⁶¹ José Francisco MARTÍNEZ: *Breve historia constitucional de Honduras*, Tegucigalpa: Banco Central de Honduras, 1979.

³⁶² También se redactó una Constitución en 1831 que no llegó a entrar en vigor debido a las guerras civiles en que se vio envuelto el país durante esa época.

³⁶³ «Artículo 70. Ninguno podrá ser preso, si no es por delito que merezca pena más que correccional; y en ningún caso sin previo mandamiento por escrito de juez competente».

asociadas a los juicios (artículos 49 y 55)³⁶⁴, en los dos textos posteriores —Constituciones de 1839 y 1848— sí se incluyen tempranamente declaraciones sobre la necesidad de existencia de una ley previa al delito que se haya cometido. En la Constitución de 1839, el artículo 119 dispone que «toda ley *ex post-facto* o retroactiva es esencialmente injusta, y por tanto ningún juez en ningún caso podrá hacer aplicación de una ley a un hecho que ha tenido lugar antes de sus publicaciones». En la Constitución de 1849, el precepto coloca la irretroactividad al mismo nivel que otras figuras jurídicas, como la confiscación y la condena sin juicio, y la amplía a otras normas y resoluciones distintas de la ley:

«Artículo 102. Las leyes, órdenes, providencias o sentencias retroactivas, proscriptivas, confiscatorias, condenatorias sin juicio que hacen trascendental la infamia son injustas, opresivas y nulas. Las autoridades o individuos que cometan semejantes violaciones, responderán en todo tiempo, con sus personas y bienes, a la reparación del daño inferido».

En esta Constitución también se declara expresamente la vigencia del principio *non bis in idem* en su vertiente procesal: «Por un mismo delito no podrá haber dos juicios» (artículo 72 *in fine*); y se acoge la institución de la cosa juzgada: «Unos mismos jueces no pueden serlo en dos diversas instancias; avocar causas pendientes, para conocer de ellas, ni abrir juicios fenecidos» (artículo 111).

La garantía de prohibición del doble enjuiciamiento se perderá en la Constitución siguiente —la de 1865— y no volverá a estar constitucionalizada hasta mucho tiempo después. Será la Carta Magna de 1965 la que la recupere en el capítulo dedicado a la seguridad individual, dentro del título sobre declaraciones, derechos y garantías, en su artículo 71: «Ninguna persona podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos»³⁶⁵. Esa redacción es prácticamente idéntica a la que presenta el *non bis in idem* en la Constitución vigente en la actualidad en Honduras —de 1982—, con la salvedad de que ahora se toma en consideración en el

³⁶⁴ «Artículo 49. El Poder Judicial es independiente en sus atribuciones del Legislativo y Ejecutivo; a él exclusivamente pertenece la aplicación de las leyes en las causas civiles y criminales».

«Artículo 55. La Corte Superior de Justicia y demás juzgados inferiores son responsables, con arreglo a la ley, del ejercicio de sus funciones».

³⁶⁵ En las Constituciones de 1924 y 1936 se hace una remisión a desarrollo legislativo de todo lo relacionado con las formalidades del proceso. Ambas constituciones, en sus artículos 51 y 56, respectivamente, disponen: «Las leyes fijarán el orden y las formas del proceso en materia civil y criminal».

mismo precepto que declara el principio de legalidad penal: «Ninguna persona será sancionada con penas no establecida previamente en la Ley, ni podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos» (artículo 95).

La posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal para favorecer al reo se afirma como derecho fundamental por vez primera en la Constitución de 1894 y, desde entonces, no sufrirá ningún cambio hasta el día de hoy. El artículo 50 de aquel texto dispone: «Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, excepto en materia penal, cuando la nueva ley sea favorable al delincuente». En esa misma Constitución se acoge también un precepto que se ha mantenido, con modificaciones mínimas, hasta la actualidad para impedir que la lista de derechos y garantías constitucionalizadas sean las únicas posibles: «La enumeración de derechos y garantías que hace esta Constitución, no excluye otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la Soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno» (artículo 72).

En la Constitución de 1982 la declaración de garantías relacionadas con el principio de legalidad penal es muy amplia. Aspectos de importancia se recogen en los artículos 70, 84, 90, 95, 96, 186, 303 y 314, algunos de ellos dedicados a las garantías de jurisdicción y de ejecución³⁶⁶. Además, conviene tener en cuenta que los tratados y

³⁶⁶ «Artículo 70. Todos los hondureños tienen derecho a hacer lo que no perjudique a otro y nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente prescrito ni impedido de ejecutar lo que la Ley no prohíbe [...]».

«Artículo 84. Nadie podrá ser arrestado o detenido sino en virtud de mandato escrito de autoridad competente, expedido con las formalidades legales y por motivo previamente establecido en la Ley [...]».

«Artículo 90. Nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la ley establece. Se reconoce el fuero de guerra para los delitos y faltas de orden militar. En ningún caso los tribunales militares podrán extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio activo en las fuerzas armadas».

«Artículo 95. Ninguna persona será sancionada con penas no establecida previamente en la Ley, ni podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos».

«Artículo 96. La Ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando la nueva ley favorezca al delincuente o procesado».

«Artículo 186. Ningún poder ni autoridad puede avocarse causas pendientes ni abrir juicios fenecidos, salvo en causas juzgadas en materia penal y civil que pueden ser revisadas en toda época en favor de los condenados, a pedimento de éstos, de cualquier persona, del ministerio público o de oficio. Este recurso se interpondrá ante la Corte Suprema de Justicia. La ley reglamentará los casos y la forma de revisión».

«Artículo 303. La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se administra gratuitamente en nombre del estado, por magistrados y jueces independientes. El Poder Judicial se integra por una Corte Suprema de Justicia, por las Cortes de Apelaciones y los juzgados que establezca la ley [...]».

«Artículo 314. Es facultad privativa de los tribunales de justicia, juzgar y ejecutar lo juzgado. A ellos corresponde la aplicación de las leyes en casos concretos».

convenios internacionales ratificados por Honduras prevalecen sobre la legislación nacional, tal como se dispone en el artículo 18 de la Carta Magna: «En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley prevalecerá el primero»³⁶⁷.

El Código Penal hondureño consagra sus artículos 1 y 2 a promulgar la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) y penal (*nulla poena sine lege*) y el subprincipio de ley previa aplicable para ambos casos³⁶⁸:

«Artículo 1. Nadie podrá ser penado por infracciones que no estén determinadas en una Ley anterior a la perpetración de un delito».

«Artículo 2. No se impondrán otras penas ni medidas de seguridad que las establecidas previamente por la Ley».

El Código Procesal Penal dispone la garantía de ejecución penal en su artículo 1, al afirmar la necesidad de existencia de juicio previo a la condena, y reconoce la prohibición de doble castigo en su artículo 11:

«Artículo 1. Juicio Previo. Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público llevado a cabo conforme los principios establecidos en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y el presente Código y con respeto estricto de los derechos del imputado».

«Artículo 11. Prohibición del Doble Juzgamiento. Ninguna persona podrá ser nuevamente juzgada por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias».

También resulta de interés para el principio de legalidad penal el contenido del artículo que el Código Procesal Penal dedica a cómo han de interpretarse los pasajes

³⁶⁷ Aparte de los artículos que abordan de manera directa aspectos íntimamente relacionados con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, como afirma Jacobo CÁLIX, hay que atender a lo que expresan otros preceptos de la Constitución hondureña para poder asegurar la existencia de una plena vigencia del principio de legalidad. Esos otros preceptos corresponden al artículo 68 y 87, que declaran el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de libertad y la labor resocializadora que debe corresponder a las instituciones penitenciarias (véase Jacobo CÁLIX: «Coerción material», en AA. VV.: *Manual de Derecho procesal penal hondureño*, Tegucigalpa: Corte Suprema de Justicia y Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 2002, pág. 356).

³⁶⁸ Además, reconoce la aplicación retroactiva favorable en el artículo 9: «Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al procesado, aunque al entrar en vigencia aquellas hubiere recaído sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo la condena». No dice nada, sin embargo, de la prohibición de aplicación analógica o de la interpretación extensiva de las leyes penales.

oscuros de ley: «Los pasajes oscuros o contradictorios de la ley penal se interpretarán del modo que más favorezca a la persona imputada» (artículo 18).

6.12 México

Inmediatamente después de la declaración de independencia de la América Septentrional, se dictó la Constitución de Apatzingán, de 22 de octubre de 1814, que, pese a no haber estado en vigor ni un solo día, es el texto que inicia la tradición constitucionalista mexicana³⁶⁹. No obstante, la independencia de Nueva España no es fruto de una acción concreta, sino que ha de ser vista como un largo proceso que tuvo su culminación en la declaración del Acta de independencia de 18 de septiembre de 1821.

El primer texto constitucional promulgado en México, con alcance en todo el territorio, fue la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, de 4 de octubre de 1824, que instauró un sistema federal que se ha mantenido hasta la actualidad³⁷⁰. A juicio de la doctrina, ese sistema federal —junto con el tipo de relaciones que se establecen entre el poder central y el de los estados federados— es influencia directa de la Constitución de los Estados Unidos³⁷¹. Pero, además de la influencia norteamericana, en la primera Carta Magna de México también se observa el reflejo de instituciones españolas a partir del modelo de la Constitución de Cádiz. Como exponen José Antonio SERRANO ORTEGA y Juan ORTIZ ESCAMILLA:

«Entre 1820 y 1827, el liberalismo gaditano fue el principal referente doctrinal a que se recurrió para fundar las principales instituciones en las localidades y en las regiones. Estos años abarcan desde el restablecimiento de la Carta de Cádiz hasta la promulgación de las constituciones de cada uno de los estados [...]. De lo que estamos seguros es que [sic] la Constitución de 1812 y el lenguaje del liberalismo gaditano fueron los referentes seminales de

³⁶⁹ Véase Emilio O. RABASA: *Historia de las Constituciones mexicanas*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pág. 7.

³⁷⁰ «En conjunto, la ley dibuja una fisonomía de Estado federal más nítida que la Constitución de 1917, pues, en efecto, no hay que olvidar que el sistema federal de 1824 resultaba más completo que el actual de 1917, en virtud de que las facultades de los estados eran mucho más amplias sin restricciones internas» (Graciela MACEDO JAIMES: «Breve estudio de las Constituciones del Estado de México», *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, VIII, 1996, pág. 260).

³⁷¹ Véase Emilio O. RABASA: *Historia de las Constituciones mexicanas*, *op. cit.*, págs. 16-19.

los diputados de los congresos constituyentes de los estados a partir de 1823-1824 y de las primeras legislaturas después de 1825»³⁷².

Sobre el número exacto de constituciones mexicanas hay cierta discrepancia entre los expertos debido sobre todo a si en la posible lista se tienen en cuenta los textos que no llegaron a entrar en vigor. En cualquier caso, siguiendo a Emilio RABASA, podemos afirmar que en México han estado vigentes, además de la Constitución de 1824, las siguientes leyes fundamentales: Bases y Leyes Constitucionales de 1835 y 1836, Bases Orgánicas de 1843, Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 y Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, actualmente en vigor³⁷³.

En lo que se refiere al principio de legalidad penal, lo primero que salta a la vista a partir de su estudio en las primeras constituciones mexicanas es la parquedad con que se aborda en la ley que rige para todo el Estado y el tratamiento minucioso que se realiza en las constituciones provinciales dictadas al abrigo de la Carta Magna de 1824. En esta última, solo se tienen presentes dos garantías relacionadas: la prohibición de ley retroactiva (artículo 148) y de las detenciones sin que medie prueba delictiva (artículo 150)³⁷⁴.

Esas dos escuetas formulaciones se incluyen en la sección dedicada a las reglas a las que se debe sujetar la administración de justicia en todos los territorios de la Federación mexicana, y, en efecto, las constituciones de los estados reconocerán esas garantías, aunque lo harán con un desarrollo de lo que en ellas se contiene que en algunas ocasiones resultará muy significativo.

Para la expresión del principio de legalidad penal hay textos —como el de Chiapas³⁷⁵— que simplemente remiten a lo dicho por la Constitución federal sobre la irretroactividad, mientras que otros aprovechan para incluir alguna garantía adicional o

³⁷² José Antonio SERRANO ORTEGA y Juan ORTIZ ESCAMILLA (eds.): *Ayuntamientos y liberalismo gaditano en México*, México: Colegio de Michoacán-Universidad Veracruzana, 2007, pág. 13.

³⁷³ Emilio O. RABASA: *Historia de las Constituciones mexicanas*, *op. cit.*, pág. 9.

³⁷⁴ «Artículo 148. Queda para siempre prohibido todo juicio por comisión y toda ley retroactiva». «Artículo 150. Nadie podrá ser detenido, sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente».

³⁷⁵ «Artículo 85. En cuanto a los juicios por comisión, fueros y leyes retroactivas se estará a la Constitución federal» (Constitución del Estado de las Chiapas, de 19 de noviembre de 1825).

para declarar abiertamente la necesidad de existencia de ley previa a los actos ilícitos para que puedan ser considerados tales. Esto último es lo que encontramos, por poner un ejemplo muy claro, en la Constitución de las Tamaulipas, de 7 de mayo de 1825, cuyo artículo 163 dicta lo siguiente:

«Artículo 163. Todo hombre de cualquiera clase y condición que sea debe ser juzgado en el estado en sus negocios civiles y criminales por unas mismas leyes y por los propios tribunales; y nadie podrá en ningún caso ser juzgado sino por los tribunales y leyes establecidas con anterioridad al acto por que se juzgue. No puede haber por lo mismo juicios por comisión, y se prohíbe para siempre toda ley retroactiva».

La ampliación de garantías penales en las constituciones de los territorios que forman la Federación Mexicana, en líneas generales, es muy expresiva y relevante. Si nos fijamos en el otro gran principio que estamos siguiendo en este trabajo —el *non bis idem*—, observaremos que la ausencia de acogida en la Constitución de 1824 contrasta enormemente con lo que ocurre en los textos provinciales. Casi todos los estados de la Federación dedican algún artículo en sus leyes fundamentales a la prohibición de juzgar de nuevo lo que ya ha sido sentenciado. Hay que advertir, no obstante, que lo habitual es que esa prohibición de doble juicio se predique de instituciones ajenas a la administración de justicia (el Congreso y los gobernadores), y no de los tribunales, aunque tampoco faltan casos que dejan muy claro que estos últimos tampoco pueden violar el imperio de la cosa juzgada. Los preceptos constitucionales en que se plantea esta cuestión son los siguientes³⁷⁶:

(i) Constitución del Estado de las Chiapas, de 19 de noviembre de 1825:

«Artículo 90. Ningún magistrado o juez podrá conocer en varias instancias sobre un mismo negocio ni resolver sobre nulidad en asunto que haya sentenciado».

(ii) Constitución del Estado de Chihuahua, de 7 de diciembre de 1825:

«Artículo 87. Ni el congreso ni el gobernador pueden en ningún caso ejercer las funciones judiciales, avocarse las causas pendientes ni mandar abrir las fenecidas».

(iii) Constitución del Estado de Coahuila y Texas, de 11 de marzo de 1827:

³⁷⁶ El texto completo de las constituciones provinciales mexicanas se puede consultar en Mariano GALVÁN RIVERA: *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos. Régimen constitucional 1824*, México: Porrúa, 2004, 3 vols. (edición facsímil de la publicada en 1828).

«Artículo 169. Ni el Congreso ni el gobernador pueden avocarse las causas pendientes y abrir las ya fenecidas, ni los mismos tribunales y juzgados».

(iv) Constitución del Estado de Guanajuato, de 14 de abril de 1826:

«Artículo 161. Ninguna otra autoridad por superior que sea podrá ejercer funciones judiciales, avocarse el conocimiento de las causas pendientes ni mandar abrir las concluidas».

(v) Constitución de Jalisco, de 18 de noviembre de 1824:

«Artículo 185. Ni el Congreso ni el gobernador pueden ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocarse las causas pendientes ni mandar abrir las concluidas».

(vi) Constitución del Estado de México, de 14 de febrero de 1827:

«Artículo 173. Ni el Congreso, ni el Gobierno ni los Tribunales podrán abrir los juicios fenecidos».

(vii) Constitución del Estado de Michoacán, de 19 de julio de 1825:

«Artículo 116. Ni el Congreso ni el Gobierno podrán en caso alguno ejercer las funciones judiciales, avocar las causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos»³⁷⁷.

(viii) Constitución del Estado de Nuevo León, de 5 de marzo de 1825:

«Artículo 141. Ni el Congreso ni el gobernador podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos».

(ix) Constitución Política del Estado Libre de Occidente, de 2 de noviembre de 1825:

«Artículo 211. La administración de justicia, ya en lo civil, ya en lo criminal, exclusivamente corresponde a los tribunales y jueces que establece y designa esta Constitución. En consecuencia, ni el Congreso ni el gobierno pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes ni mandar abrir las concluidas».

(x) Constitución Política del Estado Libre de Puebla, de 7 de diciembre de 1825:

«Artículo 135. Ninguna autoridad puede avocarse juicios pendientes ni mandar abrir los fenecidos».

(xi) Constitución Política del Estado Libre de Querétaro, de 12 de agosto de 1825:

³⁷⁷ En esta Constitución se promulga, por vez primera en Hispanoamérica, la prohibición del *non bis in idem* en su vertiente material: «Artículo 179. No podrán imponerse dos penas por un mismo delito».

LEGALIDAD PENAL Y PROHIBICIÓN DE DOBLE CASTIGO EN EL CONSTITUCIONALISMO
HISTÓRICO ESPAÑOL E HISPANOAMERICANO

«Artículo 147. Ni el congreso ni el gobernador podrán avocarse el conocimiento de los negocios pendientes en los tribunales ni mandar abrir los juicios fenecidos».

- (xii) Constitución Política del Estado Libre de S. Luis Potosí, de 17 de octubre de 1826:

«Artículo 183. En consecuencia, ninguna persona ni corporación que no pertenezca a dichos tribunales, ni el gobernador ni el Congreso mismo, podrán en ningún caso ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o abrir juicios fenecidos».

- (xiii) Constitución Política del Estado Libre de Tabasco, de 26 de febrero de 1825:

«Artículo 127. La administración de justicia en lo general corresponde exclusivamente a los tribunales que establece esta Constitución. Ni el Congreso ni el gobernador pueden en ningún caso ejercer las funciones judiciales, avocarse las causas pendientes ni mandar abrir las fenecidas».

- (xiv) Constitución de las Tamaulipas, de 7 de mayo de 1825:

«Artículo 162. La administración de justicia, así en lo civil como en lo criminal, corresponde exclusivamente a los tribunales y jueces que establece la Constitución, y ni el Congreso ni el gobierno pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, avocarse las causas pendientes ni mandar abrir las concluidas».

