

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL**  
**MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PENAL**



**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

***LEYES PENALES EN BLANCO Y TÉCNICAS DE REENVÍO.***

***Enunciado, norma y tipo en el discurso legislativo del riesgo***

**LUIZ RENÊ GONÇALVES DO AMARAL**

**DIRECTOR: PROF. DR. FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ**

**SALAMANCA 2014**

*Memoria para la obtención  
del título de Máster en Derecho penal  
de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Salamanca,  
por el Licenciado en Grado Luiz René  
Gonçalves do Amaral*

*Dedico este trabajo:*  
*a DIOS, por la vida;*  
*a LUIZ y LURDES, mis padres,*  
*por el amor y la dedicación de toda una vida;*  
*y a CHAYENE,*  
*mi compañera de todas las horas, por dar sentido a mi vida.*

## AGRADECIMIENTOS

Agradezco – con toda mi sinceridad – a la Universidad de Salamanca, la ‘Escuela penal de Salamanca’. En su nombre al Catedrático de Derecho Penal, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, a mi directora, Prof. Dra. *Cristina Méndez Rodríguez*, y a mi coordinadora, Prof. Dra. *Laura Zúñiga Rodríguez*, agradezco por la realización de un sueño: estudiar Derecho penal en las manos de los maestros que conocía sólo a través de la letra fría de sus obras.

A mi inolvidable profesor y Catedrático de Filosofía del Derecho, Prof. Dr. *Miguel Ángel Rodilla*, por su amistad y altruismo en detenerse para oírme, incluso cuando no tenía cualquier obligación académica para ello, aportando importantes contribuciones para la realización de este trabajo.

Agradezco, especialmente, a mi maestro y tutor, Prof. Dr. *Fernando Pérez Álvarez*, por su dedicación en oír mis devaneos, su paciencia en traducir mis pensamientos arrojados en un papel, y su esmero en facilitar el contenido necesario para alcanzar el desiderátum pretendido.

A mi padre, *Luiz do Amaral*, por sembrar en mí la consciencia jurídica y el amor por el Derecho penal, sin temerlo, sin discriminarlo, sin desrespetarlo, sólo aceptándolo.

A toda mi familia, por dar significado a mis conquistas, y por posibilitar cada segundo de mis elucubraciones.

A mi esposa, *Chayene do Amaral*, por ser el fomento de este sueño, la compañera de todas las horas, la sonrisa de la felicidad, el consuelo en los momentos difíciles, la mejor oyente en los tiempos oscuros; por ser – en fin – el móvil para llegar aquí y la razón por la cual continuo siempre buscando seguir.

## **RESUMEN**

El presente trabajo busca, con la metodología racional-deductiva, un análisis normativo, estableciendo criterios desde la teoría de las normas hacia las nuevas necesidades de la Sociedad del Riesgo para ubicar las leyes penales en blanco en la realidad del Derecho penal moderno, a menudo con sus inevitables roces con el principio de legalidad y sus corolarios. En la actual sociedad post-moderna, con nuevos riesgos y una irrefrenable inseguridad social, el discurso legislativo ha sufrido un vertiginoso cambio de paradigma, incluso de justificación, en aras de proporcionar al seno social un abanico de posibilidades de control, a menudo por intermedio del Derecho penal. Lo que otrora no se anclaba en la tutela penal, aún más ante un pensamiento liberal y proclive a la libertad personal, ahora surge imbricado en una cada vez mayor necesidad de protección por la *ultima ratio* del poder intervencionista estatal. Las nuevas necesidades han consagrado nuevos bienes jurídicos, de difícil contextualización en el seno del tradicional Derecho penal liberal, lo que ha hecho con que los aplicadores del derecho y los legisladores busquen nuevas fórmulas de garantizar la seguridad social nunca antes tan necesitada de protección. En ello, han emergido las técnicas de reenvío, netamente en las leyes penales en blanco, generando escollos para su adaptación sistémica en el seno del viejo Derecho penal. Y dichos escollos merecen detenido análisis dogmático para asegurar el control exigido por un Estado social, empero, sin desdibujar los límites garantistas infranqueables de un Estado de Derecho.

Palabras clave: *Norma jurídica – Ley penal en blanco – Principio de legalidad – Garantías – ne bis in idem – retroactividad favorable - error.*

## ***ABSTRACT***

This paper aims, in a hypothetic-deductive methodology, a normative analysis, establishing criteria from the theory of norms to the new needs of the Risk Society to locate the unregulated criminal norms on the reality of modern criminal law, often with inevitable clashes with the legal principles and their corollaries. In today's post-modern society, with new risks and an irrepressible social insecurity, the legislative discourse has undergone a rapid paradigm shift, even in its justification, in order to provide the social claims with a range of possibilities of control, often through criminal law. What once was anchored not in criminal custody, even before a liberal and prone to personal freedom thought, now comes embedded in a growing need for protection by the *ultima ratio* of state interventionist power. The new requirements have consecrated new legal rights, making difficult the contextualization within the traditional liberal criminal law, which has made the law enforcers and legislators to search for new ways of ensuring social security, as it has never happened before in need of protection. It has emerged forwarding techniques, purely in criminal laws, spawning reefs for systemic adaptation within the old criminal law. And these pitfalls deserve a careful dogmatic analysis to ensure the effectiveness require by a welfare state, without, however, misalign the insurmountable limits of the rule of law.

Keywords: *Legal norm – Unregulated criminal law – Legality principle – Guarantees – Ne bis in idem – Retroactivity criminal beneficial – Error.*

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

<b>INDICE DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>10</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1 – PROLEGÓMENOS SOBRE LA TEORIA DE LA NORMA JURÍDICA.....</b>	<b>17</b>
1.1 Derecho, lenguaje y norma.....	17
1.2 Ordenamiento, sistema y norma jurídica.....	22
1.2.1 Clases de normas jurídicas.....	27
1.2.1.1 Normas jurídicas completas e incompletas.....	27
1.2.1.2 Normas jurídicas generales y abstractas; particulares y concretas.....	31
1.2.1.3 Normas jurídicas de conducta y de estructura, directas o indirectas de acción.....	32
1.2.1.4 Normas jurídicas primarias y secundarias.....	36
1.2.1.4.1 Normas primarias precedentes y derivadas y las normas verdaderamente secundarias.....	38
1.3 La regla-matriz de incidencia.....	42
<b>CAPÍTULO 2 – NORMA, TIPO Y LEY PENAL EN BLANCO.....</b>	<b>47</b>
2.1 Enunciado jurídico, norma jurídica y tipo.....	47
2.2 Consideraciones sobre las normas penales.....	53
2.2.1 El debate sobre la norma penal primaria y secundaria.....	56
2.2.2 La polémica sobre la norma penal de valoración y/o de determinación.....	60
2.3 Consideraciones sobre el tipo penal.....	66
2.4 Dónde está el blanco: ¿en la ley, en la norma o en el tipo? Toma de postura.....	72
<b>CAPÍTULO 3 – EL DERECHO PENAL DE HOY Y EL DISCURSO LEGISLATIVO DEL RIESGO.....</b>	<b>84</b>
3.1 El Derecho penal de hoy y las leyes penales en blanco.....	84

3.2 La ‘nueva’ técnica legislativa.....	93
3.2.1 Las remisiones normativas.....	97
3.2.1.1 Remisión aclaratoria: los elementos normativos del tipo.....	108
3.2.1.2 Remisión aclaratorio-limitativa: las cláusulas de autorización.....	114
3.2.1.3 Remisión estructural-limitativa: las leyes penales en blanco.....	120
3.3 La técnica remisiva y su conformación constitucional: análisis de las normas particulares del Tribunal Constitucional español sobre los límites remisivos en el ámbito penal.....	121
<b>CAPÍTULO 4 – EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA LEY PENAL EN BLANCO.....</b>	<b>126</b>
4.1 El principio de legalidad penal liberal.....	126
4.2 El ‘nuevo’ principio de legalidad penal y la preeminente necesidad de remisión normativa. En especial el caso de las ‘leyes penales en blanco’.....	136
4.3 El concepto de ley penal en blanco.....	143
4.4 La justificación de la ‘ley penal en blanco’ como remisión estructural-limitativa. Toma de postura.....	154
<b>CAPÍTULO 5 – PRINCIPIO DE LEGALIDAD, GARANTÍA POLÍTICO-DEMOCRÁTICA Y POLÍTICO-JURÍDICA Y LEYES PENALES EN BLANCO.....</b>	<b>173</b>
5.1 La garantía político-democrática y político-jurídica del principio de legalidad.....	173
5.2 Leyes penales en blanco y <i>lex scripta</i> .....	174
5.2.1 Leyes penales en blanco y remisión heterologa comunitaria y autonómica.....	178
5.2.2 Leyes penales en blanco y la necesidad de Ley Orgánica.....	181
5.3 Leyes penales en blanco y <i>lex restricta</i> o <i>certa</i> y <i>stricta</i> .....	187
5.3.1 El error sobre los preceptos remitidos.....	196
<b>CAPÍTULO 6 – PRINCIPIO DE LEGALIDAD, GARANTÍA TUTELAR Y LEYES PENALES EN BLANCO.....</b>	<b>203</b>
6.1 La garantía tutelar del principio de legalidad estricta.....	203
6.2 Leyes penales en blanco y <i>ne bis in idem</i> .....	204