- (xv) Constitución Política del Estado Libre de Yucatán, de 6 de abril de 1825:

«Artículo 140. Ni el Congreso ni el gobernador podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes ni mandar abrir juicios fenecidos».

- (xvi) Constitución Política del Estado Libre de Zacatecas, de 8 de marzo de 1825:

«Artículo 143. La justicia se administra aplicando las leyes en las causas civiles y criminales. Su aplicación corresponde exclusivamente a los tribunales, y estas funciones no podrán ejercerlas en ningún caso ni el Congreso ni el gobernador; ni tampoco podrán avocarse causas pendientes ni mandar abrir juicios fenecidos».

La insuficiencia con que se trata la legalidad penal en la Constitución federal de 1824 se resuelve, al menos en parte, en las constituciones posteriores. En las siete leyes constitucionales de 1836 ya se declara abiertamente la necesidad de que la ley tiene que

haber sido dictada con anterioridad a la existencia de los hechos que se deban juzgar (artículo 25.2) y se expresan además diversas garantías relacionadas³⁷⁸.

La situación expuesta en las leyes constitucionales de 1836 se va a mantener, con leves variaciones, en el resto de constituciones mexicanas, incluida la que en la actualidad está vigente en el país: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). La novedad más reseñable que presenta esta última la encontramos en el artículo reservado a la prohibición de dictar leyes retroactivas, ya que también se prohíbe en él la interpretación analógica de las leyes penales, un reconocimiento explícito que no suele ser habitual en las constituciones hispanoamericanas. El artículo 14 de la Constitución de 1917 dispone lo siguiente:

«Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. *En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.* En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho» (la cursiva es nuestra).

Lo que no se constitucionaliza ni en el texto de 1917 ni en ninguna de las constituciones anteriores a esa fecha es la posibilidad de que la ley penal se pueda aplicar con carácter retroactivo para favorecer al reo. Solo si acudimos al Código Penal

³⁷⁸ «Artículo 2.1. [Son derechos del mexicano:] No poder ser preso sino por mandamiento de Juez competente, dado por escrito y firmado, ni aprehendido, sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según ley. Exceptúase el caso de delito infraganti en el que cualquiera pueda ser aprehendido, y cualquiera pueda aprehenderle, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública».

«Artículo 2.5. [Son derechos del mexicano:] No poder ser juzgado ni sentenciado por comisión ni por otros tribunales que los establecidos en virtud de la Constitución, ni según otras leyes que las dictadas con anterioridad al hecho que se juzga».

«Artículo 43.1. Para proceder a la prisión se requiere que preceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal».

«Artículo 45.4. No puede el Congreso general dar a ninguna ley, que no sea puramente declaratoria, efecto retroactivo, o que tenga lugar directa ni indirectamente en casos anteriores a su publicación».

Federal y al Código Federal de Procedimientos Penales encontraremos un reconocimiento explícito de ese derecho³⁷⁹.

Pese a la ausencia de acogida expresa de la retroactividad favorable en la Constitución, los tribunales mexicanos entienden que se trata de un derecho fundamental que se desprende del propio contenido del artículo 14. Así lo ha expresado, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis 28/2004:

«El artículo 14 constitucional, en su primer párrafo, prohíbe la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna.

Ahora bien, una ley es retroactiva cuando vuelve al pasado para cambiar, modificar, o suprimir situaciones jurídicas ya acaecidas.

Interpretado *a contrario sensu*, el citado precepto otorga un derecho al individuo, consistente en que se le aplique retroactivamente una ley penal, cuando ello sea en su beneficio.

En efecto, si un individuo cometió un delito estando vigente una ley sustantiva con base en la cual se le sentenció, y con posterioridad se promulga una nueva ley que prevé una pena menor para el mismo delito, o según la cual, el acto considerado por la ley antigua como delito, deja de tener tal carácter; el individuo tiene el derecho, constitucionalmente protegido, a que se le aplique retroactivamente la nueva ley y, por ende, se le reduzca la pena o se le ponga en libertad. Esto es así, porque si el legislador en un nuevo ordenamiento legal, dispone que un determinado hecho ilícito merece ser sancionado con una pena menor, o que no hay motivos para suponer que a partir de ese momento el orden social pueda ser alterado con un acto que anteriormente se consideró como delictivo, no es válido que el poder público insista en exigir la ejecución de la sanción tal como había sido impuesta, por un hecho que ya no la amerita o que no la merece en tal proporción»³⁸⁰.

³⁷⁹ El artículo 56 del Código Penal Federal dispone: «Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma». Por su parte, el artículo 553 del Código Federal de Procedimientos Penales dicta: «El que hubiese sido condenado por sentencia irrevocable y se encuentre en los casos de conmutación de sanciones o de aplicación de ley más favorable a que se refiere el Código Penal, podrá solicitar de la autoridad jurisdiccional o del Poder Ejecutivo, en su caso, la conmutación, la reducción de pena o el sobreseimiento que procedan, sin perjuicio de que dichas autoridades actúen de oficio y sin detrimento de la obligación de reparar los daños y perjuicios legalmente exigibles».

³⁸⁰ Véase Héctor Guillermo MALDONADO MALDONADO: «Reglas de aplicación de las normas penales», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 30, 2010, pág. 148.

Por lo que respecta al *non bis in idem*, el principio está plenamente constitucionalizado en México: el artículo 23 de la Constitución actual —heredero del artículo 24 de la de 1857— reconoce la prohibición del doble juicio para los mismos hechos³⁸¹. Además, al igual que ocurre en la legislación española, se contemplan como excepción las relaciones especiales de sujeción: a los funcionarios, por ejemplo, se les puede aplicar una sanción penal y otra administrativa, sin que se considere que existe vulneración del principio *non bis in idem*, a tenor de lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución³⁸².

El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en México es muy limitado en comparación con lo que ocurre en otros países hispanoamericanos. Es cierto que la propia Constitución, a partir de la reforma de 2001, reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a «aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos» (artículo 2.A.II), pero las restricciones existentes para la aplicación son tan amplias que, en la práctica, es la justicia ordinaria la que tiene la última palabra en caso de conflicto. Dicho de otra forma, el *non bis in idem* se encuentra expuesto a riesgos permanentes en las comunidades indígenas mexicanas³⁸³.

6.13 Nicaragua

La historia constitucional nicaragüense comienza en 1824, año en que se promulgó la Constitución de la República Federal de Centroamérica, a la que pertenecían, además de Nicaragua, los Estados de Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Honduras. Cumpliendo el mandato de esta Constitución Federal, el Gobierno nicaragüense promulgó en 1826 la que debe ser considerada la primera Constitución de una Nicaragua enteramente libre y soberana. A partir de ese momento, en la nación han

³⁸¹ «Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia».

³⁸² Véase Lilita HERNÁNDEZ MENDOZA: *El “non bis in idem” en el ámbito sancionador: estudio comparado de los sistemas español y mexicano*, Madrid: Universidad Complutense, 2013, pág. 5.

³⁸³ A ello hay que añadir que un buen número de estados mexicanos carecen de leyes en materia indígena. En el Decreto por el que se aprueba el Programa Especial de los Pueblos Indígenas 2014-2018, publicado el 30 de abril de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*, se identifican ocho estados que no cuentan con legislación específica sobre la materia: Aguascalientes, Baja California Sur, Coahuila, Distrito Federal, Michoacán, Sinaloa, Tamaulipas y Zacatecas.

tenido vigencia diez constituciones, algunas de ellas con múltiples reformas. A esas leyes fundamentales hay que añadir las *non natae* de 1911 y 1913, y los proyectos de Constitución Política de 1848 y 1854.

Walter ANTILLÓN MONTEALEGRE considera que las constituciones más destacadas de la historia nicaragüense son las siguientes³⁸⁴:

- (i) Constitución del Estado de Nicaragua, de 12 de noviembre de 1838, que es la que se promulga tras la desintegración de la República de Centroamérica. De marcado carácter liberal, «sobre su vigencia efectiva cabe hacer graves reservas, pues durante ese periodo el país estaba profundamente dividido por las luchas de los [...] partidos políticos en que se dividía la oligarquía nicaragüense»³⁸⁵.
- (ii) Constitución del General FRANCO CHAMORRO, de 30 de abril de 1854, que fue declarada *non nata* por la Asamblea Constituyente de 1857.
- (iii) Constitución Política de la República de Nicaragua, de 19 de agosto de 1858, de extensión mucho más corta que la de 1938 —solo contiene 104 artículos—, aunque mucho más rígida.
- (iv) Constitución «Libérrima» de 10 de diciembre de 1893, denominada así por su carácter *ultraliberal*, con la separación entre religión y Estado, la desamortización de bienes de la Iglesia, enseñanza laica y amplio reconocimiento de derechos individuales como líneas más destacadas³⁸⁶.
- (v) Constituciones de la ocupación norteamericana y somocianas. Al inicio de este periodo se promulgaron tres constituciones sin vigencia real: las *non natae* de 1911 y 1913, y la de 21 de diciembre de 1911, coincidentes con la dominación estadounidense. En 1939, con un país de nuevo plenamente libre, entró en

³⁸⁴ Véase Walter ANTILLÓN MONTEALEGRE: «El sistema constitucional nicaragüense», D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 615-621.

³⁸⁵ Ídem, pág. 616.

³⁸⁶ Véase Ernesto DE LA TORRE VILLAR y Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA: *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1976, págs. 197-201.

vigor la Constitución que se estima que es la norma básica de todo el periodo, una Constitución que contenía un amplio repertorio de garantías nacionales, sociales e individuales, pero que también supuso el inicio de una larga etapa de corrupción en el país.

- (vi) Constitución Política de Nicaragua, de 19 de noviembre de 1986, que es la que rige actualmente en la nación, aunque con reformas importantes desde entonces.

El principio de legalidad penal se muestra ya plenamente configurado en la Constitución del Estado de Nicaragua de 1826. En concreto, se promulga en el artículo 35: «Ninguno puede ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y publicada antes de cometerse el delito, y sin que sea legalmente aplicada»³⁸⁷. Aparte de la formulación general del principio, también se recogen otros aspectos estrechamente relacionados con el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en especial todo lo relativo a la prohibición de detenciones arbitrarias y a las garantías de ejecución y jurisdiccional (artículos 34, 113, 126 y 133)³⁸⁸. El imperio de la cosa juzgada se predica de todo tipo de autoridades —incluidas, por tanto, las judiciales— en el artículo 114: «Ni la Asamblea, ni el Consejo, ni el Poder Ejecutivo, podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, ni avocarse causas pendientes; y *ni estas autoridades, ni otra alguna, podrán abrir los juicios fenecidos*» (la cursiva es nuestra).

La declaración de garantías va a presentar muy pocas modificaciones en los textos constitucionales posteriores. Entre las novedades más relevantes cabe destacar la forma contundente en que se declara en la Constitución de 1838 la irretroactividad de la ley

³⁸⁷ También resulta de interés el contenido del artículo 27: «Ninguno está obligado a hacer lo que la ley no ordena, ni puede impedírsele lo que no prohíbe». Este precepto es de aparición muy habitual en las constituciones hispanoamericanas del siglo XIX y primera mitad del XX.

³⁸⁸ «Artículo 34. Ningún habitante puede ser preso sino en los casos determinados por la Constitución, en la forma que ella previene».

«Artículo 113. El Poder Judicial se ejercerá por los Tribunales y Jueces del Estado, y a ellos pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales; pero sus funciones se limitarán precisamente a esto, y a hacer que se ejecute lo juzgado».

«Artículo 126. Nadie puede ser preso, sino en virtud de orden escrita de autoridad competente para darla. No podrá librarse esta orden sin que preceda justificación de que se ha cometido un delito que merezca pena más que correccional, y sin que resulte al menos por el dicho de un testigo quién es el delincuente».

«Artículo 133. Todo el que no estando autorizado por la ley, expidiere, firmare, ejecutare o hiciere ejecutar la prisión o detención de alguna persona, y todos los jueces o alcaldes que contravinieren a las disposiciones precedentes, serán reos de detención arbitraria».

(artículo 37) y la particular manera en que se determina el principio de legalidad, no en materia penal, sino para todo tipo de actos públicos o privados (artículo 44):

«Artículo 37. Toda ley *ex post facto*, o retroactiva, es esencialmente injusta y tiránica, y todos y cada uno de los habitantes tienen derecho en todo tiempo para reclamar la misma ley, y sus efectos, sean cuales fueren las circunstancias con que hayan intentado coonestarse».

«Artículo 44. Ningún poder tiene facultad para anular en la sustancia, ni en sus efectos, ningún acto público ni privado, ejecutado en conformidad de una ley anterior vigente al tiempo de su verificación, o sin la prohibición de una ley preexistente».

Otra novedad reseñable se localiza en la Constitución de 1905, cuyo artículo 89 se reserva para expresar una excepción a la cosa juzgada que —por resultar obvia— no suele tener presencia en las leyes fundamentales de ningún país, ya que pertenece a la esencia de los regímenes democráticos: «La ley establecerá el recurso de revisión en lo criminal, en casos graves, cuando fenecido un proceso se pueda demostrar con precisión la inocencia del reo». En esta Constitución, además, se permite suspender las garantías relacionadas con el principio de legalidad en caso de declaración del estado de sitio, una suspensión que heredó esta Carta Magna de la Constitución Libérrima de 1893³⁸⁹.

La aplicación retroactiva de la ley penal para favorecer al reo se constitucionaliza por primera vez en Nicaragua en la norma fundamental de 1939: «Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, excepto en materia penal en favor del delincuente» (artículo 39). Esta Constitución incluye además un precepto para que la declaración de garantías no se considere un inventario cerrado, como hemos visto y tendremos ocasión de ver que se hace también en otros muchos textos hispanoamericanos: «La enumeración de derechos, deberes y garantías, hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno» (artículo 137).

³⁸⁹ Tanto el artículo 65 de la Constitución de 1893 como el artículo 45 del texto fundamental de 1905 disponen: «Las garantías expresadas, con excepción de las que prohíben dar leyes confiscatorias y las que consagran la inviolabilidad de la vida humana, podrán suspenderse temporalmente por la declaratoria de estado de sitio». La suspensión temporal de la vigencia del principio de legalidad se corrige en la Constitución *non nata* de 1911 y en los textos posteriores. Así, en la Constitución de 1912, de los derechos que pueden ser suspendidos en caso de estado de sitio se excluyen expresamente la garantía que prohíbe el juzgamiento por jueces que no sean designados por la ley y la que prohíbe dar leyes retroactivas (artículo 62).

Una excepción interesante a la garantía jurisdiccional se enuncia en el artículo 45 de la Constitución de 1948, ya que se permite que algunos delitos cometidos por civiles sean juzgados por tribunales militares: «Nadie puede ser sustraído a su juez legal, ni llevado a jurisdicción de excepción. Sin embargo, los autores y cómplices de actos revolucionarios de terrorismo y bandolerismo serán juzgados y castigados por los tribunales militares de acuerdo con sus leyes».

En la Constitución vigente en la actualidad en el Estado, el principio de legalidad penal se consagra fundamentalmente en los artículos 34.11 (requisito de ley previa) y 38 (retroactividad penal favorable)³⁹⁰. Además, el *non bis in idem* se considera un derecho fundamental en el artículo 34.10 (todo ciudadano tiene derecho «a no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme»). Por último, resulta de interés el contenido expresado en el artículo 46, ya que proclama la vigencia de los derechos que reconocen los instrumentos internacionales ratificados por la nación³⁹¹, aunque hay que advertir que los convenios y tratados no prevalecen sobre las leyes internas, a diferencia de lo que ocurre en otros países hispanoamericanos, sino que se encuentran en un nivel infraconstitucional³⁹².

El principio de legalidad penal goza de una amplia acogida en el actual Código Penal de Nicaragua (Ley n.º 641), que proclama con mucho detenimiento la enunciación fundamental del principio (artículo 1), el subprincipio de irretroactividad, salvo en aplicación favorable de la ley (artículo 2), los casos en que una ley entra en vigor antes de que comience a cumplirse la condena (artículo 3), las garantías jurisdiccional y de

³⁹⁰ «Artículo 34.11. [Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas] A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes». «Artículo 38. La Ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando favorezca al reo».

³⁹¹ «Artículo 46. En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos».

³⁹² Véase Aylín Brizeida ORDÓÑEZ REYNA: *Régimen constitucional de los tratados internacionales en Centroamérica*, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2010, pág. 436.

ejecución (artículo 6) y la prohibición de aplicación extensiva y de la analogía *in malam partem* (artículo 10)³⁹³.

El Código Procesal Penal (Ley n.º 406) también acoge el principio de legalidad (artículo 1)³⁹⁴ y además proclama el *non bis in idem* en la vertiente formal (artículo 6)³⁹⁵.

³⁹³ «Artículo 1. Principio de legalidad. Ninguna persona podrá ser condenada por una acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley penal anterior a su realización. Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la ley.

No será sancionado ningún delito o falta con pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que no se encuentre prevista por la ley anterior a su realización.

No se podrán imponer, bajo ningún motivo o circunstancia, penas o consecuencias accesorias indeterminadas.

Las leyes penales, en tanto fundamenten o agraven la responsabilidad penal, no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

Por ningún motivo la Administración Pública podrá imponer medidas o sanciones que impliquen privación de libertad».

«Artículo 2. Principio de irretroactividad. La ley penal no tiene efecto retroactivo, excepto cuando favorezca al reo.

Si con posterioridad a la comisión de un delito o falta, entra en vigencia una nueva ley, en el caso particular que se juzgue, se aplicará la que sea más favorable al reo. Este principio rige también para las personas condenadas, que estén pendientes de cumplir total o parcialmente la condena.

Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella, salvo que de la ley posterior se desprenda inequívocamente lo contrario».

«Artículo 3. Ley emitida antes del cumplimiento de la condena. Si la entrada en vigencia de una nueva ley se produce antes del cumplimiento de la condena y resulta favorable al condenado, el Juez o Tribunal competente deberá modificar la sentencia de acuerdo con ella en lo relativo a la pena o medida de seguridad.

Si la condena fue motivada por un hecho considerado como delito o falta por la ley anterior y la nueva ley no lo sanciona como tal, el Juez o Tribunal competente deberá ordenar la inmediata libertad del reo o condenado.

En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el condenado».

«Artículo 6. Garantía jurisdiccional y de ejecución. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por los tribunales de justicia competentes, de acuerdo con las leyes procesales.

Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes, de conformidad con la ley y su reglamento».

«Artículo 10. Interpretación extensiva y aplicación analógica. Se prohíbe en materia penal la interpretación extensiva y la aplicación analógica para:

- a) Crear delitos, faltas, circunstancias agravantes de la responsabilidad, sanciones o medidas de seguridad y consecuencias accesorias no previstas en la ley;
- b) Ampliar los límites de las condiciones legales que permitan la aplicación de una sanción, medida de seguridad y consecuencia accesoria;
- c) Ampliar los límites de las sanciones, medidas de seguridad y consecuencias accesorias previstas legalmente.

Por el contrario, podrán aplicarse analógicamente los preceptos que favorezcan al reo».

³⁹⁴ «Artículo 1. Principio de legalidad. Nadie podrá ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad, sino mediante una sentencia firme, dictada por un tribunal competente en un proceso conforme

Los dos problemas más significativos que se identifican en el ordenamiento nicaragüense actual en relación con el principio de legalidad penal es el de la posibilidad de complementar leyes penales por medio de normas de otro rango emanadas del Poder Ejecutivo (leyes penales en blanco) y la existencia de una ley que entra en contradicción con lo dispuesto en el Código Penal y que puede ser considerada una violación del principio de retroactividad: la Ley 745, de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la ley penal³⁹⁶.

Por último, el reconocimiento de la jurisdicción indígena solo se realiza en la Constitución nicaragüense de forma indirecta (en los artículos 89 y 180), por lo que su desarrollo no se encuentra al mismo nivel que el de otros países hispanoamericanos.

6.14 Panamá

Rigoberto GONZÁLEZ MONTENEGRO, que sigue en ello las enseñanzas del ilustre constitucionalista César QUINTERO, divide en tres etapas la historia del constitucionalismo panameño³⁹⁷:

- (i) Época colonial, que tiene como norma distintiva la Constitución de Cádiz de 1812.
- (ii) Época colombina, de 1821 a 1903, periodo en el que Panamá formó parte de la República de Colombia bajo la vigencia de las constituciones que hemos

a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, a las disposiciones de este Código y a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República».

³⁹⁵ «Artículo 6. Única persecución. Quien haya sido sobreseído, absuelto o condenado por una resolución firme no podrá ser sometido a nueva persecución penal por los mismos hechos. A este efecto, las sentencias dictadas y ejecutadas en el extranjero serán reconocidas en Nicaragua conforme a los tratados y convenios suscritos y ratificados soberanamente por la República».

³⁹⁶ Véase Ana Tatiana SOZA CHAMORRO: *Violación al principio de retroactividad de la norma penal con la aplicación de la Ley número 745: Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal*, Managua: Universidad Centroamericana, 2013.

³⁹⁷ Rigoberto GONZÁLEZ MONTENEGRO: «La regulación constitucional de la administración de Justicia», en *Perspectivas históricas de la Justicia panameña en su primer centenario 1903-2003*, Panamá: Órgano Judicial de la República de Panamá, 2003, págs. 11-31.

reseñado páginas atrás, pero en el que también promulgó leyes fundamentales propias³⁹⁸.

- (iii) Época republicana, de 1903 a la actualidad, en la que han regido cuatro constituciones: las de 1904, 1941, 1946 y 1972. Esta última es la vigente en la actualidad, previas reformas de 1978, 1983, 1993 y 1994.

En la primera Constitución que se promulgó en Panamá como república absolutamente soberana —la de 1904—, el principio de legalidad penal se proclama en el artículo 22, un precepto que además contiene en su parte final dos excepciones a la necesidad de que exista juicio previo para que se castigue un hecho³⁹⁹:

«Artículo 22. Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado sino por Jueces o Tribunales competentes, en virtud de las leyes anteriores al delito cometido, y en la forma que éstas establezcan.

Podrán sin embargo castigar sin juicio previo los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, a cualquiera que los injurie o irrespete en el acto en que estén desempeñando su cargo; y los Jefes Militares y Capitanes de buques, los cuales podrán imponer penas *incontinenti* para contener una insubordinación, mantener el orden y para reprimir los delitos cometidos a bordo y fuera de puerto».

En el título consagrado al Poder Judicial se afirma la garantía jurisdiccional al declarar que los tribunales deben quedar establecidos por ley, pero se incumple esa misma garantía al permitir la creación de otros tribunales o comisiones especiales y al reservar a la Asamblea algunas funciones judiciales:

«Artículo 90. El Poder Judicial se ejercerá en la República por una Corte Suprema de Justicia, por los Tribunales subalternos y Juzgados ordinarios que la Ley establezca, y por los demás

³⁹⁸ Para los aspectos que se estudian en este trabajo, interesa especialmente la Constitución de la Primera República de Panamá (1841), ya que en ella se hace una declaración expresa del carácter previo que ha de tener la ley con respecto a los delitos (artículo 148).

³⁹⁹ Las excepciones a la existencia de juicio previo para determinados castigos seguirán siendo contempladas en las constituciones posteriores, incluida la actual, que en su artículo 33 expone: «Pueden penar sin juicio previo, en los casos y dentro de lo precisos términos de la Ley:

1. Los servidores públicos que ejerzan mando y jurisdicción, quienes pueden imponer multas o arrestos a cualquiera que los ultraje o falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo o con motivo del desempeño de las mismas;
2. Los jefes de la Fuerza Pública, quienes pueden imponer penas de arresto a sus subalternos para contener una insubordinación, un motín o por falta disciplinaria;
3. Los capitanes de buques o aeronaves, quienes estando fuera de puerto tienen facultad para contener una insubordinación o motín o mantener el orden a bordo, y para detener provisionalmente a cualquier delincuente real o presunto».

Tribunales o Comisiones especiales que haya necesidad de crear de conformidad con los Tratados públicos. La Asamblea ejerce determinadas funciones judiciales».

La retroactividad de la ley penal para favorecer al reo también se enuncia como derecho fundamental en la Constitución de 1904: «Las leyes no tendrán efecto retroactivo. En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable» (artículo 32).

La necesidad de ley previa al delito cometido, la garantía jurisdiccional —ya sin el desajuste que hemos visto que existe en el texto de 1904— y la retroactividad favorable de la ley penal tendrán acogida en el resto de constituciones panameñas del siglo XX. La novedad más importante afecta al principio *non bis in idem*, que se constitucionaliza por primera vez en 1941:

«Artículo 29. Sólo podrán ser castigados los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto que se impute. Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, *ni podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho*» (la cursiva es nuestra)⁴⁰⁰.

El Código Penal de Panamá acoge en el Capítulo segundo todas las garantías penales que están relacionadas con el principio de legalidad: requisito de ley previa (artículo 9), garantía jurisdiccional (artículo 10), nulidad del proceso en caso de que se incumplan las dos garantías anteriores (artículo 11), subprincipio de taxatividad en lo que afecta al requisito de *lex stricta* (artículo 12), aplicación retroactiva de la ley penal cuando resulte favorable al reo (artículo 14), prohibición de doble castigo (artículo 15) y admisión de la analogía *in bonam partem* (artículo 16)⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ En la Constitución de 1972 el principio *non bis in idem* presenta la siguiente redacción: «Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, política o disciplinaria» (artículo 32).

⁴⁰¹ «Artículo 9. Nadie podrá ser procesado ni penado por un hecho no descrito expresamente como delito por la ley al tiempo de su comisión, ni sometido a medidas de seguridad que la ley no prevea».

«Artículo 10. La imposición de una sanción penal corresponderá exclusivamente a los tribunales competentes, mediante proceso legal previo, efectuado según las formalidades constitucionales y legales vigentes. Ninguna sanción penal podrá ser impartida por una jurisdicción extraordinaria o creada *ad hoc* con posterioridad a un hecho punible, ni en violación de las formas propias del juicio».

«Artículo 11. Los procesos que se sigan en contravención a lo dispuesto en los dos artículos anteriores son nulos, y quienes hayan actuado en ellos como jueces o funcionarios de instrucción serán responsables en todo caso, civil y criminalmente, por los daños o perjuicios que resultaran del proceso ilegal».

«Artículo 12. La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca. Cuando un hecho punible requiere que una norma, de igual o inferior jerarquía, lo complemente, será necesaria la existencia de esa norma jurídica complementaria».

El Código Procesal Penal (Ley n.º 63 de 2008) declara la legalidad procesal (artículo 2), la garantía del juez natural (artículo 3) y la prohibición del doble juzgamiento (artículo 7)⁴⁰².

6.15 Paraguay

A diferencia de lo que ocurrió en otros países hispanoamericanos, la independencia del Paraguay no llevó consigo la promulgación inmediata de una Constitución con la que legitimar su soberanía. Cuando el Estado se independizó en mayo de 1811 del Virreinato del Río de la Plata y, en consecuencia, del Reino de España, lo que se hizo fue aprobar —el 12 de octubre de 1813— un Reglamento de Gobierno que contenía unas líneas mínimas con las que organizar la vida política de la recién nacida República del Paraguay⁴⁰³. La primera Constitución del país se promulgó varias décadas después —en 1844— bajo el título de Ley de Administración Política⁴⁰⁴.

«Artículo 14. La ley favorable al imputado se aplicará retroactivamente. Este principio rige también para los sancionados aun cuando medie sentencia ejecutoriada, siempre que no hayan cumplido totalmente la pena. El reconocimiento de esta garantía se hará de oficio o a petición de parte».

«Artículo 15. Al aplicarse la ley penal a un hecho, este no podrá ser considerado más de una vez para la imposición de otra sanción. En caso de concurso ideal o real del delito, se aplicarán las normas correspondientes establecidas en este Código. Cuando varias leyes penales o disposiciones de este Código sancionen el mismo hecho, la disposición especial prevalecerá sobre la general. Esta garantía también rige para los casos juzgados en el extranjero».

«Artículo 16. Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. La interpretación extensiva y la aplicación analógica solo son posibles cuando beneficien al imputado».

⁴⁰² «Artículo 2. Legalidad procesal. Nadie puede ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad sin juicio previo dentro de un proceso tramitado con arreglo a las normas de la Constitución Política, de los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá y de este Código. Todo habitante del territorio de la República tiene libre derecho a acceder a los jueces y tribunales en las formas, los plazos y las condiciones determinadas en este Código».

«Artículo 4. Juez natural. Nadie será procesado ni condenado por jueces o tribunales especiales o de excepción. La potestad de juzgar y aplicar la pena o medida de seguridad corresponde únicamente a jueces y tribunales previamente instituidos, de conformidad con la Constitución Política, la ley y según las competencias asignadas a cada uno».

«Artículo 7. Prohibición de doble juzgamiento. Nadie puede ser investigado ni juzgado penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque a este se le dé una denominación distinta».

⁴⁰³ «El movimiento revolucionario de mayo de ese año [1811] puso fin al largo dominio político español sin derogar su régimen jurídico y sus instituciones de justicia» (Jorge SILVERO SALGUEIRO: «Los orígenes del Poder Judicial paraguayo en el siglo XIX», en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: *El Poder Judicial en el Paraguay. Sus orígenes y organización 1870-1900*, Asunción: Centro Internacional de Estudios Judiciales, 2011, tomo 1, pág. 3).

⁴⁰⁴ Que es una Constitución lo prueba no solo el contenido que se expresa en el texto, sino también el reconocimiento que se hace en el artículo 13 del título X de la Ley: «Todo el que atentare o prestare medios de atentar contra la Independencia de la República o contra *la presente ley fundamental*, será castigado hasta con la pena de muerte, según la gravedad de su atentado» (la cursiva es nuestra). Pese a

Además de la de 1844, el Paraguay ha contado con cuatro constituciones más a lo largo de su historia:

- (i) Constitución de la República del Paraguay, de 18 de noviembre de 1870, que «significa para el Paraguay la incorporación jurídica de las ideas liberales vigentes en el Río de la Plata, así como su adhesión a los principios del constitucionalismo»⁴⁰⁵.
- (ii) Constitución Nacional del Paraguay, de 10 de julio de 1940, que nació con la intención de reordenar las instituciones del Estado para —como se declara en la exposición de motivos— «alcanzar una mayor justicia social, para orientar la economía, para racionalizar la producción y sistematizar coherentemente el trabajo nacional».
- (iii) Constitución de la República del Paraguay, de 25 de agosto de 1967, que consagró un catálogo amplio de derechos que no siempre fueron respetados en el régimen dictatorial en que se inscribe esa Carta Magna.
- (iv) Constitución de la República del Paraguay, de 20 de junio de 1992, la vigente en la actualidad y, como se ha afirmado en alguna ocasión, «producto genuino de la voluntad popular»⁴⁰⁶.

Salvo en la Ley de Administración Política de 1844, el principio de legalidad penal ha tenido acogida en todas las constituciones paraguayas. En 1870 el requisito de existencia de ley previa a los hechos delictivos que se juzguen se declara por partida doble, en los artículos 20 y 118, que se ven reforzados además por la expresión de la

ello, como reconoce Justo José PRIETO, «se trata de una “seudo” constitución, pues carece de parte dogmática, de la correspondiente enunciación de principios, de declaración de derechos y garantías. No se da la separación de poderes, ni se previene la responsabilidad del funcionario público» (Justo José PRIETO: «El sistema constitucional paraguayo», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, pág. 667).

⁴⁰⁵ Justo José PRIETO: «El constitucionalismo y las constituciones paraguayas», en *La constitución paraguaya concordada*, Asunción: Biblioteca de Estudios Paraguayos, 1990, pág. 151. Cita tomada de Jorge SILVERO SALGUEIRO: «Los orígenes del Poder Judicial paraguayo...», *op. cit.*, pág. 5.

⁴⁰⁶ Enrique A. SOSA ELIZECHE: «Prólogo», en Emilio CAMACHO y Luis LEZCANO CLAUDE (comps.): *Comentario a la Constitución. Homenaje al Quinto Aniversario*, Asunción: Corte Suprema de Justicia, 1997, tomo I, pág. 9.

irretroactividad de la ley (artículo 32)⁴⁰⁷. También se consagran las garantías de ejecución y jurisdiccional, y se le prohíbe al presidente de la República arrogarse facultades judiciales para conculcar el principio de cosa juzgada, acto que sí le está permitido a la Cámara de Diputados, como de manera explícita se manifiesta en el artículo 114:

«Artículo 114. Solo el poder judicial puede conocer y decidir en acto de carácter contencioso: su potestad es exclusiva en ello. En ningún caso el presidente de la república podrá arrogarse atribuciones judiciales, ni revivir proceso fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier otro modo. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable. La Cámara de Diputados solo puede ejercerlo conforme al artículo 50 de esta constitución»⁴⁰⁸.

Ese permiso ya no se contemplará en la Constitución de 1940, aunque la dicción literal del precepto no aclara si la violación de la cosa juzgada también le está vedada al Poder Judicial. El artículo 87 de esta ley fundamental está redactado de forma un tanto ambigua:

«Artículo 87. Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo él puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso; su potestad es exclusiva en ellos, si bien la ley podrá construir a las autoridades administrativas en jueces de primera instancia para lo contencioso administrativo. En ningún caso el Presidente de la República ni los Ministros ni otros funcionarios podrán arrogarse atribuciones judiciales, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable. Ningún Magistrado judicial puede ser molestado por decisiones tomadas en el ejercicio de sus funciones, ni arrestado sino en caso de ser sorprendido en delito infraganti»⁴⁰⁹.

Solo en la Constitución vigente en la actualidad —la de 1992— queda claro que la posibilidad de *revivir procesos fenecidos* le está prohibida a todos los poderes del Estado, conclusión a la que se llega no por el contenido expresado por el precepto que

⁴⁰⁷ «Artículo 20. Ningún habitante de la República puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales [...]».

«Artículo 118. Toda sentencia de los jueces inferiores, y del superior tribunal, deberá estar fundada expresamente en la ley; y no podrán aplicar en los juicios leyes posteriores al hecho que los motiva [...]».

«Artículo 32. Ninguna ley tendrá efecto retroactivo».

⁴⁰⁸ La Cámara de los Diputados tenía potestad para ejercer funciones judiciales en las acusaciones que se hicieran contra el presidente, el vicepresidente, los ministros, los miembros del Superior Tribunal de Justicia y los generales del ejército.

⁴⁰⁹ La redacción es prácticamente idéntica a la que mostrará el artículo 199 de la Constitución de 1967.

se dedica a la independencia del Poder Judicial (artículo 248), que sigue resultando igual de confuso que los de anteriores constituciones⁴¹⁰, sino por la mención expresa que se realiza en el artículo 17.4 a la prohibición del doble castigo⁴¹¹:

«Artículo 17.4. [En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a] que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal».

La retroactividad favorable de la ley penal se declaró por primera vez en el constitucionalismo paraguayo en 1967, y en la actualidad se encuentra amparada por el artículo 14 de la Constitución de 1992: «Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado».

La legislación penal paraguaya consagra el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el artículo 1 del Código Penal (Ley n.º 1160/97): «Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción»⁴¹².

⁴¹⁰ El artículo 248 dispone lo siguiente: «Artículo 248. Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable [...]».

⁴¹¹ Al respecto del artículo 17 de la Constitución, la exposición de motivos del Código Procesal Penal vigente en Paraguay aclara: «El artículo 17 establece los derechos básicos de las personas sometidas a proceso penal, o a cualquier otro del cual pueda derivar una sanción; y en el inciso 3) dispone: «que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales». De este postulado resultan los siguientes principios: a) del juicio previo, que se desprende: de la legalidad del proceso, por el cual toda persona tiene derecho a que se le juzgue conforme a una ley que disponga con anterioridad el procedimiento a seguir; de la legalidad del delito y de la pena, por el cual la ley penal debe ser anterior a toda sanción (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); y de la necesidad del proceso previo (*nulla poena sine iudicio*); y, b) del juez natural, por el cual la sentencia del juez competente, designado con anterioridad conforme a la Constitución y las leyes, es la única fuente legítima para limitar definitivamente la libertad» (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: *Código Procesal Penal de la República del Paraguay. Ley 1286/98*, Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2001, págs. XLIII-XLIV).

⁴¹² Además, en la exposición de motivos se analiza con bastante detenimiento el alcance del principio en la actual configuración de las leyes paraguayas a partir de su reconocimiento constitucional. Entre otras cosas se afirma que el principio debe incorporarse enteramente en la legislación penal y que su fundamento se encuentra en la dignidad humana (véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: *Código Penal de la República del Paraguay. Ley n.º 1160/97. Concordado, con índice alfabético-temático*, Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2001, págs. LIII-LVII).

Pero es en el Código Procesal Penal (Ley n.º 1286/98) donde se van a localizar —como es lógico— más amplias declaraciones de garantías: juicio previo (artículo 1), juez natural (artículo 2), único proceso (artículo 8), prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva (artículo 10) y principio de irretroactividad (artículo 11)⁴¹³.

Por último, conviene que se tenga presente también el respeto explícito que se declara en la Constitución actual a la jurisdicción indígena, particularmente por las implicaciones que pudiera tener para el principio de prohibición de doble castigo en el ámbito penal:

«Artículo 63. Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena».