6.2.1 Toma de postura.....	206
6.3 Leyes penales en blanco y <i>lex praevia</i> .....	214
6.3.1 La doctrina restrictiva.....	224
6.3.2 La doctrina extensiva.....	225
6.3.3 La doctrina diferenciadora.....	229
6.3.4 Toma de postura.....	236
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>253</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>267</b>

## INDICE DE ABREVIATURAS

Ap.	Apelación
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BGH	Tribunal Supremo Federal alemán
BGHSt	Resoluciones del Tribunal Supremo Federal en causas penales
BOE	Boletín Oficial del Estado español
BVerfGE	Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal alemán
CE	Constitución española
CFRB	Constitución Federal de la República Federativa de Brasil
CP	Código penal
DP	Derecho penal
HC	Habeas Corpus
IBCCrim	Instituto Brasileño de Ciencias Criminales
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal española
LO	Ley Orgánica española
LOR	Ley Ordinaria española
Min.	Ministro
OWiG	Ley sobre Contravenciones alemana
Pon.	Ponente
Rel.	Relator/ponente
RG	Tribunal Supremo del Imperio alemán
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
StGB	Código penal alemán
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STF	Tribunal Constitucional brasileño
SVS/MS	Secretaria de Vigilancia Sanitaria del Ministerio de la Salud de Brasil
TC	Tribunal Constitucional español
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJRO	Audiencia Provincial de la provincia de Rondônia en Brasil
TJMS	Audiencia Provincial de la provincia de Mato Grosso do Sul en Brasil
TJMG	Audiencia Provincial de la provincia de Minas Gerais en Brasil
TS	Tribunal Supremo español

## INTRODUCCIÓN

El Derecho es un sistema de control social eminentemente normativo, es decir, que busca anudar determinadas acciones y actos que componen nuestro entorno social bajo un núcleo impositivo de pautas de conductas, basados en normas, pero en normas dotadas de una especial característica: la posibilidad de exigir su cumplimiento bajo el uso de la fuerza. De ahí que se puede extraer la idea de que el Derecho penal se presenta como su principal rama, pues repercute sobre las principales acciones y actos, que se encuentran justificados o proscritos por los valores más importantes de la sociedad, y denota el núcleo impositivo más sensible a los cambios, por poseer todo un entramado de reglas y de parámetros.

No obstante la austeridad de dichos parámetros y reglas, la actual conformación social y sus valores intrínsecos hacen con que antiguas barreras sean suplantadas y problemas de antaño denoten nuevos planteamientos, incluso, desdibujando límites antes infranqueables.

Este movedizo campo parece ser en el cual caminan las técnicas de remisión, rasgo característico de la nueva ‘Sociedad del Riesgo’, de los nuevos métodos de control, y, por consecuencia, del ‘nuevo’ Derecho penal. Conceptos basilaes como de enunciado, de norma y de tipo penal han sido replanteados. A decir verdad, nos deparamos con una situación actual en que las antiguas exigencias de seguridad jurídica, de protección individual contra el arbitrio estatal, y de garantía libertaria de los ciudadanos se desvanecen en aras de garantizar la seguridad de nuevos intereses, a menudo de una tutela eficaz y de veras preventiva de bienes jurídicos que antes no se identificaban en el ámbito penal.

De todos modos, la técnica de remisión no es algo novedoso, tampoco los escollos que se plantea en contra de dicha técnica lo son. El artículo 360 del CP español establece que ‘el que hallándose autorizado para el tráfico de [sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos], los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en Leyes y Reglamentos respectivos, será castigado’, lo que nos sugiere pensar en la posibilidad de una determinada Comunidad Autónoma exigir en el ámbito de su administración determinadas ‘formalidades’ que no las encontramos, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. De ahí, ¿sería igualmente punible en el ámbito penal un médico leonés que, por ventura, estando en territorio catalán, suministrase determinada sustancia que sólo en Cataluña se exige además de la autorización

para manejarla un determinado procedimiento burocrático<sup>1</sup>? ¿El mandato de determinación y, por consiguiente, el sensible tema del error se ven afectados o deben ser comprendidos de manera diferente en las indistintas técnicas de remisión?

Los países que adoptan el llamado sistema continental (o *civil law*), como España y Brasil, por ejemplo, suelen proscribir el tráfico de drogas, a menudo ciñendo su prescripción, transporte, venta, cultivo, etc., a determinadas situaciones previamente establecidas y controladas por el Estado, como regla general, a través de reglamentos. En Brasil, la Ley Federal 11.343 de 2006 expresamente prevé en su artículo 66 que '*denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS no. 344, de 12 de maio de 1998*'. En España, el artículo 371 del CP, otrosí, establece que 'el que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y Cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1998, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas... será castigado'. ¿Qué pasaría en el caso de que uno de estos 'reglamentos' remitidos sufriese un cambio en sus definiciones o en su rol de sustancias proscritas o de uso controlado? Habría una *abolitio criminis*? ¿Se aplicaría indistintamente la retroactividad beneficiosa? ¿No la aplicaríamos, pues lo que importa es la efectiva protección del bien jurídico tutelado que no ha cambiado?

Estos son dos ejemplos de remisiones (y de sus problemas) que el legislador se vale hace años, y que pocos cuestionan la legitimidad de echar mano de ellos, tal vez por la importancia del bien jurídico tutelado por la norma: la salud pública. La técnica de remisión, que plantea problemas en cualquier grado o bajo cualquier premisa (pues, como mínimo, significa una apertura semántica de una regla de derecho, algo más sensible en el ámbito penal, sabidamente el campo más agresivo de actuación interventora del Estado), ha ganado hodiernamente una incuestionable ampliación en nuestros digestos, bajo una justificación primera *ratione materiae*, pero que luego se presenta como una forma muy útil de esquivar de determinados trámites legislativos para la edición o alteración de un enunciado legal.

Un breve análisis de nuestros Códigos penales es suficiente para concluir acerca de la importancia de la técnica de remisión para el legislador de este 'nuevo Derecho penal',

---

<sup>1</sup> Ejemplo semejante nos traen MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, cuanto al artículo 343 bis del antiguo CP español, al respecto a las formalidades para una segura transfusión de sangre, lo que ha ocasionado contaminaciones por el virus del SIDA (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª edición. Valencia: Tirante lo Blanch, 2010, p. 114-115).

basado en una insaciable necesidad de seguridad ciudadana y volcado hacia un desmedido uso de su medio de control más fuerte, sea como sea, incluso, si fuera necesario, menoscabando principios que emularan, a su tiempo, la conformación actual de los Estados Democráticos, como, por ejemplo, el principio de legalidad penal.

No obstante, entre las diversas técnicas de remisión (y teniendo en cuenta que en dicha tarea el legislador suele ser muy creativo), la que más problemas suele generar en la doctrina y en la jurisprudencia es la que denota una necesidad de que un determinado enunciado sea complementado sintácticamente, y que se ha nombrado, por obra de BINDING, como ley penal en blanco. La doctrina es casi unánime sobre la necesidad del empleo de dicha técnica legislativa, pues si algo reclama un esfuerzo multifactorial y, desde luego, una accesoriadad administrativa – campo fecundo para las leyes en blanco –, es la tutela de los denominados bienes jurídicos colectivos o difusos, hoy muy en boga, otrosí, en las legislaciones penales.

A decir verdad, la cuestión estaría más bien en los grados de accesoriadad. Si es verdad que la legalidad estricta en el ámbito de lo penalmente prohibido no puede zozobrar en un Estado de Derecho, también lo es que los bienes esenciales y dignos de tutela por un Estado social y democrático no pueden quedar sin una tutela efectiva; y, para dicha efectividad, un replanteamiento de las técnicas legislativas ordinales se hace necesario, siendo de manifiesto un análisis de las técnicas de remisión.

A propósito, la propia conformación de algunos bienes jurídicos, dicho ‘normatizados’, desvela *per se* la necesidad intrínseca de una remisión, a lo mejor, de una remisión meramente conceptual. Otros, por revelaren un sinfín de posibilidades de inculcación, y también demandando un dinamismo de la tutela penal, a lo mejor en aras de garantizar una dirección de conductas que denote la protección ansiada por el objeto formal de la norma, recaban una remisión, incluso, estructural. Sea como fuere, las remisiones sintácticamente consideradas (estructurales) y semánticamente aprehensibles (conceptuales) son caras de una misma moneda: el nuevo Derecho penal de hoy.

Verbigracia, el artículo 325 del CP español, al establecer que ‘será castigado... el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente, emisiones, vertidos, etc.... en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, etc.... que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas...’, denota una amplitud semántica (ambiente, atmósfera, suelo, etc.) y sintáctica

(contraviniendo las leyes u otras disposiciones) que ejemplifica la utilización de la técnica remisiva; y, particularmente, de una verdadera ley penal en blanco.