Con arreglo a lo dispuesto en la Constitución y, sobre todo, en el Código Procesal Penal, hemos de afirmar que la solución a la que ha llegado el Paraguay ha sido bastante peculiar y problemática. Por un lado, se acepta la existencia de una jurisdicción indígena para aquellos casos en que la víctima y el imputado aceptan la solución que haya ofrecido el derecho consuetudinario aplicado por la comunidad, caso en el que el Estado se abstendrá de intervenir en el conflicto⁴¹⁴. Pero, por otro lado, en el mismo

⁴¹³ «Artículo 1. Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, realizado conforme a los derechos y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y a las normas de este código».

«Artículo 2. La potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los jueces y tribunales ordinarios, instituidos con anterioridad por la ley. Nadie podrá ser procesado ni juzgado por jueces o tribunales especiales».

«Artículo 8. Nadie podrá ser procesado ni condenado sino una sola vez por el mismo hecho. No se podrán reabrir los procedimientos fenecidos, salvo la revisión de las sentencias en favor del condenado, según las reglas previstas por este código».

«Artículo 10. Las normas procesales que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de las facultades conferidas a las partes o establezcan sanciones procesales se interpretarán restrictivamente. La analogía y la interpretación extensiva estarán prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades».

«Artículo 11. Las normas procesales no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando sean más favorables para el imputado o condenado».

⁴¹⁴ El artículo 26 del Código Procesal Penal declara que se admite un caso especial de extinción de la acción penal que se aplica a los delitos en los que están afectados bienes jurídicos de las comunidades indígenas. Del tenor literal del artículo 26 se infiere que sí existe un reconocimiento de la jurisdicción

Código Procesal Penal se expresa que los hechos punibles relacionados con pueblos indígenas están sujetos a un procedimiento especial que, en esencia, consiste en la realización de juicios conforme a las reglas del procedimiento ordinario, aunque con la participación de un perito encargado de prestar asesoría técnica en todos los aspectos relacionados con la aplicación del derecho consuetudinario.

De esa doble posibilidad que se expresa en el ordenamiento jurídico paraguayo con respecto a la jurisdicción especial indígena cabe inferir, por lo tanto, que el alcance del derecho consuetudinario es muy limitado: en el primer caso (aplicación del artículo 26), las resoluciones de la justicia indígena se encuentran siempre sujetas a impugnación por parte de cualquiera de los implicados en el proceso, lo cual conlleva que el principio *non bis in idem* se puede ver seriamente comprometido; en el segundo caso (aplicación del procedimiento especial), en realidad son los tribunales ordinarios los que toman las decisiones en asuntos que afectan a la jurisdicción indígena.

6.16 Perú

El Perú se proclamó país independiente en 1821 y promulgó su primera Constitución en 1823. Sin embargo, suele considerarse que la auténtica ley fundamental fundadora del Perú es la Carta Magna de 1828, ya que tanto el texto de 1823 —muy inspirado en el de Cádiz— como el de 1826 —una Constitución impuesta por Bolívar— no reflejaban la identidad peruana con toda su plenitud⁴¹⁵.

Durante los primeros años de independencia, los dos problemas más importantes que se plantearon sobre el modelo de Estado afectaban a la elección entre un sistema monárquico o un sistema republicano, y a la construcción de un Estado centralista o un

especial indígena, aunque solo tiene validez cuando sus decisiones son aceptadas por todas las partes implicadas y cuando estas pertenezcan a la misma comunidad. No podemos compartir, en consecuencia, la apreciación que realizan algunos autores cuando afirman que en Paraguay no se permite que los líderes indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales, ya que el derecho consuetudinario, aunque subordinado a lo dispuesto en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, y con un margen de actuación ciertamente muy limitado, sí dispone de validez reconocida legalmente. En sentido contrario, véase Thais Luzia COLAÇO: «El reconocimiento constitucional del derecho y la jurisdicción indígena...», *op. cit.*, pág. 251.

⁴¹⁵ Véase Valentín PANIAGUA CORAZAO: «La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano», *Historia Constitucional*, n.º 4, 2003, pág. 103 [<http://www.historiaconstitucional.com>].

Estado federal. Las tesis republicanas y unitarias fueron las que finalmente triunfaron⁴¹⁶.

En el Perú han tenido vigencia doce constituciones, aunque —como se observa en otros países hispanoamericanos— las diferencias entre unas y otras en algunos casos son mínimas. Las características generales que presenta el constitucionalismo peruano, en síntesis realizada por Domingo GARCÍA BELAUNDE, son las siguientes: i) continuismo en los cargos; ii) presidencialismo, aunque con ciertos controles; iii) alejamiento de la realidad; iv) imitación de instituciones a lo largo del tiempo; v) consagración de derechos individuales desde el primer momento; vi) debilidad del Congreso; vii) vinculación del Poder Judicial al Ejecutivo; viii) caudillismo; y ix) ausencia de partidos políticos durante el siglo XIX⁴¹⁷.

Las garantías relacionadas con el principio de legalidad penal han ido acogiéndose poco a poco en las constituciones peruanas: de la falta de declaración expresa del principio en las dos primeras leyes fundamentales, hemos pasado a un reconocimiento muy amplio de derechos y garantías penales en las dos últimas constituciones del país⁴¹⁸.

En la Constitución de 1828 se declara la prohibición de leyes retroactivas (artículo 151) y se expone el procedimiento para evitar las detenciones ilegales (artículo 127)⁴¹⁹. También se incluye un precepto que hemos visto en otros textos hispanoamericanos para proclamar el imperio de la ley: «Ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe» (artículo 150).

⁴¹⁶ Véase Domingo GARCÍA BELAUNDE: «El sistema constitucional peruano», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, pág. 696.

⁴¹⁷ Ídem, págs. 698-699.

⁴¹⁸ En la Constitución de 1823, únicamente los artículos 95 y 96 contienen prerrogativas relacionadas con el principio de legalidad penal en lo que se refiere a la actividad judicial: «Reside exclusivamente el ejercicio de este Poder en los Tribunales de Justicia y Juzgados subalternos en el orden que designen las leyes» (artículo 95); «No se conocen otros Jueces que los establecidos por la Constitución, ni otra forma de juicios que la ordinaria que determinaren las leyes» (artículo 96).

⁴¹⁹ «Artículo 151. Ninguna ley puede tener efecto retroactivo».

«Artículo 127. Ninguno puede ser preso sin precedente información del hecho por el que merezca pena corporal, y sin mandamiento por escrito, del Juez competente, pero infraganti puede un criminal ser arrestado por cualquier persona, y conducido ante el Juez. Puede ser también arrestado sin previa información en los casos del artículo 91 (restricción 5º). La declaración del preso por ningún caso puede diferirse más de cuarenta y ocho horas».

Con todo, la declaración indiscutible del principio no aparecerá hasta 1920: el artículo 26 de la Constitución para la República del Perú de ese año dispone que «no tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia, y nadie puede ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable y por los Jueces que las leyes establezcan». En la siguiente Constitución —la de 1933—, en el precepto que desarrolla esa idea se incluye además una referencia al subprincipio de taxatividad (*lex stricta*), ya que se afirma que los delitos deben estar calificados «de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles» en la legislación penal⁴²⁰.

La aplicación retroactiva favorable de la ley solo ha pertenecido al catálogo de derechos fundamentales en los dos últimos textos constitucionales del país. Se incluyó en el artículo 233.7 de la Constitución de 1979 y se mantiene en el artículo 139.11 de la vigente hoy en día. En esta última Constitución —promulgada en 1993—, la declaración de garantías asociadas al principio de legalidad penal es muy amplia. Destaca el hecho de que se hace referencia a la prohibición de la analogía, cuestión que rara vez se cita en las leyes fundamentales hispanoamericanas. Los aspectos más directamente vinculados con el principio de legalidad se desarrollan en el apartado 24 del artículo segundo (incluido en el capítulo sobre los derechos fundamentales de la persona), en el artículo 103 (en el capítulo sobre la función legislativa) y en el artículo 139 (en el capítulo del Poder Judicial)⁴²¹.

⁴²⁰ «Artículo 57. Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia».

⁴²¹ «Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...]

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. [...]

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. [...]

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito».

«Artículo 103. Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad».

«Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de

La prohibición de doble castigo se contempla en el constitucionalismo peruano desde 1834 bajo la pauta de impedir que se puedan abrir las causas que ya han sido juzgadas: «Ningún poder ni autoridad puede avocarse causas pendientes en otro juzgado, sustanciarlas, ni hacer revivir procesos concluidos» (artículo 127). El imperio de la cosa juzgada se declara con rotundidad en la Constitución de 1979 por partida doble (artículos 2.20.II y 233.11), de forma similar a como seguirá tomándose en consideración en la Carta Magna que rige en la actualidad⁴²².

El Código Penal del Perú consagra el principio de legalidad penal en su artículo 2, un precepto al que hay que añadir lo que se dispone sobre la prohibición de la analogía (artículo 3) y sobre la garantía jurisdiccional (artículo 5)⁴²³.

cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. [...]

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. [...]

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

10. El principio de no ser penado sin proceso judicial.

11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales. [...]

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada. [...]

19. La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad».

⁴²² Una parte de la doctrina considera que en la Constitución peruana no se define el principio *non bis in idem*, pero que se puede considerar implícitamente reconocido en el artículo 139.13 (véanse Víctor LIZÁRRAGA GUERRA: «Fundamento del *ne bis in idem* en la potestad sancionadora...», *op. cit.*, pág. B4; y Eduardo ALCOCER POVIS: «La prohibición de incurrir en *bis in idem*. Aproximación conceptual», *Publicación del Instituto de Ciencia Procesal Penal*, Perú, 2008, págs. 1-2), mientras que otros autores afirman que todas las constituciones del siglo XX consagran los principios de cosa juzgada y *non bis in idem* (véase Carolina LOAYZA y Nicolás DE PIÉROLA: «El principio *non bis in idem* y su tratamiento en el sistema interamericano...», *op. cit.*, pág. 823).

⁴²³ «Artículo 2. Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella».

«Artículo 3. No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde».

Del Código Procesal Penal conviene que se destaque el precepto dedicado al *non bis in idem* por el reconocimiento explícito que se hace en él de la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa:

«Artículo III. Interdicción de la persecución penal múltiple. Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código».

Conviene recordar que Perú fue el primer país contra el que actuó la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación del principio *non bis in idem*. En la sentencia dictada el 17 de septiembre de 1997, en el caso *Loayza Tamayo*, la Corte consideró que la profesora universitaria María Elena Loayza, que había sido juzgada por un tribunal militar especial por delito de traición a la patria, había sido sometida a un doble enjuiciamiento, ya que, a raíz de su absolución por el tribunal militar, se inició otro proceso en el fuero común por los mismos hechos. Con arreglo a lo estipulado en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prohíbe que se someta a un nuevo juicio al inculpado que ha sido absuelto por una sentencia firme, la Corte ordenó al Estado peruano que pusiera en libertad a la señora Loayza Tamayo en un plazo razonable⁴²⁴.

Finalmente, hay que tomar en cuenta el reconocimiento constitucional que se hace en el Perú a la existencia de la jurisdicción especial indígena. En concreto, el artículo 149 concede carta de naturaleza al derecho consuetudinario con la única limitación preliminar del respeto de los derechos humanos. El artículo 149 de la Constitución peruana también dispone que se establecerá una ley para coordinar el sistema de jurisdicción especial con el sistema ordinario de justicia, pero en el año 2016 dicha ley aún no ha sido aprobada. Existe desde 2011, eso sí, un proyecto de desarrollo del

«Artículo 5. Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley».

⁴²⁴ Los detalles del caso se pueden consultar en Domingo E. AZEVEDO: «La decisión de la Corte Interamericana de derechos humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (*non bis in idem*) en el caso *Loayza Tamayo*», en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José (Costa Rica): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, págs. 279-300.

artículo 149 de la Constitución en el que se otorga el carácter de cosa juzgada a las decisiones que tome la jurisdicción indígena, siempre y cuando tales decisiones sean respetuosas con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución⁴²⁵. El Estado peruano se reserva, no obstante, la competencia plena para perseguir los siguientes delitos: narcotráfico, terrorismo, genocidio, delitos contra el Estado y la defensa nacional, contra el orden constitucional y el derecho internacional humanitario, y delitos de lesa humanidad (artículo 10 del proyecto de ley).

6.17 Puerto Rico

La historia constitucional de Puerto Rico se encuentra influida por un hecho excepcional entre los países hispanoamericanos: su invasión por parte de los Estados Unidos a raíz de la guerra mantenida por este último país y España en 1898. La cesión que se ve obligada a realizar España de la isla a los Estados Unidos como consecuencia de la firma del Tratado de París deja a Puerto Rico en una especie de indeterminación o anomalía territorial: por un lado, es un Estado autónomo, mientras que, por otro lado, está incorporado a los Estados Unidos, aunque sin llegar a constituirse en un estado más de aquel país⁴²⁶. A principios del siglo XX —como afirma Carlos RAMOS GONZÁLEZ— «Puerto Rico “pertenece” a los Estados Unidos desde una perspectiva internacional pero “no forma parte” de los Estados Unidos desde la óptica doméstica»⁴²⁷. Dicho de otra forma: la Constitución estadounidense no tendría vigencia en la isla, excepto en aquellos casos en que el Tribunal Supremo norteamericano considerara oportuno aplicarla.

El gobierno civil de la isla estuvo regulado de 1900 a 1917 por la denominada Ley Foraker y, desde 1917 hasta 1952, por la Ley Jones-Shafroth⁴²⁸. Ese último año, previa autorización del Congreso de los Estados Unidos, Puerto Rico promulgó su Constitución como Estado Libre Asociado, que es la vigente en la actualidad.

⁴²⁵ Proyecto de Ley 313/2011-PJ.

⁴²⁶ Esta anomalía ha sido la que ha ocasionado que el sistema jurídico de Puerto Rico sea considerado mixto entre el sistema de derecho anglosajón (*Common Law*) y el sistema de derecho continental (*Civil Law*).

⁴²⁷ Carlos RAMOS GONZÁLEZ: «La Constitución de Puerto Rico y el derecho constitucional puertorriqueño», *Criterio Jurídico*, n.º 2, 2008, pág. 109.

⁴²⁸ Esta última ley es la que reconoció la ciudadanía estadounidense a los puertorriqueños.

Tanto el principio de legalidad penal como el de *non bis in idem* estaban ya contemplados en la Ley Jones-Shafroth de 1917, cuyo artículo 2 incluye las siguientes garantías:

«Artículo 2. [...] Ninguna persona será considerada responsable de un delito sin el debido procedimiento de ley; y ninguna persona será puesta dos veces en riesgo de ser castigada por el mismo delito, ni será obligada en ninguna causa criminal a ser testigo contra sí misma [...]. No se aprobará ninguna ley *ex post facto* ni ningún proyecto de ley para condenar sin formación de juicio [...]. No se expedirá mandamiento de arresto o registro sino por motivo fundado, apoyado con juramento o afirmación, y describiendo particularmente el lugar que ha de registrarse y las personas que han de ser detenidas o las cosas que deben ser embargadas».

En la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (1952), el principio de legalidad se recoge en una afirmación contenida sobre la irretroactividad de la ley en la Sección duodécima del artículo segundo: «No se aprobarán leyes *ex postfacto* ni proyectos para condenar sin celebración de juicio». El principio de prohibición del doble castigo se declara en la Sección undécima del mismo artículo: «Nadie será puesto en riesgo de ser castigado dos veces por el mismo delito»⁴²⁹. Además, se prescribe la garantía jurisdiccional en la Sección primera del artículo quinto: «El Poder Judicial de Puerto Rico se ejercerá por un Tribunal Supremo, y por aquellos otros tribunales que se establezcan por ley».

Si comparamos esas declaraciones de garantías con lo que venimos observando en los textos constitucionales de otros países hispanoamericanos, no queda más remedio que admitir que la Constitución puertorriqueña es muy pobre en ese sentido. Para

⁴²⁹ El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha declarado al respecto lo siguiente en una reciente sentencia de 20 de marzo de 2015: «La protección constitucional contra la doble exposición se fundamenta en varias consideraciones de política pública. Intenta evitar que el Gobierno tenga una segunda oportunidad para encausar a un individuo con el beneficio del conocimiento estratégico y sustantivo que pudo adquirir sobre la defensa del acusado en el primer procedimiento. También evita que el individuo sea sometido a procesos múltiples, protegiéndolo de ser hostigado por el Estado y vivir ansioso ante la incertidumbre de que pueda ser encontrado culpable en cualquier ocasión, aun siendo inocente o absuelto de responsabilidad. Permitir que el Estado utilice todos sus recursos y poderes contra una persona supuestamente autor de un delito en repetidas ocasiones y sin restricción alguna constituiría un abuso de poder. En fin, esta disposición protege al individuo al limitar el ejercicio del enorme poder punitivo del Estado. La garantía constitucional contra la doble exposición brinda cuatro tipos de protecciones: a no ser expuesto a otro procedimiento criminal tras ser absuelto por la misma ofensa; a no ser expuesto tras ser convicto por la misma ofensa; a no ser expuesto tras iniciarse un juicio por la misma ofensa; y a no ser castigado múltiples veces por la misma ofensa. Es decir, protege a las personas contra castigos y procedimientos múltiples por la misma conducta delictiva» (Opinión concurrente emitida por la jueza presidenta señora FÍOL MATTA en el asunto CC-2013-68 cons. con CC-2013-72).

encontrar un desarrollo más concreto de algún aspecto relacionado con la legalidad penal es necesario recurrir a la legislación positiva de aplicación en la isla, aunque tampoco se puede afirmar que los datos recabados sean del todo satisfactorios. Así, solo en el Código Penal vamos a encontrar una declaración explícita de algunas garantías, como la necesidad de ley previa a la imposición de penas y la prohibición de la analogía (artículo 2)⁴³⁰, y la retroactividad favorable de la ley penal (artículo 4)⁴³¹.

6.18 República Dominicana

La República Dominicana ha vivido dos procesos de independencia a lo largo de su historia. En 1821 se desvinculó del poder español (para caer bajo el dominio haitiano solo dos meses después) y en 1844 se independizó definitivamente de Haití para proclamarse república soberana⁴³².

En la República Dominicana han tenido vigencia, por tanto, leyes fundamentales españolas, haitianas y propias, aunque realmente es la Constitución de 1844 la que da inicio a la verdadera historia constitucional del país.