A los detractores de dicha técnica – amantes de un Derecho penal liberal que se suele echar de menos –, se suele plantear una indagación que continúa sin respuesta: ¿Cómo proteger un bien jurídico ‘normatizado’ e intrínsecamente tutelado por la Administración sin acudir a la técnica remisiva<sup>2</sup>? ¿Cómo decidirse entre garantizar la rigidez de un precepto penal minuciosamente descriptivo, pero que no abarque la cantidad necesaria de conductas capaces de menoscabar determinado bien jurídico, y ‘flexibilizar’ determinados principios para exactamente promover una tutela eficaz? En dicho debate, la técnica de las leyes penales en blanco cobra un importante protagonismo, aguardando un riguroso planteamiento del tema.

A decir verdad, desde los clásicos ejemplos de remisión estructural hacia las nuevas enmarcaciones de tutela, pasamos a testificar un ‘nuevo Derecho penal’, dónde la accesoriad de otras ramas del ordenamiento – a menudo de la accesoriad del Derecho administrativo –, se ha tornado la regla, y una conculcación del principio de legalidad inevitable. ¿Pero cuáles son los límites de dicha flexibilización? ¿Cuál es la característica de una ley penal en blanco que la legitimaría? ¿Y su justificación? ¿Los problemas dogmáticos emergidos pueden ser solventados bajo las respuestas tradicionales o ansían cambios, más o menos profundos, en las doctrinas tradicionales del error, del *ne bis in idem* y de la retroactividad?

No obstante sea crepitante el tema, no encontramos muchos trabajos específicos sobre ello, sí lo comparamos con la importancia que las leyes penales en blanco han conquistado en nuestras legislaciones en los últimos años. Paradójicamente, mientras que casi la totalidad de la doctrina aborda dicho fenómeno, lo que se observa son análisis superficiales o demasiado amplios, dejando en dudas desde la propia denominación (y de ahí, otrosí, su delimitación conceptual) de la técnica de remisión estructural, hasta, comparativamente con otros problemas dogmáticos, un trato específico sobre las teorías y los modos de solventarlos.

De hecho, es algo común encontrarse en la doctrina y en la jurisprudencia la utilización indistinta de los términos ‘leyes en blanco’, ‘tipos en blanco’ y ‘normas en blanco’; también

---

<sup>2</sup> DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 108.

lo es la confusión conceptual y ejemplificativa que se hace con los denominados elementos normativos jurídicos del tipo, con las cláusulas de autorización, con los tipos incompletos y abiertos, y con las normas incriminadoras incompletas. La propia extensión del concepto es dudosa, pues, desde las enseñanzas de BINDING y de MEZGER, la doctrina todavía se divide en concebir una verdadera ley penal en blanco solamente en un enunciado que se remite a otro de rango inferior o, a su vez, a cualquier enunciado jurídico. No faltando los que suscitan una clasificación intermediaria, dónde se pone de relieve que los problemas dogmáticos surgen de la remisión que se dirige a partir de otro soporte legal, indistintamente, es decir, a partir de otra ley.

De ahí que, convencidos de que no hay un planteamiento jurídico cierto o errado, sino que una abordaje del problema más o menos calcada en premisas defensables, entendemos necesario iniciar el trabajo bajo los conceptos jurídicos de la teoría de las normas, pasando a un breve planteamiento sobre la teoría de la norma específicamente penal y, por ser necesario, un corte metodológico sobre la conceptualización de un enunciado jurídico penal y de un tipo penal. Todo ello para intentar unificar, primeramente, el concepto de la materia objeto de investigación; y de ahí buscar la abstracción necesaria para el análisis de los otros problemas dogmáticos que suscitan dicha técnica legislativa.

No obstante una premisa conceptual cimentada, dada la relevancia en el Derecho penal de hoy, se pone de relieve identificar, otrosí, las características del actual discurso normativo, a menudo del discurso jurídico, estableciendo criterios de identificación de las diversas modalidades de remisión que solemos encontrar en nuestros Códigos; y, de ahí, una restricción estructural del fenómeno analizado; con un análisis de la jurisprudencia sobre las posibilidades del legislador penal de echar mano de las leyes penales en blanco, a menudo del paradigmático fallo n. 127 de 5 de Julio de 1990 que ha proferido el Tribunal Constitucional español.

Además, a sabiendas de que dicha técnica legislativa, de justificarse o no, significará un replanteamiento del regio principio de legalidad, es insoslayable la necesidad del trato de dicho principio para, en seguida, intentar abordar los escollos dogmáticos que se suelen plantear en contra de la técnica remisiva característica de una ley penal en blanco (y de todas las técnicas remisivas en general, pues el simple gesto del legislador de indicar un otro enunciado el complemento de su cometido regulativo, *per se*, revela un conflicto con aquél principio). Si se debe contextualizar la legalidad penal exigida en nuestra Carta Política con

la realidad social de hoy, con los nuevos riesgos, planteamos el problema en t3pico espec3fico de manera a intentar resguardar otras premisas necesarias para un an3lisis de los problemas debatidos.

Al inclinar la balanza a la libertad o a la seguridad, las consecuencias ser3n importantes para se admitir o no una ‘flexibilizaci3n’ de determinados principios como el de la legalidad penal; y los cuestionamientos que devendr3n de uno u otro modo de pensar, igualmente, relevantes: 3debemos igualmente admitir una ‘flexibilizaci3n’ en la tutela de los individuos cuando tratamos de problemas dogm3ticos conocidos como el error, el *ne bis in idem* y la retroactividad beneficiosa? 3Si se flexibiliza el principio de legalidad, el principal conformador de un Estado de Derecho, no se deber3an ‘flexibilizar’ igualmente otros principios?

Las respuestas ante esa problem3tica por el uso de la t3cnica de la ley penal en blanco contin3an ocupando tanto la doctrina como la jurisprudencia, sin ofrecer una unicidad en el trato de dichos escollos, lo que exige un tratamiento pormenorizado.

As3 que, en los 3ltimos cap3tulos, intentamos – sin el ut3pico desider3tum de agotar el tema – tratar de dichos escollos dogmaticos, tambi3n bajo las premisas de la teor3a de las normas, y ante un m3todo deductivo-comparativo de las teor3as y posiciones que se hallan en nuestra doctrina y tambi3n en nuestras jurisprudencias. A lo sumo, de innegable inter3s que plantea y de indiscutible uso por las diversas legislaciones, el tema de las leyes penales en blanco merece un tratamiento pormenorizado y esgrimido bajo premisas conceptuales firmes, desde la teor3a de las normas hasta, incluso, el enfrentamiento casu3stico de vicisitudes que su uso indiscriminado muchas veces suele ofrecer.

## 1 – PROLEGÓMENOS SOBRE LA TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA

Sumario: 1.1 Derecho, lenguaje y norma; 1.2 Ordenamiento, sistema y norma jurídica; 1.2.1 Clases de normas jurídicas; 1.2.1.1 Normas jurídicas completas e incompletas; 1.2.1.2 Normas jurídicas generales y abstractas; particulares y concretas; 1.2.1.3 Normas jurídicas de conducta y de estructura, directas o indirectas de acción; 1.2.1.4 Normas jurídicas primarias y secundarias; 1.2.1.4.1 Normas primarias precedentes y derivadas y las normas verdaderamente secundarias; 1.3 La regla-matriz de incidencia.

### **1.1 Derecho, lenguaje y norma**

Si es cierto que el hombre se caracteriza por su ‘racionalidad’, no menos cierto es que tiene como rasgo principal el de necesitar vivir en sociedad<sup>3</sup>. De ahí que conceptos como ‘norma’ – como prescripción directiva de conducta –, y ‘Derecho’ – como sistema normativo legitimado por el seno social y coactivo por naturaleza – deben ser tratados de modo riguroso, pues sin estos conceptos, el propio significado de sociedad desvanecería. Ahora bien, si el hombre es un ser racional y desde que se ha percatado de la necesidad de vivir en sociedad, la comunicación se ha presentado como un rasgo característico e indisociable, denota extrema importancia, por lo tanto, el lenguaje como instrumento de construcción de sentidos, y no como mera puente entre el saber y el conocer; a menudo en el ámbito penal en el cual toda investigación está basada en el uso de la lengua, es decir, en actos de comunicación<sup>4</sup>.

En efecto, es imposible iniciar un trabajo que pretende ser científico sin precisar algunas premisas básicas, aunque se planteen someramente. En el ámbito jurídico, y más aún en la rama de lo penal, conceptos como ‘Derecho’ y ‘norma jurídica’ son imprescindibles para fundamentar una toma de postura que trate de ser compartida en el ámbito jurídico. Sin embargo, ¿existe un concepto unívoco de ‘Derecho’? A tela de juicio, en tanto sea propio de la naturaleza de las palabras la ambigüedad y la vaguedad<sup>5</sup>, el vocablo ‘Derecho’ es todavía

---

<sup>3</sup> Cfr. ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 5ª edição (trad. J. Batista Machado). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 5-6.

<sup>4</sup> Cfr. KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, 2ª edición (trad. Luis Villar Borda; Ana María Montoya). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 224; ROBLES, Gregorio. *El derecho como texto (cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, p. 14-17; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 110.