Pese a contar con un elevado número de constituciones, muchas de ellas solo han sido meros instrumentos formales, sin que hayan contado con una verdadera aplicación práctica. Como afirman Juan B. SÁNCHEZ ESPINAL y Adolfo POLANCO ALMÁNzar:

«En la República Dominicana durante gran parte de su historia la Constitución ha servido muy poco como garante de los derechos fundamentales de las personas, en razón de que en muchos

⁴³⁰ «Artículo 2. No se instará acción penal contra persona alguna por un hecho que no esté expresamente definido como delito en este Código o mediante ley especial, ni se impondrá pena o medida de seguridad que la ley no establezca con anterioridad a los hechos. No se podrán crear ni imponer por analogía delitos, penas ni medidas de seguridad».

⁴³¹ «Artículo 4. La ley penal aplicable es la vigente al momento de la comisión de los hechos. La ley penal tiene efecto retroactivo en lo que favorezca a la persona imputada de delito. En consecuencia, se aplican las siguientes normas: (a) Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito es distinta de la que exista al procesar al imputado o al imponerle la sentencia, se aplicará siempre la ley más benigna. (b) Si durante el término en que la persona está cumpliendo la sentencia entra en vigor una ley más benigna en cuanto a la pena o al modo de ejecutarla, se aplicará retroactivamente. (c) Si durante el término en que la persona está cumpliendo la sentencia entra en vigor una ley que suprime el delito, o el Tribunal Supremo emite una decisión que despenalice el hecho, la pena quedará extinguida y la persona liberada, de estar recluida o en restricción de libertad. En estos casos los efectos de la nueva ley o de la decisión judicial operarán de pleno derecho».

⁴³² Véase Wenceslao VEGA BOYRIE: «Antecedentes constitucionales dominicanos (1801-1843)», *Clío*, n.º 178, 2009, págs. 105-107.

casos, aunque las Constituciones garantizaban en el plano teórico los derechos de las personas, en la práctica los gobiernos de turno la violaban de manera sistemática»⁴³³.

Luis Adriano TAVERAS MARTE identifica hasta cuatro periodos constitucionales en el Estado para inscribir las casi treinta Cartas Magnas que han estado vigentes⁴³⁴:

- (i) Primer periodo constitucional (1844-1861), de la independencia de Haití a la nueva anexión a España: Constituciones de 1844, 1854 y 1858.
- (ii) Segundo periodo constitucional (1861-1916), de la anexión a España y restauración de la República a la intervención norteamericana: Constituciones de 1865, 1866, 1872, 1874, 1875, 1877, 1878, 1879, 1880, 1881, 1887, 1896, 1907 y 1908, que más que constituciones distintas son, en la mayoría de las ocasiones, revisiones del mismo texto.
- (iii) Tercer periodo constitucional (1924-1965), del fin de la intervención norteamericana al estallido de la guerra civil: Constituciones de 1924, 1934, 1942, 1947, 1955, 1960, 1961 y 1963.
- (iv) Cuarto periodo constitucional (1966 hasta nuestros días): Constituciones de 1966, 1994, 2002 y 2010.

El principio de legalidad penal ha manifestado un grado elevado de fijeza en el ordenamiento jurídico dominicano —al menos en el plano teórico— desde 1844. Ya en la Constitución de ese año se toma en cuenta el principio *nullum crimen sine lege* con una referencia a la necesidad de existencia de ley anterior en el tiempo a los hechos delictivos que se cometan: «Nadie puede ser preso ni sentenciado, sino por el juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que ellas prescriban» (artículo 19). El contenido de ese artículo se ve reforzado además con la declaración explícita de que las leyes no pueden tener efecto retroactivo (artículo 34). A esas dos garantías hay que añadir diversas cuestiones de trascendental importancia que

⁴³³ Juan B. SÁNCHEZ ESPINAL y Adolfo POLANCO ALMÁNZAR: «En torno al constitucionalismo dominicano», *El Nuevo Diario*, 26 de junio de 2012 [<http://elnuevodiario.com.do/app/article.aspx?id=291983>].

⁴³⁴ Luis Adriano TAVERAS MARTE: «La evolución del constitucionalismo en la República Dominicana», *Letrado 21*, 6 de noviembre de 2014 [<https://letrado21.wordpress.com/2014/11/06/la-evolucion-del-constitucionalismo-en-la-republica-dominicana/>].

se exponen en el capítulo consagrado al Poder Judicial y que permiten completar las garantías asociadas al principio de legalidad, en especial la garantía de jurisdicción⁴³⁵.

Desde 1844 hasta la actualidad, los cambios que se producen en el tratamiento constitucional de las garantías penales son mínimos. En los aspectos que a nosotros nos interesan por las características de este trabajo, debemos resaltar la inclusión de la conformidad de aplicación retroactiva de la ley penal cuando favorezca al reo, que se produce en la Constitución de 1875 y que seguirá siendo contemplada hasta la actualidad⁴³⁶, salvo en el paréntesis de las cuatro constituciones promulgadas entre 1877 y 1880, en las que esa garantía se perdió.

En lo que se refiere al *non bis in idem*, su constitucionalización como derecho fundamental no se produce en la República Dominicana hasta 1908. En el apartado que la Constitución de ese año le dedica a la seguridad individual de los ciudadanos, junto a la prohibición de detenciones y juicios arbitrarios, se declara que «nadie podrá ser juzgado dos veces por una misma causa» (apartado 15 del artículo 6.10), una redacción que se mantendrá de forma textual en todas las normas fundamentales dominicanas desde entonces.

En la Constitución del año 2010 —la vigente hoy en día— la legalidad penal se desarrolla de forma fragmentaria en el texto. Los preceptos que permiten aprehender en toda su extensión las garantías asociadas al *nullum crimen, nulla poena sine lege* son los que se dedican al derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 40), a la tutela judicial efectiva y al debido proceso (artículo 69), a la irretroactividad de la ley (artículo 110) y a las garantías de ejecución y jurisdiccional (artículo 149)⁴³⁷. Asimismo,

⁴³⁵ «Artículo 121. Ningún dominicano podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales, por comisión alguna, sino por el Tribunal competente determinado con anterioridad por la ley, sin que en caso alguno puedan abreviarse ni alterarse las formas de los juicios».

«Artículo 122. Los Tribunales y Juzgados no pueden ejercer otras funciones, que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado».

«Artículo 124. Todos los Tribunales y Juzgados están obligados a hacer mención en sus sentencias de la ley aplicada, y de los motivos en que las fundan».

⁴³⁶ El artículo 15.1 de la Constitución de 1875 dispone: «La ley no tendrá efecto retroactivo, sino en el caso en que sea favorable al que esté *subiudice* o al que esté cumpliendo condena».

⁴³⁷ «Artículo 40. Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto:

1) Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito;

conviene tener en cuenta que el principio de legalidad y la irretroactividad, como se declara en el artículo 263, no pueden suspenderse ni siquiera en caso de declaración del Estado de Defensa⁴³⁸.

El Código Penal dominicano (Ley n.º 550-14) incluye el principio de legalidad entre los principios fundamentales que aplica y reconoce ese instrumento legal. Junto con el principio de legalidad en sentido estricto (artículo 3.1)⁴³⁹, aunque como entidades separadas, en el Código se reconocen el principio de interpretación estricta (artículo

2) Toda autoridad que ejecute medidas privativas de libertad está obligada a identificarse; [...]
6) Toda persona privada de su libertad, sin causa o sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta de inmediato en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona; [...]
10) No se establecerá el apremio corporal por deuda que no provenga de infracción a las leyes penales; [...]
13) Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa; [...]
15) A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe».
«Artículo 69. Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: [...] 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa; [...] 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio».
«Artículo 110. Irretroactividad de la ley. La ley sólo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté *subiudice* o cumpliendo condena. En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior».
«Artículo 149. Poder Judicial. La justicia se administra gratuitamente, en nombre de la República, por el Poder Judicial. Este poder se ejerce por la Suprema Corte de Justicia y los demás tribunales creados por esta Constitución y por las leyes.
Párrafo I. La función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Su ejercicio corresponde a los tribunales y juzgados determinados por la ley. El Poder Judicial goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria.
Párrafo II. Los tribunales no ejercerán más funciones que las que les atribuyan la Constitución y las leyes».

⁴³⁸ «Artículo 263. Estado de Defensa. En caso de que la soberanía nacional o la integridad territorial se vean en peligro grave e inminente por agresiones armadas externas, el Poder Ejecutivo, sin perjuicio de las facultades inherentes a su cargo, podrá solicitar al Congreso Nacional la declaratoria del Estado de Defensa. En este estado no podrán suspenderse: [...] 10) El principio de legalidad y de irretroactividad, según se establece en el artículo 40, numerales 13) y 15) [...]».

⁴³⁹ «Artículo 3.1. Principio de legalidad. A nadie se le podrá imponer ninguna sanción ni medida de seguimiento socio-judicial si su conducta, sea por acción u omisión, no se encuentra prohibida u ordenada de manera precisa e inequívoca por la ley. En ningún caso podrá la ley remitir a una norma jurídica de menor jerarquía para completar el supuesto de hecho de una infracción ni para fijar las sanciones, medidas de seguimiento socio-judicial o de seguridad que son aplicables a ella».

3.2)⁴⁴⁰ y el principio de irretroactividad de la ley penal (artículo 3.3)⁴⁴¹, además de otros principios que no tienen relación —directa al menos— con lo que venimos desarrollando en este estudio.

En el Código Procesal Penal (Ley n.º 76-02) también se proclama el principio de legalidad, en su vertiente procesal, y se dictan garantías judiciales relacionadas y la prohibición del doble castigo⁴⁴².

6.19 Uruguay

La historia constitucional del Uruguay, como república independiente, tiene su origen en la Constitución promulgada el 28 de junio de 1830, dos años después de la firma del tratado con el que finalizaba la guerra que habían mantenido las Provincias Unidas contra el Imperio brasileño⁴⁴³. Esta Constitución —fundada «en el principio de la independencia y separación de los poderes de gobierno»⁴⁴⁴— está considerada por la mayor parte de la doctrina como un documento excelente, aunque con los defectos propios que se desprenden de la realidad política del momento.

La Constitución de 1830, con distintas reformas que la adecuaron a las situaciones de momentos concretos, fue sustituida por la Carta Magna de 1918, tras un largo

⁴⁴⁰ «Artículo 3.2. Principio de interpretación estricta. La ley penal es de interpretación estricta. Se prohíbe el uso de la analogía y la interpretación extensiva de la norma penal, salvo que favorezcan a la persona imputada (sub júdice) o a la que cumple condena».

⁴⁴¹ «Principio de irretroactividad de la ley penal. La ley penal no se aplica a los hechos ocurridos antes de su entrada en vigor, salvo que favorezca a la persona imputada (sub júdice) o que está cumpliendo condena».

⁴⁴² Los preceptos que más interés tienen para lo considerado en este trabajo son los siguientes:
«Artículo 3. Juicio Previo. Nadie puede ser sancionado a una pena o medida de seguridad sin un juicio previo. El juicio se ajusta a los principios de oralidad, publicidad, contradicción, inmediatez, celeridad y concentración».

«Artículo 4. Juez Natural. Nadie puede ser juzgado, condenado o sometido a una medida de seguridad, por comisiones o tribunales especiales ni sometido a otros tribunales que los constituidos conforme a este código con anterioridad a los hechos de la causa».

«Artículo 7. Legalidad del Proceso. Nadie puede ser sometido a proceso penal sin la existencia de ley previa al hecho imputado. Este principio rige además en todo lo concerniente a la ejecución de la pena o medida de seguridad ordenada por los tribunales».

«Artículo 9. Única Persecución. Nadie puede ser perseguido, juzgado ni condenado dos veces por un mismo hecho».

⁴⁴³ Véase Héctor GROS ESPIELL y Eduardo ESTEVA GALLICCHIO: *Constituciones iberoamericanas. Uruguay*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pág. 26.

⁴⁴⁴ Ídem, pág. 33.

proceso que se había iniciado en 1912. Con esta ley fundamental, «se consagró en el Uruguay la existencia de un régimen verdaderamente democrático»⁴⁴⁵.

A la Constitución de 1918 le han seguido las leyes fundamentales promulgadas en 1934, 1942, 1952 y 1966. Esta última es la Constitución vigente en la actualidad en el Estado, previas reformas de 1997 y 2004.

Lo más destacado con respecto al principio de legalidad penal en el constitucionalismo histórico uruguayo es la ausencia de su reconocimiento explícito. En ninguna de las constituciones —incluida la actual— vamos a encontrar declarada la necesidad de que la ley penal debe haber sido sancionada con anterioridad a la comisión de los hechos delictivos. Esto no quiere decir, como es lógico, que el Uruguay conculque el principio de legalidad, sino simplemente que ese principio no se encuentra expresamente constitucionalizado. En la Constitución de 1830 los preceptos más cercanos al principio de legalidad son los que tratan de las garantías de los procesos penales, además de alguno consagrado en el título sobre el Poder Judicial y en el título de disposiciones generales⁴⁴⁶. No obstante, las formalidades del proceso criminal, como se expone en el artículo 108, se dejan para el desarrollo legislativo ordinario, algo que sucederá también en constituciones posteriores⁴⁴⁷.

Esta ausencia de reconocimiento expreso del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* ha llevado a la doctrina a tener que inferirlo de lo dispuesto en preceptos constitucionales que hacen alusión a otros derechos, deberes y garantías de los ciudadanos, y que, en cierta medida, suponen una limitación al *ius puniendi* del Estado⁴⁴⁸. En concreto, en la Constitución actual se considera que la legalidad penal se

⁴⁴⁵ Ídem, pág. 74.

⁴⁴⁶ «Artículo 91. El Poder Judicial se ejercerá por una Alta Corte de Justicia, Tribunal o Tribunales de Apelaciones, y Juzgados de primera instancia, en la forma que estableciere la ley».

«Artículo 113. Ningún ciudadano puede ser preso sino infraganti delito, o habiendo semiplena prueba de él, y por orden escrita de juez competente».

«Artículo 134. Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados. Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

«Artículo 136. Ninguno puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal».

⁴⁴⁷ «Artículo 108. Las leyes fijarán el orden y las formalidades del proceso en lo civil y criminal».

⁴⁴⁸ Pablo GALAIN PALERMO: «Uruguay», en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Berlín-Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pág. 424.

desprende de manera implícita de lo que reconocen los artículos 7 y 10, y se complementa con lo dispuesto en los artículos 12, 15 y siguientes de la Constitución⁴⁴⁹.

Igual que ocurre con el principio de legalidad sucede con el *non bis in idem*: en ninguna Constitución uruguaya se incluye de manera expresa. Pese a todo, la doctrina considera que se puede establecer a partir de lo declarado por el artículo 72 de la Constitución actual, un precepto que se incluyó por primera vez en la Constitución de 1918 (artículo 173)⁴⁵⁰: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».

Lo cierto es que, para encontrar un desarrollo del principio de legalidad penal y de la prohibición de doble castigo, es necesario acudir a la legislación ordinaria. En concreto, hay que atender a lo expresado por el artículo 15 del Código Penal (Ley 9155):

«Artículo 15. (De la ley penal en orden al tiempo) Cuando las leyes penales configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia. Cuando se suprimen, en cambio, delitos existentes o se disminuye la pena de los mismos, se aplican a los hechos anteriores a su vigencia, determinando la cesación del procedimiento o de la condena en el primer caso, y sólo la modificación de la pena, en el segundo, en cuanto no se hallare ésta fijada por sentencia ejecutoriada».

La vigencia del principio *non bis in idem* se proclama en el artículo 3 del Código Procesal Penal (Ley n.º 15032):

«Artículo 3.º (Prohibición del doble enjuiciamiento) Ninguna persona puede ser procesada dos veces por un mismo hecho constitutivo de infracción penal, excepto cuando la conclusión del primer proceso no extinga la acción penal»⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ «Artículo 7. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general».

«Artículo 10. Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

⁴⁵⁰ Véase Rubén FLORES DAPKEVICIUS: «El poder disciplinario en Uruguay», *Revista de Direito Processual Geral*, n.º 63, 2008, pág. 271.

⁴⁵¹ El artículo 7 de este Código repite textualmente lo dicho por el Código Penal sobre el principio de legalidad.

6.20 Venezuela

Desde que Venezuela se declaró independiente de España en 1810, el país ha contado con veintiséis constituciones, un número muy elevado que traduce las indeterminaciones políticas que —como en la mayor parte de los países del continente— han sacudido al Estado en los dos siglos de su existencia. No obstante, que se hayan promulgado veintiséis constituciones no significa que cada una de ellas haya sido diferente de las anteriores. Al contrario, como expone Allan R. BREWER-CARÍAS, «la mayoría de los textos solo fueron meras enmiendas o reformas parciales de los precedentes»⁴⁵². Es más, si se atiende a los grandes momentos históricos de Venezuela, la lista se podría reducir a cinco leyes fundamentales⁴⁵³:

- (i) Constitución Federal para los Estados de Venezuela, de 21 de diciembre de 1811⁴⁵⁴.
- (ii) Constitución de los Estados Unidos de Venezuela, de 28 de marzo de 1864.
- (iii) Constitución de 26 de marzo de 1901.
- (iv) Constitución de 5 de julio de 1947.
- (v) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 15 de diciembre de 1999.

La legalidad penal ya estaba presente como precepto constitucional, bajo la fórmula de la prohibición de leyes retroactivas, en el primer texto promulgado por Venezuela en 1811: «Ninguna ley criminal, ni civil podrá tener efecto retroactivo y cualquiera que se haga para juzgar o castigar acciones cometidas antes que ella exista será tenida por injusta, opresiva e inconforme con los principios fundamentales de un Gobierno libre» (artículo 170).

⁴⁵² Allan R. BREWER-CARÍAS: *Constituciones iberoamericanas. Venezuela*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pág. 2.

⁴⁵³ Ídem, pág. 3.

⁴⁵⁴ Se trata de la tercera Constitución republicana del mundo moderno, tras las de los Estados Unidos y Francia, y la primera Constitución nacional promulgada en Hispanoamérica (véase Carlos RESTREPO PIEDRAHITA: *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 21).

Junto a ese reconocimiento de la irretroactividad de la ley, también se declara el respeto que ha de tenerse por las formalidades en la acusación penal y en la detención, así como la condena de la arbitrariedad en esos aspectos⁴⁵⁵.

En la siguiente Constitución venezolana —la dictada en 1819— la necesidad de ley anterior al delito (*nullum crimen sine lege*) tiene un reconocimiento explícito en el artículo 10: «Ninguno puede ser juzgado, y mucho menos sentenciado y castigado, sino en virtud de una ley anterior a su delito o acción y después de haber sido oído, o citado legalmente».

En los textos posteriores se va a ir dando cabida a otras garantías con las que se completará el principio de legalidad penal⁴⁵⁶; y, a partir de la Constitución de 1864, la expresión de todo lo relacionado con el *nullum crimen, nulla poena sine lege* va a ser prácticamente idéntico a lo declarado por las constituciones de la República Dominicana de ese periodo.