<sup>5</sup> “Para entender la nota de vaguedad y ambigüedad consustancial al lenguaje, es conveniente recordar en este punto lo expuesto por primera vez por HECK en relación con la composición de los términos por un núcleo de significación (Begriffskern) y un campo de significación (Begriffshof). Todos los signos del lenguaje constan de

más ambiguo y vago<sup>6</sup>. Según FERRAZ JR, el término ‘Derecho’ es doblemente impreciso, sea en el plan denotativo, sea en lo connotativo<sup>7</sup>.

Como punto de partida, debemos tomar el vocablo ‘Derecho’ como ‘Derecho Positivo’, como conjunto de normas puestas en el ordenamiento por decisiones jurídicas, verdaderos ‘actos de habla’, según la Teoría Comunicacional del Derecho<sup>8</sup>. A su vez, las normas son, sin más, técnicas de regulación social<sup>9-10</sup>, enunciados lingüístico-prescriptivos que buscan que un sujeto, el destinatario, conduzca su conducta de determinada manera. Y es más: el Derecho, como lo entendemos aquí, busca ‘pautar conductas’ de un modo muy peculiar, ordenando y

---

un núcleo de significación y un campo de significación. El núcleo de significación o núcleo del concepto se compone de los casos que indudablemente se subsumen en el concepto. Además, junto a este núcleo, se halla otra zona de seguridad que es la de los casos que de modo cierto no entran dentro del concepto. Por último, existe un campo de significación, o zona de penumbra, que se compone de los casos cuya subsunción no es tan cierta” (NAVARRO FRÍAS, Irene. *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Granada: Comares, 2010, p. 80-81).

<sup>6</sup> TOMAZINI DE CARVALHO señala que “para verificarmos a ambiguidade da palavra ‘direito’, basta abriremos qualquer dicionário de língua portuguesa e observarmos as suas diferentes acepções” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 43).

<sup>7</sup> Cfr. FERRAZ JR, para quien el signo ‘Derecho’ “semanticamente é um termo denotativamente e conotativamente impreciso. Denotativamente ele é vago porque tem muitos significados e conotativamente ele é ambíguo, porque, no uso comum, é impossível enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra usa” (FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 38). En semejante sentido: NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 11-16; RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 16-29.

<sup>8</sup> “La teoría comunicacional concibe el derecho como un sistema de comunicación cuya función pragmática es organizar la convivencia humana mediante, básicamente, la regulación de acciones. Otra forma de expresar que el derecho es un sistema de comunicación se logra diciendo que el derecho es texto. A diferencia de otros textos, como el literario o el histórico, el jurídico es un texto organizativo-regulativo. Cada ordenamiento jurídico es un texto generado por ‘actos de habla’ a los que llamamos decisiones jurídicas. Las decisiones jurídicas generan texto en un proceso inacabado hasta el ordenamiento, por la razón que sea, desaparezca” (ROBLES, Gregorio. *El derecho como texto (cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, p. 15).

<sup>9</sup> Cfr. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 81.

<sup>10</sup> Tomémoslo como concepto, *in these*, unívoco, pues como señala FERRAZ JR. “a literatura sobre a norma é vasta, difícil de ser reduzida a uma unidade. Houve já quem, só no âmbito sociológico, contasse 82 definições de norma” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 35-36). DANIEL MENDONÇA, verbigracia, vaticina que “expresiones como ‘regla’, ‘pauta’, ‘guía’, ‘precepto’, ‘modelo’, ‘patrón’, ‘prescripción’, ‘directiva’, ‘disposición’ y ‘directriz’ aparecen como sinónimos parciales del vocablo ‘norma’... las normas definitorias o reglas son aquellas que definen o determinan una actividad o un concepto... Las normas técnicas o guías, por su parte, indican un medio para alcanzar un fin determinado... las normas regulativas o prescripciones son aquellas emanadas de la voluntad de una autoridad y destinada a algún agente con el propósito de hacer que se conduzca de determinada manera. Para dar conocer las prescripciones a los sujetos a los cuales ellas van dirigidas la autoridad promulga normas, y para darle efectividad a su voluntad de que los agentes hagan o se abstengan de hacer algo pueden considerarse como ejemplos los mandatos, permisos y prohibiciones establecidos en las leyes estatales. Las normas ideales o modelos no se hallan referidas directamente a acciones sino que establecen ejemplares arquetípicos dignos de seguir o imitar y mencionan las virtudes características dentro de una clase dada... Las normas consuetudinarias o patrones marcan regularidades de conductas, disposiciones o tendencias a hacer cosas similares en situaciones parecidas... Las normas morales o preceptos, por su lado, resultan de difícil caracterización por falta de criterios identificadores... Las normas constitutivas o disposiciones crean, modifican o extinguen ciertos estados de cosas, o bien adscriben cualidades a determinadas entidades” (MENDONÇA, Daniel. *Exploraciones normativas, hacia una teoría general de las normas*, 2ª edición. México: BEFDP, 2001, p. 13-15).

prohibiendo conductas (como regla general) de manera bilateral (intersubjetiva) y atributiva (confiriendo valores específicos para hechos y acciones)<sup>11</sup>.

De hecho, “*el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas, o reglas de conducta. Partimos, por lo tanto, de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa*”<sup>12</sup>. Ahora bien, la ‘experiencia normativa’ de antaño no es sin más la hodierna ‘experiencia normativa’. Mientras que el significado de ‘norma’ no se lo tenga alterado – continua siendo una técnica de regulación de conducta intersubjetiva –, donde y como define su objeto – la propia conducta intersubjetiva – pasa a ser un problema que la Filosofía del Derecho viene tratando a lo largo de los siglos.

Escapa de los límites del presente trabajo tratar de las Escuelas Filosóficas, empero, para la realidad normativa, es necesario tener en mente que su evolución hizo que los renglones cambiasen de paradigma. El propio conocimiento evolucionó. El estudio del conocimiento, durante siglos, se daba únicamente a partir del sujeto, del objeto o de la relación entre uno y otro. Existía una filosofía ‘del ser’ y, posteriormente, una ‘de la consciencia’, siendo en ambas el lenguaje algo secundario, como instrumento de expresión o mera puente entre el significante y el significado. A partir del siglo XX, el conocimiento ganó nuevos derroteros: la Filosofía volcada para el binomio sujeto-objeto cambió enteramente de baremo, hubo un cambio en la concepción filosófica del conocimiento, lo que se ha denominado giro-lingüístico<sup>13</sup>.

Como bien apunta STRECK, “*a partir del viraje lingüístico y de la ruptura con el paradigma metafísico aristotélico-tomista y de la filosofía de la conciencia, el lenguaje deja de ser una tercera cosa que se interpone entre un sujeto y un objeto, pasando a ser condición*

---

<sup>11</sup> Según señala MIGUEL REALE, “todas las reglas sociales – las morales, las jurídicas y las convencionales o de trato social – ordenan la conducta. Pero el modo de esta ordenación difiere según sea la regla. Es propio del Derecho ordenar la conducta de manera bilateral y atributiva, o sea, estableciendo relaciones de exigibilidad según una proporción objetiva. El Derecho, por tanto, no mira a ordenar las relaciones de los individuos entre sí para satisfacción de ellos, sino que, por el contrario, mira a realizar una convivencia ordenada la cual se traduce en la expresión: bien común. El bien común no es la suma de los bienes individuales, ni la medida del bien de todos. El bien común, hablando con rigor, es la ordenación de lo que cada hombre puede realizar sin perjuicio del bien ajeno, una composición armónica del bien de cada uno con el bien de todos” (REALE, Miguel. *Introducción al derecho*, 5ª edición. Madrid: Ediciones Pirámide, 1982, p. 65).

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Madrid: Temis, 1987, p. 3.

<sup>13</sup> Cfr. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2010, p. 13; HAFT, Fritjof. 'Derecho y lenguaje' (trad. Juan Antonio García Amado). En: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred; ROBLES, Gregorio. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 219-238.

de posibilidad"<sup>14</sup>. Tras las aportaciones del giro-lingüístico por la Filosofía del Lenguaje, lo que se concluye perentoriamente es que norma y texto de ley son dos realidades distintas, ancladas e indisociables, es decir, “una norma es una regla de conducta expresada en una ley”<sup>15</sup>. BARROS CARVALHO fue aún más rotundo concluyendo que el lenguaje no sólo dice algo sobre el Derecho, sino que participa de su constitución: no podemos reflexionar las manifestaciones del Derecho sin un lenguaje, idiomático o no, que sea su vehículo de expresión<sup>16</sup>.

En definitiva, la norma no es el texto, ni el conjunto del texto, sino su sentido construido a partir de la interpretación signica de los enunciados, y, en Derecho, de los discursos jurídicos<sup>17</sup>. Es indudable que “la interpretación del Derecho, la interpretación de esos textos que son los enunciados jurídicos, consiste en atribuir sentido a dichos enunciados, a dichos textos”<sup>18</sup>. En el Derecho, y aún más en el Derecho penal, “el uso del lenguaje ordinario está asociado también al esclarecimiento del sentido léxico de sus términos, con base en lo que se denomina definición de dominios. Las palabras deben ser comprendidas según su uso contextual, lo que lleva a la redefinición de los términos, de modo de permitir una determinación axiológica”<sup>19</sup>. De ahí resulta la importancia del lenguaje para la Ciencia moderna del Derecho<sup>20</sup>, pues solamente desde ahí, de los métodos de análisis y tratamiento del lenguaje, es que la Ciencia Jurídica podrá convertirse en ciencia rigurosa,

---

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdad y consenso, de la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en derecho*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 158.