La retroactividad favorable de la ley penal se tomará en consideración en el ordenamiento constitucional venezolano por primera vez precisamente en la Carta Magna que inicia la confluencia con los textos dominicanos. El artículo 60 de la Constitución de 1864 dispone lo siguiente: «Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto en materia de procedimiento judicial y la que imponga menor pena».

El principio *non bis in idem*, en su vertiente procesal, aparecerá consagrado en el apartado 11 del artículo 14.14 de la Constitución de 1893 como uno de los derechos garantizados por la nación en el terreno de la seguridad individual. Desde esta Constitución de 1893 hasta la de 1961, prácticamente no hubo variaciones en la expresión de las garantías penales y procesales. Solo en la vigente en la actualidad —la

⁴⁵⁵ «Artículo 158. Tampoco podrán los Ciudadanos ser reconvenidos en juicio, acusados, presos ni detenidos, sino en los casos y en las formas determinadas por la ley; y el que provocare, expidiere, suscribiere, ejecutare o hiciere ejecutar órdenes y actos arbitrarios, deberá ser castigado; pero todo Ciudadano que fuese llamado o aprehendido en virtud de la ley, debe obedecer al instante, pues se hace culpable por la resistencia».

⁴⁵⁶ Por ejemplo, en la Constitución de 1830, el artículo 219 prohíbe que los civiles queden sujetos a las leyes militares, mientras que el artículo 155 obliga a todos los tribunales a motivar sus sentencias.

de la República Bolivariana de Venezuela— se produce alguna modificación con la intención de explicar con mayor detalle el contenido de cada garantía.

La Constitución de 1999 aborda el principio de legalidad penal y sus garantías asociadas en los preceptos dedicados a la retroactividad favorable (artículo 24), la libertad personal (artículo 44), el debido proceso (artículo 49) y la administración de justicia (artículo 253)⁴⁵⁷. Para completar el panorama que presenta el texto constitucional, deben tenerse en cuenta también los artículos 22 y 23, en los que se declara el carácter abierto de los derechos fundamentales y la validez de los tratados y convenios internacionales, respectivamente⁴⁵⁸. No obstante, por lo que se refiere a la

⁴⁵⁷ «Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o rea».

«Artículo 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso. La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad del detenido no causará impuesto alguno [...]».

«Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: [...]

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto [...].

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente».

«Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio».

⁴⁵⁸ «Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos».

«Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

validez de los tratados internacionales y a su pertenencia al bloque de constitucionalidad, hay que tener en cuenta que Venezuela ha denunciado hace escasas fechas la Convención Americana de Derechos Humanos, con la consecuencia de que, desde el 10 de septiembre de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo tiene competencia en los casos de violación de derechos humanos cometidos en el país antes de esa fecha⁴⁵⁹. Sin duda, la decisión de abandonar la Convención supone un paso atrás en la protección de los derechos humanos en Venezuela y acerca el país a regímenes autoritarios.

El Código Penal venezolano acoge el principio de legalidad en sus dos primeros artículos:

«Artículo 1. Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente. Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas».

«Artículo 2. Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, aunque al publicarse hubiere ya sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo la condena».

El Código Orgánico Procesal Penal, además de contener aspectos de interés para las garantías relacionadas con el principio de legalidad, tiene en cuenta el *non bis in idem*, aunque lo hace solo en el caso del doble proceso penal y, además, con dos excepciones importantes:

«Artículo 20. Nadie debe ser perseguido o perseguida penalmente más de una vez por el mismo hecho. Será admisible una nueva persecución penal:

1. Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que por ese motivo concluyó el procedimiento;
2. Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio».

Aparte de lo consagrado en la Constitución actual y en la legislación penal de ámbito estatal, hay que atender a lo declarado en Venezuela por las constituciones que han promulgado los estados que forman parte de la República. Esa atención ha de hacerse no tanto por lo que contienen sobre formalidades del ámbito penal, que son casi

⁴⁵⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de todo, continúa siendo competente para conocer los asuntos relacionados con Venezuela, ya que este país forma parte de la Organización de Estados Americanos. La situación de Venezuela, en suma, es ahora parecida a la que se encuentra Cuba: ambos son países sobre los que la Comisión tiene competencias para investigar, pero ninguno de los dos se encuentra sujeto a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

inexistentes porque en todos los casos se remite a lo dicho por la Constitución venezolana, sino por lo afirmado en alguna ocasión al respecto de la jurisdicción indígena, como ocurre en el artículo 51 de la Constitución del Estado de Amazonas, de 30 de agosto de 2002⁴⁶⁰, copia literal de lo reconocido en el artículo 260 de la Constitución nacional de 1999:

«Artículo 51. Las autoridades legítimas de los Pueblos Indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la Ley y al orden público. La Ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional».

El mandato constitucional de desarrollo legislativo para lograr la coordinación entre jurisdicciones ha dado lugar a un proyecto de ley que no termina de concretarse, aunque la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, publicada en 2005, contiene un capítulo dedicado a la jurisdicción especial en el que se declara textualmente que las decisiones adoptadas por la justicia consuetudinaria «constituyen cosa juzgada en el ámbito nacional» (artículo 132). La ley orgánica contiene también unas reglas rudimentarias sobre la coordinación entre jurisdicciones, entre las que destaca la reserva de la jurisdicción especial indígena, cuyas decisiones solo podrían ser revisadas por la justicia ordinaria en caso de conculcación de derechos fundamentales establecidos en la Constitución estatal o en los tratados y convenios ratificados por la nación.

La ausencia de la ley de coordinación jurisdiccional ha conllevado conflictos de competencia que pueden suponer una seria lesión del principio *non bis in idem*⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ La situación descrita por las constituciones estatales venezolanas es, no obstante, muy distinta a la que se muestra en otros países de sistema federal. En lo que se refiere a la jurisdicción indígena, por ejemplo, en Venezuela no vamos a encontrar referencias a la prevalencia de los sistemas jurídicos consuetudinarios.

⁴⁶¹ Véase María Teresa PONTE IGLESIAS: «Derechos humanos y pueblos indígenas en Venezuela», *Dereito*, vol. 22, n.º ext., 2013, págs. 499-531 (en especial, págs. 526-528).

6.21 Apunte sobre las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la denominada cosa juzgada fraudulenta

No podemos terminar este capítulo sin hacer alusión a una doctrina que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que está estrechamente relacionada con uno de los principios analizados. Nos referimos a aquellos casos en que las jurisdicciones internas han tomado decisiones con el carácter de cosa juzgada, pero la Corte ha demostrado que escondían graves violaciones de los derechos humanos. Es la denominada *cosa juzgada fraudulenta* o *írrita*, que se da cuando se produce una vulneración del debido proceso o cuando los jueces que han conocido del caso no han actuado con imparcialidad e independencia. La doctrina de la cosa juzgada fraudulenta supone, en definitiva, una restricción admisible al principio *non bis in idem*, ya que los vicios del primer procedimiento lo convierten en inválido⁴⁶².

La primera ocasión en que la Corte hizo referencia a la cosa juzgada fraudulenta fue en el *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* (sentencia de 22 de noviembre de 2004), para lo que se basó en lo dispuesto en instrumentos internacionales que reconocen que el principio *non bis in idem* no es absoluto y que la cosa juzgada en sentencias absolutorias es revisable cuando no se han observado las debidas garantías procesales⁴⁶³. En el caso señalado, el Estado de Guatemala era responsable de haber permitido que los autores de la ejecución del periodista Jorge Carpio Nicolle y de otras personas quedaran impunes al no haber realizado una investigación sobre los hechos, una ausencia de investigación que impedía y negaba el derecho que asistía a los familiares de las víctimas a conocer a los responsables de los asesinatos⁴⁶⁴. En el juicio que se siguió contra los supuestos autores de los hechos ante los tribunales nacionales se

⁴⁶² Véanse Alfonso CHACÓN MATA: «La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el Estado de derecho contemporáneo», *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XVIII, n.º 35, 2015, págs. 169-188; y Oscar PARRA VERA: «La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, n.º 1, 2012, págs. 9-11 en especial.

⁴⁶³ En concreto, la doctrina internacional a la que remitía la Corte estaba compuesta por los siguientes preceptos: artículo 20 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 9 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y artículo 10 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia.

⁴⁶⁴ En la sentencia, la Corte declara: «Así, después de más de once años, todavía impera la impunidad de los autores materiales e intelectuales responsables de dichos hechos, lo que lesiona a las víctimas y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata» (párrafo 126).

produjeron graves irregularidades que posibilitaron que la sentencia emitida fuera favorable para ellos. Por ese motivo, la Corte instó a las autoridades guatemaltecas a cumplir con su obligación de investigar y sancionar el caso y a realizar una declaración pública de responsabilidad.

La doctrina de la cosa juzgada fraudulenta desarrollada por la Corte Interamericana se ha ido depurando a medida que las investigaciones sobre casos concretos avanzaban. Así, hay que destacar en especial lo declarado por la Corte en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (sentencia de 26 de septiembre de 2006), ya que deja sentadas las excepciones que se producen a la validez del *non bis in idem* y que permiten que vuelvan a enjuiciarse casos sobre los que ya se han dictado sentencias firmes absolutorias:

«En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*» (párrafo 154).

Otros casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha evaluado el alcance de la cosa juzgada fraudulenta son los siguientes: *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia* (sentencia de 12 de septiembre de 2005), *Caso La Cantuta vs. Perú* (sentencia de 29 de noviembre de 2006), *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia* (sentencia de 11 de mayo de 2007)⁴⁶⁵, *Caso Escher y otros vs. Brasil*

⁴⁶⁵ La Corte señala en esta sentencia que «el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser

(sentencia de 6 de julio de 2009), *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (sentencia de 24 de octubre de 2012) y *Caso Masacre de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador* (sentencia de 25 de octubre de 2012).

La cosa juzgada fraudulenta es un concepto distinto del de cosa juzgada aparente que conocen todos los ordenamientos jurídicos sobre los que se proyecta este trabajo. La revisión de sentencias condenatorias firmes cuando favorezcan al condenado está contemplada, como excepción a la validez de la cosa juzgada, en una serie de supuestos comúnmente admitidos en todos los países analizados⁴⁶⁶. La novedad que presenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se basa en que esa revisión no se aplica sobre sentencias condenatorias, sino sobre sentencias que han absuelto a supuestos responsables de actos ilícitos porque el proceso que se ha seguido en el ordenamiento nacional ha estado viciado por defectos o ha sido manipulado.

reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada» (párrafo 197).

⁴⁶⁶ Solo Cuba y Colombia permiten expresamente recursos de revisión de sentencias absolutorias en sus Códigos Procesales Penales.

7. CONCLUSIONES

De lo dicho en este trabajo sobre los principios de legalidad penal y prohibición del doble castigo en el constitucionalismo histórico español e hispanoamericano cabe llegar a una conclusión general y a varias conclusiones particulares.

Primera. La conclusión general que se sigue de lo dicho sobre ambos principios es que tanto uno como otro forman parte del catálogo actual de derechos fundamentales de todos los ordenamientos jurídicos que aquí se han estudiado⁴⁶⁷. En el caso del principio de legalidad penal, su consideración como derecho fundamental se extrae —excepto en el ordenamiento uruguayo— del contenido explícito de los textos constitucionales; en el caso del principio *non bis in idem*, esa consideración está a veces sujeta al contenido implícito o interpretación que se haga de otros preceptos de las constituciones, o a la aplicación de los tratados y convenios internacionales ratificados por el país de que se trate.

Segunda. En lo que se refiere al principio de legalidad penal, se observa en las constituciones analizadas que lo normal es que se haga una mención expresa del subprincipio de *lex praevia*, incluido el efecto retroactivo favorable, pero que no se mencionen las cuestiones relativas a la taxatividad, en especial la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva de las leyes en el ámbito penal, que son aspectos sustantivos que se dejan para desarrollo en la legislación. Solo en las constituciones actuales de México y Perú se reserva un precepto para aludir expresamente a la prohibición de aplicación analógica de la ley penal. No obstante, de la formulación general del principio de legalidad recogida en muchas constituciones, y particularmente del subprincipio de *lex praevia*, cabe inferir también los requisitos de *lex certa* y *lex stricta*.

Tercera. La irretroactividad de la ley penal, como contenido más destacado del principio de legalidad, fue recibida constitucionalmente en los primeros textos promulgados tanto en España como en Hispanoamérica, aunque su determinación ha estado expuesta a lo largo del tiempo a vaivenes que han supuesto retrocesos

⁴⁶⁷ Cuestión distinta es que en algunos de esos ordenamientos —especialmente, en el cubano— el principio de legalidad penal declarado en el plano teórico no tenga una correspondencia en el plano práctico debido a las constantes conculcaciones que se han producido.

importantes en momentos determinados. Así, hay que destacar la pérdida de mención explícita al requisito de ley previa con respecto a lo declarado en textos anteriores que se produjo en los siguientes casos: Constituciones argentinas de 1819 y 1826 (en relación con lo dispuesto en los primeros proyectos constitucionales); Constituciones bolivianas de 1861, 1868, 1871, 1878 y 1880; Constituciones chilenas de 1828 y 1833; y Constitución guatemalteca de 1879⁴⁶⁸.

En otras ocasiones, la pérdida de vigencia del requisito de ley previa al delito cometido fue consecuencia de levantamientos militares, como sucedió en Argentina en 1976, con el golpe de Estado que abrogó expresamente el principio de legalidad penal y suprimió ciertas garantías constitucionales; o en Chile, como consecuencia del golpe de Estado de Pinochet, que dejó sin efecto el principio de legalidad, tal como denunció en su día la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cuarta. En el constitucionalismo analizado en este trabajo, la retroactividad de la ley penal para favorecer al reo tuvo cabida por primera vez en la Constitución venezolana de 1864, aunque en la mayor parte de las normas fundamentales de los países examinados no se incluye hasta bien entrado el siglo XX. En el cuadro comparativo que incorporamos como anexo, se pueden observar las fechas de las primeras apariciones tanto de la irretroactividad como de la retroactividad de la ley penal para favorecer al condenado en los ordenamientos jurídicos español e hispanoamericano.

Quinta. Entre los vaivenes o indecisiones a los que ha estado sometido el principio de legalidad penal en los ordenamientos analizados hay que incluir también las contradicciones que se observan en algunos textos fundamentales, como ocurre en la Constitución de Costa Rica de 1917, que declara la reserva absoluta de ley para imponer penas, por un lado, pero admite también la interpretación analógica de la ley penal, por otro. El caso es muy similar a los que se habían dado en la Constitución colombiana de 1832 y en la boliviana de 1851.

⁴⁶⁸ A estos casos de falta de mención expresa del requisito de ley previa en las constituciones hay que añadir un supuesto mucho más grave que señalaremos en una conclusión aparte: la vulneración consciente y programada del requisito de irretroactividad que se produce, en especial, en algunas constituciones cubanas.

Sexta. La garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución se han contemplado, desde las primeras constituciones, con un contenido bastante claro y fijo tanto en España como en Hispanoamérica. Por lo general, en los títulos dedicados al Poder Judicial, se ha atendido a la necesidad de que solo los tribunales sean los encargados de imponer penas y de que las penas se impongan en la forma que determinan las leyes. No obstante, pese al elevado grado de fijación en los textos constitucionales, hay que destacar algunos casos de vulneración flagrante de esta garantía. Así, los ejemplos más graves que se detectan en las constituciones hispanoamericanas son los que se dan en la Constitución nicaragüense de 1948 y en la Constitución panameña de 1904: en la primera, se permite que ciertos delitos cometidos por civiles sean juzgados por tribunales militares⁴⁶⁹; en la segunda, se acepta que la Asamblea se arrogue ciertas facultades que les deberían corresponder a los tribunales.

Séptima. Pese al reconocimiento generalizado del principio de legalidad penal desde los primeros textos constitucionales, en algunos ordenamientos se ha observado una conculcación clara de sus requisitos más elementales. El caso más evidente lo encontramos en ciertas constituciones cubanas que, además de establecer excepciones a la aplicación favorable de la retroactividad de la ley penal (Constituciones de 1934, 1935, 1940, 1952 y 1959), permiten la aplicación de leyes creadas ex profeso para juzgar hechos delictivos cometidos con anterioridad a la promulgación de esas leyes (Constitución de 1959).

Un caso particular lo encontramos en la Constitución vigente en la actualidad en Bolivia, ya que el precepto que acoge la formulación del principio de legalidad penal permite la aplicación retroactiva de la ley para los delitos relacionados con la corrupción de los servidores públicos. Aunque el Tribunal Constitucional boliviano ha hecho una

⁴⁶⁹ La aplicación de leyes militares a casos de los que debería conocer solo la justicia ordinaria es una de las grandes quejas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «En el Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra los bienes jurídicos propios del orden militar» (*Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, párrafo 165). Otras sentencias relevantes sobre esta materia son las siguientes: *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú* (sentencia de 30 de mayo de 1999) y *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú* (sentencia de 25 de noviembre de 2004).

interpretación restrictiva del contenido del artículo, sería deseable que la mención expresa a dichos delitos desapareciera del precepto.

Octava. Por lo que respecta al principio de prohibición del doble castigo, lo primero que hay que tener en cuenta es que su constitucionalización explícita no ha sido frecuente hasta fechas recientes. Por lo general, en las constituciones anteriores a la segunda mitad del siglo XX, es la institución de la cosa juzgada a la que se hace referencia de forma habitual. Además, no resulta extraño que modificar la cosa juzgada se predique en esos textos como prerrogativa prohibida a algunos poderes (el Congreso o el presidente de la República), pero no a los tribunales o los jueces.

Si atendemos a lo que se infiere de las constituciones actuales, se pueden establecer dos grupos de países por el tratamiento que se dispensa al *non bis in idem*, además de un Estado —Cuba— que constituye una excepción por las anomalías que presenta:

- (i) Países que hacen una declaración expresa de prohibición de doble castigo en sus Cartas Magnas: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela. En todos los casos, además, el *non bis in idem* se contempla solo en su vertiente formal o procesal, ya que lo que se impide es el doble enjuiciamiento. Para encontrar reconocida la vertiente material hay que acudir a la legislación penal o a la interpretación que los tribunales realizan de las constituciones y de las leyes.
- (ii) Países que no contemplan de forma expresa la prohibición de doble castigo en sus actuales constituciones, pero en los que el *non bis in idem* ha sido constitucionalizado (considerado, por tanto, derecho fundamental) a partir de la interpretación de otros preceptos realizada por los tribunales: Argentina, Chile, España, Guatemala, Perú y Uruguay.
- (iii) En Cuba, por lo que se desprende de su legislación penal, no existen suficientes garantías para considerar que el *non bis in idem* es respetado en ninguna de sus dos vertientes.