<sup>15</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 353. Cfr. BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 183-184; SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

<sup>16</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos de incidência*, 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 105. En semejante sentido: BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 55.

<sup>17</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 14ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33.

<sup>18</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Compendio de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 278.

<sup>19</sup> TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal*, segunda edición (trad. Mario Pereira). Buenos Aires: B de F, 2010, p. 28. Así, de modo más amplio y bajo el concepto propio de ‘Semiótica Jurídica’: BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 36-54.

<sup>20</sup> La importancia del lenguaje está en que, hoy, de ello “se ocupan la sintaxis, la semiótica, la semántica, la analítica, la hermenéutica, la lingüística, la retórica, el estructuralismo, la teoría del discurso y del consenso, el constructivismo; existen una teoría del ‘lenguaje normal’ (ordinary language philosophy), así como también una teoría de los ‘juegos del lenguaje’; se distingue el lenguaje ‘por su desempeño’ (‘performativo’) (logrado-no logrado) del lenguaje ‘por su constatación’ (verdadero-falso). Otra dirección se encamina a la distinción entre actos de habla ‘locucionários’, ‘ilocucionários’ y ‘perlocucionários’; por otra parte, se piensa algo distinto cuando se habla de ‘idioma objeto’ y ‘meta idioma’ – y así se puede continuar e ir más y más lejos –” (KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, 2ª edición (trad. Luis Villar Borda; Ana María Montoya). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p 222-223). Interesante sobre ello es el aleccionar de BITTAR sobre semiótica greimasiana, pues “a teoria greimasiana propõe que a Semiótica se desgarrar de pressupostos que a subordinam a outras ciências. Nesse sentido, insculpe-se a necessidade de cunhá-la como a ciência da significação, portanto, como metalinguagem” (BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 30).

objetiva. Al fin y al cabo, las normas jurídicas se expresan en forma lingüística<sup>21</sup>, de manera que todo lo subsecuente también así deberá ser alcanzado<sup>22</sup>.

Como profesora ARTHUR KAUFMANN, “*el derecho es un ‘mundo’, y todo ‘mundo’, lo sabemos desde las investigaciones lingüísticas de Wilhelm von Humboldt, es un producto del lenguaje, el mundo deviene sólo a través del lenguaje y éste no existe fuera del lenguaje*”<sup>23</sup>-<sup>24</sup>. Y por eso concluye STRECK: “*Aquí la importancia de la diferencia ontológica entre texto y norma, que es, pues, la enunciación del texto, aquello que de él se dice, es decir, su sentido (aquello dentro de lo cual el significado puede darse), que justamente representa la ruptura de los paradigmas objetivista-aristotélico-tomista y de la subjetividad (filosofía de la conciencia)*”<sup>25</sup>.

Es necesario este planteamiento de ideas porque algunos autores comprenden de modo diferente: normas como ley (o simples enunciados como parte del ordenamiento)<sup>26</sup> y otra vez como el producto del proceso exegético llevado al fin y al cabo por el hermeneuta<sup>27</sup>, es decir,

---

<sup>21</sup> LÓPEZ HERNÁNDEZ, José. *Lenguaje, normas y sistema jurídico*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 51.

<sup>22</sup> Según TOMAZINI DE CARVALHO, “já não há mais verdades absolutas. Sabemos das coisas porque conhecemos a significação das palavras tal como elas existem numa língua, ou seja, porque fazemos parte de uma cultura. Na verdade, o que conhecemos são construções lingüísticas (interpretações) que se reportam a outras construções lingüísticas (interpretações), todas elas condicionadas ao contexto sociocultural constituído por uma língua. Neste sentido, o objeto do conhecimento não são as coisas em si, mas as proposições que as descrevem, porque delas decorre a própria existência dos objetos” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 15).

<sup>23</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, 2ª edición (trad. Luis Villar Borda; Ana María Montoya). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 224.

<sup>24</sup> Rotundamente, enseña BARROS CARVALHO que: “Ainda que o asserto não cheque às raias do absoluto, podemos tomar como pressuposto que a realidade, e, dentro dela, a realidade social, é constituída pela linguagem (linguagem social, digamos). A frase é forte. Há porções do nosso meio-envolvente que não seriam formadas especificamente pela linguagem, permanecendo no campo das meras sensações. Tendo em vista, porém, que são intervalos pequenos e em obséquio à uniformidade da proposta epistemológica, creio que podem ser relegados a segundo plano, pois as sensações que não logram objetivar-se no âmbito das interações sociais, acabam por dissolver-se no fluxo temporal da consciência. Digamos, então, que sobre essa linguagem incide a linguagem prescritiva do direito positivo, juridicizando fatos e condutas, valoradas com o sinal positivo da licitude e negativo da ilicitude. A partir daí, aparece o direito como sobrelinguagem, ou linguagem de sobrenível, cortando a realidade social com a incisa profunda da juridicidade. Ora, como toda a linguagem é redutora do mundo sobre o qual incide a sobrelinguagem do direito positivo vem a separar, no domínio do real-social, o setor juridicizado do setor não juridicizado. Vem a desenhar, enfim, o território da facticidade jurídica” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos de incidência*, 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 35).

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdad y consenso, de la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en derecho. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 160-161.

<sup>26</sup> Cfr. VON WRIGHT, G. Henrik. Norma y acción (trad. Pedro García Ferrero). Madrid: Tecnos, 1970, p. 21 y 109-110. En Brasil, sobre dicho concepto amplío de norma penal sinónimo de ley penal: SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*, parte geral, tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947, p. 108-112.

<sup>27</sup> Consonante ROBLES, norma jurídica consiste en una “proposición lingüística perteneciente a un sistema preposicional expresivo de un ordenamiento jurídico, dirigida (por su sentido) directa o indirectamente a orientar o dirigir la acción humana” (ROBLES, Gregório; BARROS CARVALHO, Paulo de. *Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 459).

como producto del sistema<sup>28</sup>. Aquí mantendremos **la diferencia entre ley** (texto jurídico producido por el legislador, vigente y válido en el sistema) y **norma** (mínimo tético o hipotético extraído del proceso de significación e interpretación de un discurso jurídico), siempre dentro de los baremos de la Filosofía del Lenguaje<sup>29</sup> y de la Teoría Comunicacional del Derecho<sup>30</sup>.

## 1.2 Ordenamiento, sistema y norma jurídica

La realidad, como hemos visto, está constituida por el lenguaje, de manera que el ‘Derecho’, por ser parte (ideal) de la realidad social, también lo es<sup>31</sup>, consubstanciado por normas de una especial clase, las normas jurídicas, reveladas por enunciados también específicos, denominados enunciados normativos (discursos jurídicos, decisiones jurídicas, etc.) que, en su totalidad, conforman lo que se suele llamar el ‘Ordenamiento Jurídico’<sup>32</sup>. Este, a su vez, tras un proceso hermenéutico de refinamiento y oclusión llevado a cabo por la dogmática jurídica, se transforma en sistema<sup>33</sup>, lo que más nos interesa cuando se pretende aplicar el Derecho (en una función pragmática de sus elementos, las normas jurídicas) en un marco teleológico-sistemático<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. *infra* 1.2.

<sup>29</sup> Cfr. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Historia del pensamiento filosófico y científico*, tomo III. Barcelona: Herder, 2010, p.569-610.

<sup>30</sup> Cfr. ROBLES, Gregorio. *El derecho como texto (cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, p. 15 y ss..

<sup>31</sup> Aquí merece destaque la lección de HAFT, cuando afirma que "el lenguaje es un sistema de signos limitado para retratar una realidad ilimitada", de manera que "el lenguaje del Derecho no puede apartarse de la complejidad del mundo real. Queda irremisiblemente atrapado en el lenguaje ordinario. Con medios limitados, se ha de reflejar una ilimitada complejidad de la realidad y, además, cargarla con valoraciones (adicionarles 'realidades de tipo más elevado'). Univocidad es imposible en este ámbito; el lenguaje – y también el lenguaje del derecho – sólo puede ser plurí-voco" (HAFT, Fritjof. "Derecho y lenguaje" (trad. Juan Antonio García Amado). En: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred; ROBLES, Gregorio. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 226-229).

<sup>32</sup> ROBLES enseña que "ordenamiento es el texto jurídico tal y como es generado por las autoridades, que son las que toman las decisiones jurídicas. Los distintos poderes, a partir del constituyente y siguiendo por los constituidos, generan un texto, al que podemos llamar texto jurídico en bruto, o simplemente material jurídico" (ROBLES, Gregorio. *El derecho como texto (cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, p. 23).

<sup>33</sup> "El texto bruto es sometido a un proceso de refinamiento y reelaboración, generando un nuevo texto, que refleja al primero y, al mismo tiempo, lo completa. Este nuevo texto, o texto jurídico elaborado, no se produce directamente por la acción de las autoridades (poderes jurídicos), sino que es el resultado del trabajo de la dogmática jurídica. La dogmática jurídica (o ciencia del derecho en sentido estricto) tiene como tarea la de presentar, en forma sistemáticamente construida y conceptualmente rigurosa, el material o texto jurídico bruto. La dogmática construye así el sistema". (ROBLES, Gregorio. *El derecho como texto (cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, p. 23).

<sup>34</sup> A menudo en el Derecho penal, cuando se lo concibe como medio para la protección de los bienes jurídicos más importantes para el desarrollo de la personalidad humana.

Ahora bien, si la norma no es el texto, ni el sustrato del texto, como vimos, siendo la norma jurídica especie del género ‘normas’, la conclusión sólo puede ser una: que el enunciado normativo (el texto jurídico) es sólo donde aquella se revela, tras un proceso de significación llevado a cabo por el intérprete. En refrendadas palabras, resume MIGUEL ANGEL RODILLA: *“Basta una mínima familiarización con textos jurídicos para percatarse de que raramente existe una correspondencia entre las disposiciones y las normas contenidas en un texto jurídico: no todas las disposiciones de un texto jurídico son normas, y puede que el contenido de una norma no se encuentre por completo en un solo texto jurídico. Las normas jurídicas son producto de la interpretación de las disposiciones jurídicas, de modo que la descripción del contenido normativo de un sistema jurídico es resultado de un trabajo de interpretación y reconstrucción a partir de los textos jurídicos producidos por el legislador”*<sup>35</sup>.

Sobre la norma jurídica, profesora TOMAZINI DE CARVALHO que *“o ser jurídico da norma significa ter coercitividade, que é a previsão, pelo sistema, de mecanismos para exigir o cumprimento das condutas por ele prescritas. A sanção, implementada coercitivamente pelo Estado-Juiz, é uma característica própria do direito, que está presente em todas as normas do ordenamento, diferenciando-o dos demais sistemas prescritivos”*<sup>36-37</sup>. En inolvidable lección, DEL VECCHIO sostiene que *“el Derecho es esencialmente coercible, esto es, en caso de inobservancia es posible hacerlo valer mediante la fuerza; el carácter de la coercibilidad distingue las normas jurídicas de cualquier otra especie de normas”*<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 116-117.

<sup>36</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 307-308.

<sup>37</sup> Aquí, un esclarecimiento necesario: mientras de hecho la coercitividad sea característica preponderante del sistema jurídico, entendemos (lo que lejos esta de ser unanimidad en la doctrina) que existen normas que no poseen tal característica y ni por eso se puede decir que pierden el calificativo jurídico, es decir, de que sean verdaderas normas, y no meros fragmentos de normas jurídicas. Como bien señala BITTAR: *“A sanção aflora no texto da norma como a indiciar sua prescritividade, forma de indicar o poder que se esconde por trás do texto, causando o temor do descumprimento. Porém, a imperatividade do comando normativo, deve-se dizer, não decorre da sanção em si, e sim do sistema jurídico que a impõe, que a faz eficaz. Que lhe dá subsídio, que a comanda, que a aplica e que se aparelha para efetivá-la, se negado cumprimento ao conteúdo do texto. É certa ação no mundo, certo contexto, certo engajamento da norma jurídica em seu entorno que garante a esta validez, eficácia, vigor e legitimidade. Esses conceitos estão, portanto, todos na dependência da contextualidade que sustenta a norma jurídica”* (BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 190). A propósito, lo que juridiciza una norma es el hecho de que pertenezca al sistema jurídico, y no la inmediata consecuencia sancionatoria; lo que ni siempre ocurre en las reglas de conducta extraídas del ordenamiento.

<sup>38</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*, 6ª edición. Barcelona: Bosch, 1953, p. 371. Así también: BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Madrid: Temis, 1987, p. 149.

Podemos concluir (para no exceder los límites del trabajo), que de un proceso de decisiones el legislador (o, si se prefiere, el Poder legislativo) alcanza su finalidad principal: las leyes, que a su vez desvelan una gama de disposiciones jurídicas de diversos calados, algunas normas jurídicas completas, otras normas jurídicas incompletas y muchas disposiciones no normativas<sup>39</sup>. Las leyes se presentan de las más variadas formas (el legislador, en su labor legislativa, suele ser frecuentemente muy creativo), con los más variados conceptos y valores imbricados, no siempre presentando un rigorismo técnico, sea por equivocidad<sup>40</sup>, sea por cognoscibilidad<sup>41</sup>. De todo este enmarañado de conceptos incumbe a la dogmática la tarea hercúlea de intentar construir herméticamente un sistema jurídico.

En el Derecho penal, específicamente, el texto jurídico (ley en sentido amplio) debería (pero no es) ser producido con más celo aún por el legislador (el enunciador debidamente competente), de manera que el ordenamiento penal fuera lo menos lagunoso o impreciso posible (pues un ordenamiento penal hermético, además de utópico, ya lo es – o debería ser – el sistema como producto de la actividad científica de la dogmática), a través del trabajo dogmático facilitado. El problema es que la realidad social no nos permite soñar con tal completitud sistémica, sea por el actual estadio social evolutivo (verdadera “Sociedad del Riesgo Global”, en las palabras de ULRICH BECK<sup>42</sup>), sea por las innumerables interacciones sociales que reclaman constantemente una valoración y una disciplina jurídica

---

<sup>39</sup> Cfr. RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 116-122.

<sup>40</sup> Equivocidad porque a veces (y no en pocas veces) el sentido del texto no se comprende sin un arduo proceso intelectual, lo que conlleva al intérprete a un largo derrotero de idas y venidas en el enmarañado de disposiciones legislativas existentes, de manera que se comprenda en su plenitud y rechace otros dispositivos de igual o superior rango (casos de antinomia implícita). Esto ocurre, como bien anota TOMAZINI DE CARVALHO, porque “O direito positivo é produzido por legisladores. Tais pessoas não são, necessariamente, portadores de formação especializada daquilo que legislam, mesmo porque, como o direito positivo permeia todos os segmentos do social, isto seria impossível” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2010, p. 107).

<sup>41</sup> ARTHUR KAUFMANN, sobre la necesidad de la ley hacerse cognoscible por los ciudadanos, señala que “no es posible, entonces, alcanzar el ‘ideal’ del lenguaje legal unívoco. No debe ser tampoco la aspiración, pues también el lenguaje legal debe ser un lenguaje viviente, esto es, bidimensional; de lo contrario no podría tenderse el puente hacia el lenguaje corriente, hacia el lenguaje del ciudadano. Como todo lenguaje técnico tampoco el lenguaje de la ley debe alejarse a discreción del lenguaje corriente”. Citando JHERING, arremata el autor: “El legislador debe pensar como un filósofo, pero debe hablar como un campesino” (KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, 2ª edición (trad. Luis Villar Borda; Ana María Montoya). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 246 y 225-226).

<sup>42</sup> Cfr. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global* (trad. Jesús Alborés Reis). Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 83 y ss.. Sobre dicha ‘Sociedad del Riesgo’, advierte MENDOZA BUERGO que “específicamente en el terreno penal, focaliza su atención sobre varios aspectos, aunque lo que se consideran sus características primordiales son la ampliación de las fronteras de lo punible, la agudización de la orientación a la prevención y el cambio en el papel que se atribuye al control penal de conflictos. El debate al que se hace referencia es, por tanto, considerablemente vasto, ya que se extiende a muchas cuestiones que, globalmente, pueden caracterizarse como un aumento de la intervención penal para la prevención de riesgos, a costa de cambios importantes tanto estructurales como de garantías en el ámbito estrictamente penal” (MENDOZA BUEGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 24).

(complejidades sociales, zozobra de las ideologías, por la “Época del Derrumbamiento”, en palabras de ERIK HOBSBAWN<sup>43</sup>). De ahí, la importancia cada vez mayor que se subraya para la labor dogmática, la precisión terminológica a utilizar y, principalmente, la coherencia en el proceso de significación de los signos (interpretación)<sup>44</sup>.

En estos tiempos de incertidumbre y de la importancia del lenguaje, las palabras de ROBLES son esclarecedoras: “*Las decisiones [verdaderos actos de habla] generan texto verbalizado cuyas unidades elementales llamamos normas jurídicas. Ahora bien, éstas no vienen dadas directamente por las decisiones, sino que son el resultado de una reconstrucción hermenéutica que opera sobre el ‘material bruto’ del ordenamiento... El conjunto de normas forman el sistema jurídico, concepto paralelo pero no identificable con el de ordenamiento, puesto que el sistema es también producto de la reconstrucción hermenéutica del material bruto que es el ordenamiento... SIS [sistema] es un documento mucho más amplio que ORD [ordenamiento]. No hace falta más que comparar un tratado que exprese la doctrina dominante del derecho civil español (p. ej., el tratado de CASTÁN) con el Código civil y leyes civiles especiales. SIS [sistema] es más sistemático y conceptualmente más depurado que ORD [ordenamiento]. Y lo más importante: SIS [sistema] refleja mejor que ORD [ordenamiento] las normas e instituciones de un derecho positivo concreto. ORD [ordenamiento] es el material bruto, plagado de lagunas, contradicciones y omisiones. SIS [sistema] es el mismo derecho generado en ORD [ordenamiento], pero en su plenitud o perfección expositiva*”<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. HOBSBAWN, Erik. *Historia del siglo XX* (trad. Juan Faci/Jordi Ainaud/Carme Castells). Buenos Aires: Crítica, 1999, p. 403 y ss.. Específicamente en el ámbito penal: COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 7-19.