Novena. Un aspecto de particular interés es el reconocimiento de la jurisdicción indígena en algunos países y sus implicaciones para todo lo relacionado con la prohibición del doble castigo. La existencia de esa jurisdicción especial —que entra en competencia con la ordinaria— es aceptada en mayor o menor medida en Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Venezuela⁴⁷⁰. En las constituciones de todos esos países, se reservan preceptos para declarar que los pueblos indígenas están legitimados para mantener su derecho consuetudinario, aunque solo en el caso de Ecuador la ley fundamental estatal reconoce que, en los casos en que pudiera haber doble sanción, tiene prevalencia el sistema consuetudinario indígena sobre la jurisdicción ordinaria del país. En el resto de los casos, o bien la declaración de legitimidad de la jurisdicción especial es demasiado vaga e imprecisa, o bien la ausencia de leyes de desarrollo para coordinar las dos jurisdicciones (derecho consuetudinario y derecho oficial) propicia cierto grado de inseguridad jurídica en quienes recurren a la justicia indígena, ya que estos pueden ver cómo su caso recibe un doble proceso si la justicia ordinaria considera que lo juzgado pertenece a su jurisdicción.

Las restricciones impuestas en Bolivia al alcance de la justicia indígena en su Ley de Deslinde Jurisdiccional; la problemática solución a la que ha llegado Paraguay al permitir que los hechos punibles relacionados con los pueblos indígenas se sujeten a un procedimiento especial en la justicia ordinaria; la ausencia de leyes de desarrollo sobre la cuestión en Colombia, Perú y Venezuela, así como la aparente falta de interés de las autoridades de esos tres países por agilizar la aprobación de normas para coordinar los sistemas de justicia; y la decisión de los tribunales ecuatorianos de restringir la preeminencia de la jurisdicción indígena —en contra de lo declarado en la Constitución y en las leyes—, con el objetivo de impedir que los delitos graves sean juzgados con arreglo al derecho consuetudinario, son todos ellos aspectos que dan a entender que la aplicación efectiva de la jurisdicción indígena es un problema que no se ha querido o no se ha sabido resolver en los países en que tal jurisdicción se reconoce. Además, esa incertidumbre general que se observa en todo lo referente al derecho consuetudinario va

⁴⁷⁰ Una perspectiva comparada de sumo interés sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Hispanoamérica es la expuesta en Gonzalo AGUILAR, Sandra LAFOSSE, Hugo ROJAS y Rebecca STEWARD: «South/North Exchange of 2009 – The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America», *Pace International Law Review Online Companion*, vol. 2, n.º 2, 2010, págs. 44-96 [<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=pilronline>].

en contra de lo dispuesto en los instrumentos internacionales que tratan la cuestión: *Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes* (1969), *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (2007) y *Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas* (2016).

Décima. En una perspectiva comparada, hay que admitir que lo dispuesto en la Constitución española actual sobre los dos principios analizados no alcanza el grado de explicitud que lo que se declara en otros ordenamientos. Es especialmente llamativa la ausencia de reconocimiento expreso del principio *non bis in idem* en la Constitución de 1978, máxime si se tiene en cuenta que la prohibición del doble castigo sí estaba presente en el Anteproyecto y que su exclusión del texto definitivo fue producto de un «descuido». Con todo, y pese a los problemas interpretativos que esa ausencia de reconocimiento en la ley fundamental española ha ocasionado —solucionados por el Tribunal Constitucional como buenamente ha podido—, lo verdaderamente grave es que el principio *non bis in idem* no tenga acogida manifiesta en la legislación penal española: ni el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal dedican un solo artículo a un derecho fundamental de la importancia que la prohibición del doble castigo tiene en todos los Estados democráticos⁴⁷¹. Aunque la vigencia del principio en el ordenamiento jurídico español está fuera de toda duda (tanto por lo declarado por el Tribunal Constitucional como por la prevalencia de los tratados y convenios internacionales ratificados por España), consideramos de urgente necesidad que la prohibición de doble castigo en sus vertientes material y procesal sea incorporada expresamente a la legislación penal básica del Estado, siquiera sea por el respeto que deben profesar los sistemas democráticos modernos a las buenas técnicas normativas.

⁴⁷¹ Por el contrario, sí se recoge expresamente, en vía administrativa, en el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Gonzalo; LAFOSSE, Sandra; ROJAS, Hugo y STEWARD, Rebecca: «South/North Exchange of 2009 – The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America», *Pace International Law Review Online Companion*, vol. 2, n.º 2, 2010, págs. 44-96 [<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=pilronline>].
- ALARCÓN BERNAL, Edith: *Las primeras constituciones democráticas en Colombia (1810-1815)*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2013.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía: *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid: Iustel, 2008.
- ALBIÑANA CILVETI, César: «Anotaciones al principio *non bis in idem*», en Manuel ARAGÓN REYES y Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS: *La Constitución y la práctica del Derecho*, Pamplona: SOPEC Editorial, 1998, págs. 3363-3419.
- ALCOCER POVIS, Eduardo: «La prohibición de incurrir en *bis in idem*. Aproximación conceptual», *Publicación del Instituto de Ciencia Procesal Penal*, Perú, 2008, págs. 1-18.
- ALFONZO, Martha Judith y GARRIDO DURÁN, Claudia: *Relativización de la cosa juzgada: estándares de la Corte Interamericana aplicados a la Corte Penal Colombiana*, Nueva Granada: Universidad Militar, 2015.
- ALONSO MAS, María José: *Prevalencia de la vía penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- ÁLVAREZ ALCÍVAR, María Fernanda: «La ejecución de la pena: un acercamiento desde el Derecho penal mínimo», en Carolina SILVA PORTERO (ed.): *Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de libertad*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, págs. 121-141.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: «Reflexiones sobre el principio de legalidad», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 7, 2006, págs. 297-358.
- ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter: «El sistema constitucional nicaragüense», D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.):

Los sistemas constitucionales iberoamericanos, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 613-635.

ANTKOWIAK, Thomas: «Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad», en Christian STEINER y Patricia URIBE (coords.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México D.F. - Bogotá: Suprema Corte de Justicia de la Nación - Fundación Konrad Adenauer, 2014, págs. 255-262.

ARAYA POCHET, Carlos: *Historia del derecho constitucional costarricense*, San José (Costa Rica): EUNED, 2005.

ARIZA SANTAMARÍA, Rosebert: *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.

ARROYO ZAPATERO, Luis: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 8, 1983, págs. 9-46.

AYALA GÓMEZ, Ignacio: «El principio “non bis in idem”. La eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada», en *Curso Superior Universitario en Derecho Penal Económico. Un diálogo entre jueces, fiscales, abogados y profesores*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2009, págs. 334-345.

AZEVEDO, Domingo E.: «La decisión de la Corte Interamericana de derechos humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (*non bis in idem*) en el caso Loayza Tamayo», en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José (Costa Rica): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, págs. 279-300.

BACIGALUPO, Enrique: «Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal», en *Teoría y práctica del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2009, vol. 1, págs. 331-351.

BAZURCO OSORIO, Martín y EXENI RODRÍGUEZ, José Luis: «Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad», en Boaventura DE SOUSA SANTOS y José Luis EXENI RODRÍGUEZ (eds.): *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala, 2012, págs. 49-144.

- BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique: «La jurisdicción indígena en el sistema penal acusatorio», *Entramado*, n.º 14, 2011, págs. 98-114.
- BERNAL GÓMEZ, Beatriz: *Constituciones iberoamericanas. Cuba, México*: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- BRAVO RODRÍGUEZ, Giovanni Francisco: *Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- BUSAALL, Jean-Baptiste: «La Constitution de Bayonne de 1808 et l’histoire constitutionnelle hispanique», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2011, n.º 10, págs. 66-79.
- CÁLIX, Jacobo: «Coerción material», en AA. VV.: *Manual de Derecho procesal penal hondureño*, Tegucigalpa: Corte Suprema de Justicia y Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 2002, págs. 351-365.
- CANEK ARANGO, Rita María: *Principio non bis in idem y cosa juzgada entre el derecho indígena y el derecho nacional en materia penal*, Guatemala: Universidad de Istmo, 2011.
- CANO CAMPOS, Tomás: «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, n.º 156, 2001, págs. 191-249.
- CANOSA USERA, Raúl: «Derechos y libertades en la Constitución de 1812», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 82, 2011, págs. 145-192.
- CARO CORIA, Dino Carlos: «El principio de “ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Dykinson, 2006, págs. 655-683.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: «La exclusión dolosa de la tipicidad y la analogía *in malam partem*», *Anuario de Derecho Penal*, 2005, págs. 319-331.
- CASTRO, Jorge: «Los derechos humanos y la jurisdicción especial indígena», *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 2, n.º 3, 2010, págs. 114-121.

- CAVERO LATAILLADE, Íñigo y ZAMORA RODRÍGUEZ, Tomás: *Constitucionalismo histórico de España*, Madrid: Editorial Universitas, 1995.
- CHACÓN MATA, Alfonso: «La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el Estado de derecho contemporáneo», *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XVIII, n.º 35, 2015, págs. 169-188.
- CHUST, Manuel: «La notoria trascendencia del constitucionalismo doceañista en las Américas», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 26, 2012, págs. 47-58.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- COBO DEL ROSAL, Manuel: «Societas delinquere non potest», *Anales de Derecho*, n.º 30, 2012, págs. 1-14.
- COCA TERRAZAS, Williams: *Los retos del nuevo proceso penal boliviano*, Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2013.
- COLAÇO, Thais Luzia: «El reconocimiento constitucional del derecho y la jurisdicción indígena como afirmación de la autodeterminación de los pueblos indígenas», *Alegatos*, n.º 87, 2014, págs. 241-258.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio: «Conflictos de jurisdicción, *non bis in idem* y litispendencia internacional en la Unión Europea», en Luis ARROYO ZAPATERO y Adán NIETO MARTÍN (coords.): *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, págs. 65-93.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, OEA/Ser.L/V/II.49, 11 de abril de 1980 [<http://www.cidh.org/countryrep/Argentina80sp/indice.htm>].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II, 28 de junio de 2007 [<http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07indice.sp.htm>].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, OEA/Ser.L/V/II.34, 25 de octubre de 1974 [<http://www.cidh.org/countryrep/Chile74sp/Indice.htm>].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, OEA/Ser.L/V/II.4, 20 de marzo de 1962 [<http://www.cidh.org/countryrep/Cuba62sp/indice.htm>].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba*, OEA/Ser.L/V/II.61, 4 de octubre de 1983 [<http://www.cidh.org/countryrep/Cuba83sp/indice.htm>].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Capítulo IV. Desarrollo de los derechos humanos en la región: Cuba», en *Informe anual 2010*, págs. 451-481 [<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm>].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Capítulo IV. Desarrollo de los derechos humanos en la región: Cuba», en *Informe anual 2011*, págs. 375-406 [<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Capítulo IV. Desarrollo de los derechos humanos en la región: Cuba», en *Informe anual 2012*, págs. 319-353 [<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/indice.asp>].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Capítulo IV. Desarrollo de los derechos humanos en la región: Cuba», en *Informe anual 2013*, págs. 406-445 [<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/indice.asp>].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Capítulo IV. Desarrollo de los derechos humanos en la región: Cuba», en *Informe anual 2014*, págs. 407-452 [<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2014/indice.asp>].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Capítulo IV. Desarrollo de los derechos humanos en la región: Cuba», en *Informe anual 2015*, págs. 610-644 [<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/indice.asp>].

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Situación de derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión*, OEA/Ser.L/V/II, 31 de diciembre de 2015 [<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2016.pdf>].
- CORONADO DONOSO, Ricardo: «Derecho público y constitucionalización del Derecho penal. Criterios jurisprudenciales referentes al principio de legalidad y tipicidad expresa en materia penal», *Ars Boni et Aequi*, n.º 4, 2008, págs. 9-29.
- CORONEL HEREDIA, Johanna Verónica: *Los límites de la justicia indígena en el Ecuador dentro del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano a partir del Caso La Cocha*, Cuenca [Ecuador]: Universidad del Azuay, 2016.
- CRISCENTI, Joseph T.: «Historia constitucional argentina 1810-1852. Un nuevo estudio», *Revista de Ciencia Política*, VII (2), 1985, págs. 23-51.
- CULOTTA, Juan Manuel: «Artículo 2», en Andrés José D’ALESSIO (dir.) y Mauro A. DIVITO (coord.): *Código Penal comentado y anotado. Parte general (artículos 1 a 78 bis)*, Buenos Aires: La Ley, 2005, págs. 22-37.
- DEDES, Christos: «Sobre el origen del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 9, 2002, págs. 141-146.
- DEMÓSTENES: *Oratio adversus Leptinem cum argumentis graece et latine*, Leipzig: B.G. Teubner, 1866 (edición de I. Th. Voemelio). Edición facsímil disponible en <http://catalog.hathitrust.org/Record/006580661>
- DÍEZ-PICAZO, Luis María: «El principio de legalidad penal», en *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, págs. 463-484.
- DOMÍNGUEZ AGUDO, M.^a Reyes: *El Estatuto de Bayona*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel: *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.
- ELGUERA ÁLVAREZ, Carlos Jonathan: «Los Sistemas Jurídicos Indígenas en el Ecuador: Comentarios a la Sentencia del Caso “La Cocha” de la Corte Constitucional del Ecuador», *Ius 360º* [en línea], 18 de agosto de 2014 [<http://www.ius360.com/otro/sociologia-del-derecho/los-sistemas-juridicos->

[indigenas-en-el-ecuador-comentarios-a-la-sentencia-del-caso-la-cocha-de-la-corte-constitucional-del-ecuador/](#)].

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: «La primera constitución española: El Estatuto de Bayona», *Revista de Derecho* (Universidad del Norte), n.º 26, 2006, págs. 89-109.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La jurisdicción constitucional en Bolivia. La Ley número 1836, del 1.º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

FERRERES COMELLA, Víctor: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. (Una perspectiva constitucional)*, Madrid: Civitas, 2002.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: «El poder disciplinario en Uruguay», *Revista de Direito Processual Geral*, n.º 63, 2008, págs. 266-285.

FORTÍN MAGAÑA, René: *Constituciones iberoamericanas. El Salvador*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

GALAIN PALERMO, Pablo: «Uruguay», en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Berlín-Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, págs. 401-447.

GALVÁN RIVERA, Mariano: *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos. Régimen constitucional 1824*, México: Porrúa, 2004, 3 vols. (edición facsímil de la publicada en 1828).

GARBERÍ LLOBREGAT, José: «La vertiente formal de la prohibición de *bis in idem* y sus (discutibles) límites», *Diario La Ley*, n.º 6766, 30 de julio de 2007, págs. 1-4.

GARCÍA ALZUGARAY, Miguel Ángel: «El sistema constitucional cubano», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 243-270.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo: «El sistema constitucional peruano», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los*

sistemas constitucionales iberoamericanos, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 693-731.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 29, 1981, págs. 359-368.

GARCÍA FALCONÍ, José: «La garantía constitucional del *non bis in idem*», *Revista Judicial Derechoecuador.com*, 27 de junio de 2011 [<http://www.derechoecuador.com>].

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario: «El sistema constitucional guatemalteco», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 533-555.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario: *Constituciones iberoamericanas. Guatemala*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

GARCÍAS PLANAS, Gabriel: «Consecuencias del principio *non bis in idem* en Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 42 (1), 1989, págs. 109-123.

GARROTE CAMPILLAY, Emilio Alfonso: «Cosa juzgada constitucional *sui generis* y su efecto en las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad», *Estudios Constitucionales*, X (2), 2012, págs. 391-428.

GIMENO SENDRA, Vicente: «Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal», *Diario La Ley*, n.º 5817, 4 de julio de 2003, págs. 1-7.

GIMENO SENDRA, Vicente: «Los principios de legalidad y *non bis in idem* en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Diario La Ley*, n.º 6735, 14 de junio de 2007, págs. 1-6.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012.

GIMENO SENDRA, Vicente: «La doctrina Parot y el principio de legalidad», *Diario La Ley*, n.º 8307, 9 de mayo de 2014, págs. 1-6.

- GINER ALEGRÍA, César Augusto: *Las medidas cautelares penales personales en el proceso penal español y su vinculación con los derechos fundamentales (especial referencia a las recomendaciones internacionales en materia de derechos humanos)*, Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2014.
- GOITE PIERRE, Mayda: «Principios e instituciones de las reformas procesales: seguridad jurídica, *non bis in idem*, cosa juzgada y revisión penal», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 24, 2009 págs. 199-214.
- GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto: «La regulación constitucional de la administración de Justicia», en *Perspectivas históricas de la Justicia panameña en su primer centenario 1903-2003*, Panamá: Órgano Judicial de la República de Panamá, 2003, págs. 11-31.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012.
- GRIJLAVA JIMÉNEZ, Agustín y EXENI RODRÍGUEZ, José Luis: «Coordinación entre justicias, ese desafío», en Boaventura DE SOUSA SANTOS y José Luis EXENI RODRÍGUEZ (eds.): *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala, 2012, págs. 699-732.
- GROS ESPIELL, Héctor y ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo: *Constituciones iberoamericanas. Uruguay*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- GUERRA, Valeria Susana: «Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad», *Revista de Derecho Privado [Colombia]*, n.º 21, 2011, págs. 59-86.
- HALL, Jerome: «Nulla poena sine lege», *The Yale Law Journal*, n.º 47, 1937, págs. 165-193.
- HARB, Benjamín Miguel: «El sistema constitucional boliviano», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 99-125.

- HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel: *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Oviedo: Editorial Forum, 1995.
- HERNÁNDEZ MENDOZA, Liliana: *El “non bis in idem” en el ámbito sancionador: estudio comparado de los sistemas español y mexicano*, Madrid: Universidad Complutense, 2013.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: «El sistema constitucional costarricense», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 211-241.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: *Constituciones iberoamericanas. Costa Rica, México*: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- HOYOS SANCHO, Montserrat de: «Eficacia transnacional del *non bis in idem* y denegación de la Euroorden», *Diario La Ley (Unión Europea)*, n.º 6330, 30 de septiembre de 2005, págs. 1-6.
- HUMAN RIGHTS WATCH: *Un nuevo Castro, la misma Cuba. Presos políticos en la era post Fidel*, New York: Human Rights Watch, 2009. Versión electrónica descargable en <https://www.hrw.org/es/report/2009/11/18/un-nuevo-castro-la-misma-cuba/presos-politicos-en-la-era-post-fidel>.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María: «Artículo 8. Garantías judiciales», en Christian STEINER y Patricia URIBE (coords.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México D.F. - Bogotá: Suprema Corte de Justicia de la Nación - Fundación Konrad Adenauer, 2014, págs. 207-254.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Luis Alberto: «El principio de doble incriminación. Una mirada desde la jurisprudencia colombiana», *Justicia Juris*, vol. 9, n.º 1, 2013, págs. 11-26.
- JIMENO FERNÁNDEZ, Fructuoso: «Algunas reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el artículo 54 del Convenio de aplicación de Schengen. [Comentario a la STJCE Van Esbroeck (C-438/2004) de 9 de marzo de 2006]», *Diario La Ley*, n.º 6496, 2 de junio de 2006, págs. 1-5.