<sup>44</sup> A propósito, debemos destacar, aquí, la importancia de la llamada Teoría de los Signos (semiótica). KALINOWSKI señala – a propósito – que “desde Moris, la teoría de cada lenguaje, su semiótica, se divide en tres partes: la sintáctica (*sit venia verbo!*), estudio de las relaciones entre los signos lingüísticos de un lenguaje dado, relaciones en cuya virtud cada expresión de este lenguaje está (sintácticamente) bien o mal formada y pertenece a tal o cual categoría sintáctica de expresiones; la semántica, estudio de las relaciones entre los signos lingüísticos y lo que designan o significan; y la pragmática, estudio de las relaciones entre los signos lingüísticos y las personas que los utilizan, locutores y oyentes, como suele llamárseles” (KALINOWSKI, Georges. *Lógica del discurso normativo* (trad. Juan Ramón Capella). Madrid: Tecnos, 1975, p. 16).

<sup>45</sup> ROBLES, Gregorio. *El derecho como texto (cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, p. 15-24. LOURIVAL VILANOVA habla de ‘meta-sistema’, producido por la Ciencia del Derecho con base en un ‘sistema-objeto’, resultado de los textos normativos del Derecho positivo, “o que facilmente se compreende, tendo em conta que a linguagem é componente dos dois níveis de sistema” (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, 4ª edição. São Paulo: Noeses, 2010, p. 137). En semejante sentido, sobre el ‘sistema penal’: JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 103-108.

De todos los modos, si se pretende rigurosa y precisa la dogmática jurídico-penal debemos tener en cuenta las diferencias del objeto de análisis (ley o, a menudo, enunciado normativo), las herramientas de la labor exegética (principios y reglas de construcción de sentido), el suceso de la interpretación (las normas jurídicas) y su resultado pretendido: ‘la plenitud y perfección expositiva del ordenamiento’<sup>46</sup>.

De hecho, toda persona, al tomar contacto con los enunciados jurídicos, deberá hacerlo con pretensiones cognoscentes, deberá orientarse por la búsqueda constante de la comprensión de los textos jurídicos; empero, todo texto presenta dos caras: una de expresión material y otra de contenido<sup>47</sup>. En la primera de ellas, se verifican las unidades gramaticales del ‘texto bruto’, en la otra, se construye el sentido sígnico de ellos: las normas jurídicas. Sin embargo, el proceso de significación no se agota en las normas jurídicas en la medida que son unidades sin un sentido sistémico completo (lo que se alcanzará después de la labor dogmática de relaciones de coordinación y subordinación entre las diversas normas y disposiciones jurídicas, que resultará en el sistema<sup>48</sup>), lo que resultará de un largo camino exegético hacia la plenitud y perfección sistémica<sup>49</sup>.

A lo sumo, el arduo proceso de construcción de sentido del mensaje normativo hacia la plenitud y perfección (cuando sea posible) resultará en una combinación de enunciados normativos de sentido completo, juridicizados ya en un plano categorial y sistémico, estructurado de manera comprensiva de todo el enlace del mensaje jurídico; y, específicamente en lo penal, resultando en una proposición-hipótesis desveladora del tipo (prescriptivo – en delitos omisivos –, prohibitivos – en delitos comisivos –, y permisivos – en

---

<sup>46</sup> Simplificando todo ello, LÓPEZ HERNÁNDEZ señala que “la interpretación es la herramienta básica con la cual se realizan las tres tareas propias de la ciencia del derecho: identificar las normas jurídicas validas, exponer sus contenidos y formar un sistema ordenado con todas ellas. Aunque estas tres tareas se han denominado, respectivamente, identificación, interpretación y sistematización, en realidad la actividad básica sobre la que descansan las tres es la de interpretar los textos jurídicos y sus enunciados” (LÓPEZ HERNÁNDEZ, José. *Lenguaje, normas y sistema jurídico*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 63).

<sup>47</sup> Cfr. BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 183 y ss.

<sup>48</sup> Verbigracia, para el sistema penal, resultará en la tipología penal básica.

<sup>49</sup> Cfr. CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos de incidência*, 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 107-129; SANTI, Eurico Marcos Diniz de.  *Lançamento tributário*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41 y ss.. TOMAZINI DE CARVALHO, en el mismo sentido, vaticina que “se pensarmos no direito positivo, levando-se em conta seu plano de expressão (S1), as unidades do sistema são enunciados prescritivos; se avaliarmos o plano das significações construídas a partir dos enunciados (S2), as unidades do sistema são proposições jurídicas; e se tomarmos o direito como o conjunto de significações deonticamente estruturadas (S3), que mantêm relações de coordenação e subordinación entre si (S4), as unidades do sistema jurídico são aquilo que denominamos norma jurídica em sentido estrito” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 278). Esta norma jurídica en sentido estricto que trata la autora, a decir verdad, sería el tipo sistemático del delito, incluso bajo la idea de tipo de garantía, abarcando la consecuencia jurídica sancionatória (Cfr. *infra* 2.3).

causas de justificación, etc.); y otra, proposición-tese, desveladora de la consecuencia jurídica punitiva o eximente<sup>50</sup>, todo ello configurando un tipo sistemático o una regla-matriz penal<sup>51</sup>.

### **1.2.1 Clases de normas jurídicas**

Pues bien, de lo expuesto hasta ahora, parece evidente la naturaleza de la norma jurídico-penal, su funcionalidad sistémica y la importancia indudable para la finalidad del Derecho: organizar la estructura social en expectativas más o menos anudadas en los valores primordiales, elegidos por sus miembros, ordenando, prohibiendo (y a veces permitiendo) conductas (positivas y negativas) del ciudadano, nunca como fin en sí mismo, siempre como medio para alcanzar (o permitir) el libre desarrollo de la personalidad con la dignidad del hombre.

Ahora bien, las vicisitudes e idiosincrasias de las relaciones intersubjetivas son muy diversas, como también lo son los bienes o valores dignos de tutela por el Derecho, de manera que la pluralidad de los medios regulativos u organizativos del seno social, otrosí, se presenta no sólo de modo irregular (sin un parámetro fijo estructural) sino también en flagrante expansión (no se puede buscar una única clasificación de los medios de control social ‘normados’, pues la evolución social paso-a-paso la desmentiría).

Excede los límites del presente trabajo exponer pormenorizadamente las diversas clases y sus contornos de las normas jurídicas. No obstante, para contextualizar los aportes dogmáticos (a menudo de la Filosofía del Derecho) a fin de estructurar la plenitud sistémica<sup>52</sup>, algunas clases (o subdivisiones) denotan importancia para la comprensión de la temática presentada.

#### **1.2.1.1 Normas jurídicas completas e incompletas**

El Derecho es el texto con base en el cual se formula la actuación normativa que la confiere sentido. Este ‘sentido’ como ‘finalidad’, no como significación – que será el resultado de un proceso exegético del hermeneuta. Ahora bien, en razón de las vicisitudes del ‘sistema’ Derecho, imposible sería pensar en un único tipo de norma jurídica, es decir, una única formulación lingüística dotada de sentido y con el desiderátum de pautar conductas de

---

<sup>50</sup> Cfr. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 72-79.

<sup>51</sup> Cfr. *infra* 1.3 y 2.3.

<sup>52</sup> Cfr. *supra* 1.2.

manera bilateral y atributiva. De ahí, innumerables disposiciones jurídicas son presentadas para configurar la totalidad del ordenamiento; es más: tenemos “(a) normas jurídicas completas, o simplemente normas jurídicas, (b) disposiciones jurídicas que no son normas, o disposiciones no normativas; y (c) normas incompletas, o tal vez mejor fragmentos de normas”<sup>53</sup>.

A decir verdad, dada las peculiaridades del Derecho, a menudo del Derecho penal, que busca regular imperativamente las conductas intersubjetivas – y para ello interactúa en el seno social restringiendo la libertad individual en aras de proporcionar una libertad colectiva más ventajosa – todas las normas jurídicas deben ser completas, sin embargo, dicha completud solo es alcanzable, como regla general, tras un proceso integrativo y exegético de diversos enunciados jurídicos, determinables dentro del marco conminado por el derecho positivo: principio de legalidad.

En el ámbito penal incriminador, verbigracia, no hay un único enunciado de lo cual se pueda extraer una norma jurídica completa<sup>54</sup>. Como profesa MIR PUIG<sup>55</sup>, “*podría pensarse que la mayor parte de artículos [de la parte especial del Código penal]... constituyen normas penales completas, por responder a la estructura supuesto de hecho-consecuencia jurídica*”, entretanto, “*si por norma ‘completa’ se entiende aquella que determina exhaustivamente el contenido del presupuesto y de su consecuencia jurídica (y no sólo toda aquella que posea un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, aunque el contenido de éstos no se halle*

---

<sup>53</sup> RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del Derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 118-119. Específicamente en la dogmática penal, MIR PUIG habla de ‘norma jurídica completa’, ‘norma jurídica incompleta’ y ‘disposiciones complementarias’ (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 60 y ss.).