- LEVAGGI, Abelardo: «Constitucionalismo argentino: 1810-1850», *Iushistoria. Revista Electrónica*, n.º 2, 2005, págs. 1-30 [<http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/index.htm>].
- LIZÁRRAGA GUERRA, Víctor: «Fundamento del *ne bis in ídem* en la potestad sancionadora de la Administración Pública», *Gestión Pública y Desarrollo*, n.º 68, 2013, págs. B3-B8.
- LOAYZA, Carolina y PIÉROLA, Nicolás de: «El principio *non bis in ídem* y su tratamiento en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Caso Loayza Tamayo», *Anuario Español de Derecho Internacional*, XIV, 1998, págs. 809-875.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *El principio non bis in ídem*, Madrid: Dykinson, 2004.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «Los principios del proceso penal en particular: el principio *non bis in ídem*», en *Tratado de Derecho procesal penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012 (5.ª ed.), vol. 1, págs. 285-362.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «La cosa juzgada», en *Tratado de Derecho procesal penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012 (5.ª ed.), vol. 2, págs. 2095-2124.
- LÓPEZ ROSAS, José Rafael: *Historia constitucional argentina*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996.
- Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid: Rivadeneyra, 1847-1851, 12 vols. (edición facsímil digitalizada por la Biblioteca Nacional y descargable en la dirección web: <http://www.bne.es/es/Catalogos/BibliotecaDigitalHispanica/Inicio/index.html>).
- MACEDO JAIMES, Graciela: «Breve estudio de las Constituciones del Estado de México», *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, VIII, 1996, págs. 257-281.
- MALDONADO MALDONADO, Héctor Guillermo: «Reglas de aplicación de las normas penales», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 30, 2010, págs. 111-183.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: «El principio *ne bis in ídem* en el Derecho penal chileno», *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15, 2011, págs. 139-169.

- MARTÍNEZ, José Francisco: *Breve historia constitucional de Honduras*, Tegucigalpa: Banco Central de Honduras, 1979.
- MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel: «La Constitución española de 1978 en la historia del constitucionalismo español», en Alberto PREDIERI y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (dirs.): *La Constitución española de 1978*, Madrid: Civitas, 1981, págs. 21-41.
- MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander: «El principio *ne bis in idem* en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador salvadoreño», *Ventana Jurídica*, n.º 10, 2013, págs. 83-242.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio: *La doctrina del principio non bis in idem y las relaciones de sujeciones especiales*, Barcelona: Bosch, 2012.
- MARTÍNEZ TORRADO, María Lourdes: «El criterio de interpretación del principio *non bis in idem* previsto en el artículo 45.3 de la Constitución española», *Revista Ius et Praxis*, Año 16, n.º 1, 2010, págs. 287-302.
- MARTÍNEZ TORRADO, María Lourdes: «El *non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador», *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, n.º 40, 2013, págs. 1-29.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María: «Los derechos fundamentales en la Constitución de 1845 y en sus proyectos de reforma», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, págs. 83-109.
- MEDINA HERNÁNDEZ, David: *El principio de la cosa juzgada frente a violaciones graves a los derechos humanos: implementación, obstáculos y desafíos de las órdenes que en materia de justicia ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia*, Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín, 2012.
- MEJÍA, Luz María: «El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 7, n.º 78, 2012, págs. 107-145.

- MINISTERIO DE JUSTICIA: *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Madrid: Ministerio de Justicia, 2011.
- MONTERO CASTRO, Karla Vanessa: *Violación al debido proceso como causal del procedimiento de revisión penal: reflexiones acerca de su procedencia*, San José: Universidad de Costa Rica, 2008.
- MORANGE, Claude: «A propos de “l’inexistence” de la Constitution de Bayonne», *Historia Constitucional*, n.º 10, 2009, págs. 1-40. [<http://www.historiaconstitucional.com>].
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: «El principio de legalidad en el Derecho español», en *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 99-120.
- NÁQUIRA, Jaime *et al.*: «Principios y penas en el Derecho penal chileno», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 10, 2008, págs. 1-71 [<http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>].
- NELSON SEGOVIA, Luis: «Etapas del derecho constitucional salvadoreño», *Diario El Mundo* (El Salvador), 9 de abril de 2015 [<http://elmundo.com.sv/etapas-del-derecho-constitucional-salvadoreno>].
- NIETO, Alejandro: «*Non bis in idem*», en *Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Tecnos, 2002, págs. 398-455.
- NIETO GARCÍA, Ángel Juan: «A vueltas con el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional: estudio de cuatro aspectos relativos al alcance normativo e interpretativo de la imprescriptibilidad de delitos y penas», *Diario La Ley*, n.º 7061, 21 de noviembre de 2008, págs. 1-6.
- NIEVA FENOLL, Jordi: *La cosa juzgada*, Barcelona: Atelier, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: «El sistema constitucional chileno», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 273-323.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *Constituciones iberoamericanas: Chile, México*: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

- Novísima recopilación de las leyes de España (Tomo V. Libros X, XI y XII)*, Madrid: Imprenta de Sancha, 1805.
- NÚÑEZ MARTÍNEZ, María: «Las cartas autonómicas de Cuba y Puerto Rico: primer antecedente del Estado autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 25, 2010, págs. 335-372.
- NÚÑEZ RIVERO, Cayetano y NÚÑEZ MARTÍNEZ, María: «Los orígenes de las grandes corrientes ideológicas latinoamericanas: el socialismo, el nacionalismo y el populismo», *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 26, 2005, págs. 291-333.
- O'DONNELL, Daniel: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro: «La cosa juzgada en Colombia», *Revista Jurídica UCES*, I (1), 2007, págs. 85-95.
- OLLÉ SESÉ, Manuel: «El principio de legalidad en el Derecho penal internacional: su aplicación por los tribunales domésticos», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid: Edisofer, 2008, págs. 559-582.
- ORDÓÑEZ REYNA, Aylín Brizeida: *Régimen constitucional de los tratados internacionales en Centroamérica*, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2010.
- ORDUZ BARRETO, Claudia Patricia: «El principio de legalidad en la ley penal colombiana», *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 2, n.º 2, 2010, págs. 100-107.
- OSUNA PATIÑO, Néstor: *Constituciones iberoamericanas. Colombia, México*: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- OTERO PARGA, Milagros: «Los derechos humanos en la Constitución de 1931», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, págs. 177-206.

- PANIAGUA CORAZAO, Valentín: «La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano», *Historia Constitucional*, n.º 4, 2003, págs. 103-150. [<http://www.historiaconstitucional.com>].
- PARRA VERA, Oscar: «La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, n.º 1, 2012, págs. 5-51.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: «Reflexiones sobre el derecho a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», *Diario La Ley*, n.º 5802, 13 de junio de 2003, págs. 1-9.
- PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás: «Algunas notas sobre las características de nuestro constitucionalismo histórico 1808-1978», en Luis COSCULLUELA MONTANER (coord.): *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid: Civitas, 2003, págs. 67-86.
- PESET, Mariano: «La Constitución de Cádiz en América: Apatzingán, 1814», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 26, 2012, págs. 113-141.
- PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto: *La potestad administrativa sancionadora ejercida sobre los jueces por el Departamento de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia y su impacto en la independencia judicial interna*, San Salvador: Universidad de El Salvador, 2012.
- PONTE IGLESIAS, María Teresa: «Derechos humanos y pueblos indígenas en Venezuela», *Dereito*, vol. 22, n.º ext., 2013, págs. 499-531.
- PRIETO, Justo José: «El sistema constitucional paraguayo», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 665-692.
- PUERTA SEGUIDO, Francisco y BELTRÁN DE FELIPE, Miguel: «Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el *ne bis in idem*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 71, 2004, págs. 363-393.
- PUY MUÑOZ, Francisco: «Los derechos humanos en las Leyes Fundamentales de España (1936-1975)», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el*

constitucionalismo histórico español, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, págs. 207-283.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.): *Derecho penal constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

RABASA, Emilio O.: *Historia de las Constituciones mexicanas*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

RAMÍREZ, Luis; CETINA, Gustavo; LÓPEZ, Fernando; URBINA, Miguel; PAZ Y PAZ, Claudia: *El proceso penal en Guatemala*, publicación electrónica disponible en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan028378.pdf>.

RAMÍREZ, Silvina: *La protección de los derechos de los pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal*, Washington: Fundación para el Debido Proceso, 2012.

RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea: «El principio de *non bis in idem* como pilar fundamental del Estado de derecho. Aspectos esenciales de su configuración», *Novum Jus*, vol. 2, n.º 1, 2008, págs. 101-124.

RAMOS GONZÁLEZ, Carlos: «La Constitución de Puerto Rico y el derecho constitucional puertorriqueño», *Criterio Jurídico*, n.º 2, 2008, págs. 107-125.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Ortografía de la lengua española*, Madrid: Espasa Libros, 2010.

REDONDO ANDREU, Ignacio y TABOADA GARCÍA, Alba: «El principio de *non bis in idem*», en Marta SILVA DE LAPUERTA y Silvia GARCÍA MALSIPICA (dirs.): *Manual de Derecho administrativo sancionador*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014 (3.ª ed.), págs. 297-339.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos: «El sistema constitucional colombiano», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 173-210.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos: *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

- REY GUANTER, Salvador del: *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza: «Los derechos fundamentales en la Constitución de 1876», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, págs. 135-175.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis: «Los principios rectores del Derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal», *Revista de Derechos Fundamentales* (Universidad Viña del Mar), n.º 8, 2012, págs. 145-172.
- RODRÍGUEZ DEL VALLE IBORRA, José A.: «Apuntes acerca del constitucionalismo español del siglo XIX», en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999, tomo II, págs. 1869-1909.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín: «Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1837», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, págs. 45-82.
- ROMO, María Paula: «El debido proceso en la Constitución ecuatoriana», *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, n.º 11, 2009, págs. 5-6.
- ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, M.^a Carolina: «Los derechos humanos en la Constitución de 1869», en Francisco PUY MUÑOZ (coord.): *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago, 2002, págs. 111-133.
- ROXIN, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000.
- RUIZ ROBLEDO, Agustín: «El principio de legalidad penal en la historia constitucional española», *Revista de Derecho Político*, n.º 42, 1997, págs. 137-169.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Constituciones iberoamericanas. Argentina, México*: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

- SALGADO, Hernán: «El sistema constitucional ecuatoriano», en D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE (coords.): *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid: Dykinson, 1992, págs. 325-349.
- SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto: «Política criminal y principialismo. Una perspectiva desde los principios de legalidad, dignidad, lesividad y culpabilidad», en AA. VV.: *Ensayos para la capacitación penal*, San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, págs. 7-122.
- SÁNCHEZ ESPINAL, Juan B. y POLANCO ALMÁNzar, Adolfo: «En torno al constitucionalismo dominicano», *El Nuevo Diario*, 26 de junio de 2012 [<http://elnuevodiario.com.do/app/article.aspx?id=291983>].
- SÁNCHEZ GASCÓN, Alberto: *Duplicidad de sanciones “non bis in idem”*, Madrid: Exlibris Ediciones, 2004.
- SANDOVAL MESA, Jaime Alberto: «Aspectos sustanciales del *ne bis in idem* del Estatuto de Roma (ER) de 1998 en el Derecho interno», *Prolegómenos. Derechos y Valores*, n.º 27, 2011, págs. 75-88.
- SARMIENTO, Daniel: «El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en Luis ARROYO ZAPATERO y Adán NIETO MARTÍN (coords.): *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, págs. 37-64.
- SATZGER, Helmut y KAYSER, Julia: «*Ne bis in idem* en el Derecho penal internacional: muchas preguntas a segunda vista», en Luis ARROYO ZAPATERO y Adán NIETO MARTÍN (coords.): *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, págs. 95-112.
- SCOLETTA, Marco: «El principio de legalidad penal europeo», en Luis María DíEZ-PICAZO y Adán NIETO MARTÍN (dirs.): *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal Europeo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2010, págs. 251-297.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: «Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables en la Constitución española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1187, 1979, págs. 3-8.

- SERRANO ORTEGA, José Antonio y ORTIZ ESCAMILLA, Juan (eds.): *Ayuntamientos y liberalismo gaditano en México*, México: Colegio de Michoacán-Universidad Veracruzana, 2007.
- SILLERICO SEGURONDO, Alan A.: «Retroactividad de la ley penal en Bolivia», en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, julio 2011 [www.eumed.net/rev/cccss/13/].
- SILVERO SALGUEIRO, Jorge: «Los orígenes del Poder Judicial paraguayo en el siglo XIX», en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: *El Poder Judicial en el Paraguay. Sus orígenes y organización 1870-1900*, Asunción: Centro Internacional de Estudios Judiciales, 2011, tomo 1, págs. 1-36.
- SOLANO GONZÁLEZ, Edgar: «La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional colombiana», en José Emilio ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES (coord.): *La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de Derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, págs. 159-177.
- SOSA ELIZECHE, Enrique A.: «Prólogo», en Emilio CAMACHO y Luis LEZCANO CLAUDE (comps.): *Comentario a la Constitución. Homenaje al Quinto Aniversario*, Asunción: Corte Suprema de Justicia, 1997, tomo I, págs. 9-11.
- SOZA CHAMORRO, Ana Tatiana: *Violación al principio de retroactividad de la norma penal con la aplicación de la Ley número 745: Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal*, Managua: Universidad Centroamericana, 2013.
- STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coords.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México D.F. - Bogotá: Suprema Corte de Justicia de la Nación - Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- SUÁREZ COLLÍA, José María: *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid: Actas, 1994.
- TAVERAS MARTE, Luis Adriano: «La evolución del constitucionalismo en la República Dominicana», *Letrado 21*, 6 de noviembre de 2014 [<https://letrado21.wordpress.com/2014/11/06/la-evolucion-del-constitucionalismo-en-la-republica-dominicana/>].

- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Manual de historia del Derecho español*, Madrid: Tecnos, 1996 (4.^a ed.).
- TOMÉ TAMAME, José Carlos: «La cosa juzgada formal y la cosa juzgada material», *Diario La Ley*, n.º 5951, 10 de febrero de 2004, págs. 1-7.
- TORRE VILLAR, Ernesto de la y GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario: *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1976.
- TORRES DEL MORAL, Antonio: *Constitucionalismo histórico español*, Madrid: Átomo Ediciones, 1986.
- TORRES DEL MORAL, Antonio: «El inicio del constitucionalismo español», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 26, 2012, págs. 163-190.
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena: «De nuevo sobre el principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional», *Diario La Ley*, n.º 5824, 15 de julio de 2003, págs. 1-11.
- UREÑA CARAZO, Belén: *Derechos fundamentales procesales*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014.
- VANEGAS, Isidro: «El constitucionalismo revolucionario en la Nueva Granada», *Procesos. Revista Ecuatoriana de Historia*, n.º 37, 2013, págs. 35-56.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín: «El primer constitucionalismo español y portugués (Un estudio comparado)», *Historia Constitucional*, n.º 13, 2012, págs. 99-117. [<http://www.historiaconstitucional.com>].
- VERVAELE, John A. E.: «*Ne bis in idem*: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2014, págs. 1-32.
- VEGA BOYRIE, Wenceslao: «Antecedentes constitucionales dominicanos (1801-1843)», *Clío*, n.º 178, 2009, págs. 105-126.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de: *El principio de legalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

9. ANEXO: CUADRO COMPARATIVO

FECHA DE RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL E HISPANOAMERICANO (GARANTÍAS DE IRRETROACTIVIDAD Y RETROACTIVIDAD FAVORABLE):

PAÍS	IRRETROACTIVIDAD	RETROACTIVIDAD FAVORABLE
España ⁴⁷²	1837	1978
Argentina ⁴⁷³	[1813]-1853	1949
Bolivia	1843	1967
Chile	1823	1980
Colombia ⁴⁷⁴	1821	1886
Costa Rica ⁴⁷⁵	1841	1917
Cuba ⁴⁷⁶	1901	1901
Ecuador	1830	1929
El Salvador ⁴⁷⁷	1883	1886
Guatemala	1825	1945
Honduras	1839	1894
México ⁴⁷⁸	1824	--
Nicaragua	1826	1939

⁴⁷² El requisito de ley previa había sido acogido en el Código Penal de 1822; la retroactividad de la ley penal para favorecer los intereses del condenado se contempló por primera vez en el Código Penal de 1870.

⁴⁷³ 1813 corresponde a la fecha del proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, que no llegó a entrar en vigor. La retroactividad favorable no tiene acogida expresa en la Constitución actual (de 1994).

⁴⁷⁴ La irretroactividad de la ley penal ya se había contemplado con anterioridad en las constituciones provinciales de Cartagena de Indias (1812) y Mariquita (1815).

⁴⁷⁵ El principio de legalidad penal había tenido tímida acogida en la Constitución de la República Federal de Centroamérica, de 22 de noviembre de 1824. La retroactividad favorable se infiere por interpretación *a sensu contrario* en la Constitución de 1917, pero no existe una declaración explícita de la garantía.

⁴⁷⁶ La Constitución de la Yaya (1897), con la isla todavía bajo soberanía española, ya reconocía la irretroactividad de la ley penal.

⁴⁷⁷ Aunque el reconocimiento del principio de legalidad penal es muy tardío en el constitucionalismo salvadoreño, en textos anteriores al de 1883 ya se disponían preceptos íntimamente relacionados con él.

⁴⁷⁸ En el ordenamiento mexicano, la retroactividad favorable ha carecido de reconocimiento constitucional expreso, aunque sí se registra en la legislación penal. Para la Constitución actual, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo considera interpretable a partir del contenido del artículo 14.

Panamá ⁴⁷⁹	[1841]-1904	1904
Paraguay	1870	1967
Perú	1828	1979
Puerto Rico ⁴⁸⁰	1917	--
República Dominicana	1844	1875
Uruguay ⁴⁸¹	--	--
Venezuela	1811	1864

⁴⁷⁹ La fecha de 1841 corresponde a la Constitución de la Primera República de Panamá, promulgada durante uno de los intentos separatistas del país, cuando todavía formaba parte de Colombia.

⁴⁸⁰ La aplicación retroactiva favorable solo se predica en la legislación penal, pero no tiene reconocimiento constitucional en la isla.

⁴⁸¹ El principio de legalidad no está expresamente constitucionalizado; solo se contempla en la legislación penal.