<sup>54</sup> Importa destacar otro aspecto de la completud de las normas, netamente de las normas penales. No podemos confundir la norma que es incompleta jurídicamente, pues permite meros ajustes para definir enteramente el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, de las normas que lo son también incompletas pero en otro sentido: son dependientes de otras para ingresar en el sistema, como suele ocurrir con los enunciados de la parte general de nuestros Códigos penales. A propósito, vaticina GOLDSCHIMIDT que “algunas veces las normas requieren una precisión que su autor deliberadamente deja al arbitrio de quien la hará funcionar [supuestos incompletos de la parte especial del Código penal]; en este supuesto la voluntad de reparto del autor de la norma es imprecisa en el particular que aún requiere precisión. En otras hipótesis, las normas a fin de funcionar uniformemente, necesitan una reglamentación que su autor a propósito deja a criterio de otra persona [guarda semejanza con lo anterior, suele ocurrir en las denominadas ‘leyes penales en blanco’]; en este caso el autor tiene una voluntad precisa, pero ella es incompleta. En un tercer grupo de especies, no es posible ni siquiera admitir que estamos en presencia de una norma de reparto, si bien imprecisa e incompleta [ocurre con lo que denominamos de normas incompletas por dependencia]; nos encontramos con un mero principio de reparto que reclama normas para que pueda empezar a funcionar; correspondientemente el autor no tiene sino una mera voluntad de principio” (GOLDSCHIMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho*, sexta edición. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 280). En sentido semejante: RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. *Introducción a la ciencia del derecho*. Salamanca: Librería Cervantes, 1991, p. 173.

<sup>55</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición. Montevideo: Editorial B de F, 2003, p. 30.

*exhaustivamente precisado)*”, parece obvio que ningún precepto incriminador de nuestras leyes penales posee sentido normativo completo, pues, como mínimo, deberá enlazarse con otros preceptos que lo limitan o aclaran<sup>56</sup>.

Aún siguiendo el tirocinio de MIR PUIG<sup>57</sup>, “*adviértase, en efecto, que un entendimiento literal del art. 407 [actual 138 del CP español], que lo concibiese como norma completa en sí misma, llevaría al absurdo de considerar efectivamente punible todo homicidio, con independencia de que concurriesen causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad, y siempre con la pena de reclusión menor, aunque se hallasen en juego circunstancias modificativas que impusieran el desbordamiento del marco típico de la pena*”. Esto no es así, a toda evidencia, pues la norma que nos prescribe ‘!no matar!’, lo hace en sentido aún incompleto, demandando que para su completitud semántica el interprete se socorra de otras normas, también incompletas, que la limitan. Pues bien, y así concluye el autor barcelonés: “*todas estas limitaciones se hallan implícitas en el art. 407 porque así lo impone la interpretación sistemática, que obliga a su puesta en relación con otros preceptos del Código Penal: los arts. 8, 9, 10, 11, en relación con los arts. 61 y ss., y 30. Ahora bien, si estos preceptos han de completar al art. 407, éste no puede considerarse expresión de una norma penal completa*”<sup>58</sup>.

Está claro, por tanto, que del ordenamiento penal de la parte especial de nuestros Códigos solemos extraer ‘normas jurídicas incompletas’, que necesitan de fragmentos normativos que, a su vez, también están en el texto legislado, pero devenidos de otros enunciados, y como regla general hallados en el mismo Código<sup>59</sup>. Como hemos visto en el ejemplo del profesor MIR PUIG, es lo que sucede con la figura del homicidio en España, donde se ubica una norma penal incompleta en el proceso de significación del artículo 138 y su completud con fragmentos de normas devenidos de otros dispositivos o proposiciones que

---

<sup>56</sup> Cfr. ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 5ª edição (trad. J. Batista Machado). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 28-29; RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 117-119; ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho*, volumen I, 5ª edición. Navarra: Civitas, 2013, p. 203; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, vol. 1 (trad. Ibáñez/Bayón/Gascón/Prieto Sánchis/Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 411.

<sup>57</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición. Montevideo: Editorial B de F, 2003, p. 30-31.

<sup>58</sup> Los citados artículos se refieren al antiguo CP español, pero que se encuentran actualmente previstos en los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 19 del vigente Código.

<sup>59</sup> En sentido contrario, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN entienden que el artículo 138 del CP español revela una norma penal completa, reservando el concepto de normas penales incompletas para aquellas que necesitan de otra norma para irradiar efectos – como las normas permisivas –, y normas penales en blanco para aquellas que remiten parte del supuesto de hecho a otras normas. (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª edición. Valencia: Tirante lo Blanch, 2010, p. 35-39).

revelen una delimitación o una limitación de la norma incompleta, de manera que revele al intérprete/aplicador del derecho/ciudadano un *hecho típico, ilícito, culpable y punible*, bien como su consecuencia jurídica; es decir, cuando tiene suficientemente especificados los dos elementos mínimos de una norma jurídica: un supuesto de hecho y una consecuencia<sup>60</sup>.

Es especialmente necesaria tal comprensión de la norma jurídico-penal, en el tema de las denominadas 'leyes penales en blanco', en la medida en que lo que se presenta aquí no es una estructura lógico-semántica diferente de la sobredicha norma del delito de homicidio (que sabidamente no es uno de los ejemplos que la doctrina suele dar de una 'ley penal en blanco'): se exige en uno y otro una remisión normativa para el sentido completo de la norma<sup>61</sup>. Inclusive, en algunos delitos de la parte especial (como el allanamiento de morada: art. 202 del CP español<sup>62</sup>) pudiéndose remitir, otrosí, a disposiciones extrapenales<sup>63</sup>.

Algunos autores, buscando una completud normativa sistémica y referida al rasgo sancionatorio del Derecho, presuponen la norma jurídica completa como un ente bímembre<sup>64</sup>, caracterizado solamente cuando conjuntamente se presentan las normas jurídicas primaria y secundaria, esta última en el sentido procedimental y que llamamos de norma verdaderamente secundaria<sup>65</sup>; y no como suele concebirla por la dogmática tradicional –

---

<sup>60</sup> Cfr. RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 117.

<sup>61</sup> Cfr. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2010, p. 347-348.

<sup>62</sup> Código penal español, Art. 202.1: 'El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses'.

<sup>63</sup> Verbigracia, lo que ocurre con la regla del consentimiento del ofendido, reconocida como una causa de justificación no disciplinada expresamente entre las eximentes del CP. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito* (trad. Juarez Tavares/Luiz Régis Prado). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 119-121.

<sup>64</sup> Bímembre (o dual) en el sentido de la Teoría Ecológica de CARLOS COSSIO, que GOLDSCHIMIDT así bien la resume: "La 'teoría ecológica' ('ecológico' = referente al sujeto actuante) de Carlos Cossio opina que la norma jurídica se configura como juicio disyuntivo cuyo esquema sería el siguiente: 'Dado A, debe ser P (prestación), o dado no P, debe ser S (sanción)'. La primera parte de la fórmula (dado A, debe ser P) contiene la llamada endonorma, y la segunda (dado no P, debe ser S) la llamada perinorma" (GOLDSCHIMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho*, sexta edición. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 211-212). En Brasil, señala BARROS DE CARVALHO que "para essa escola, a norma completa seria formada pela disjunção de dois juízos hipotéticos ou, em outros termos, trata-se de uma disjunção proposicional que reúne, na mesma estrutura lógica, por meio da conjunção disjuntiva 'ou', duas proposições de 'dever ser'. A primeira, que pode ser equiparada à norma secundária de Kelsen, Cossio designou de 'endonorma' e a segunda, que teria a mesma função da norma primaria, o autor argentino chamou de 'perinorma' (CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*, 5ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 48). Criticando la teoría ecológica: SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, vol. I, 10ª. reimpression total (actualizador Guillermo J. Fierro). Buenos Aires: TEA, 1992, p. 145-146.

<sup>65</sup> Cfr. *infra* 1.2.1.4.1.

simplemente como la completud semántica del enunciado –, o sea, como la proposición jurídica<sup>66</sup>.

Es preferible, para la exacta comprensión de la materia objeto de estudio, la tradicional distinción apuntada, donde se extrae la lección de que “*una disposición jurídica (o un conjunto de disposiciones jurídicas) contiene una norma jurídica completa cuando contiene una directiva de conducta y tiene completamente especificadas las condiciones de aplicación de la misma*”<sup>67</sup>; lo que no se percata en la estructura tipológica de nuestros Códigos.

### **1.2.1.2 Normas jurídicas generales y abstractas; particulares y concretas**

Otro concepto muy importante y que ‘recorta’ el objeto de manera quirúrgica para el conocimiento de las ‘normas’, en especial de las ‘normas jurídicas’, es el de normas generales/particulares y de abstractas/concretas. En el tema de las remisiones normativas – rasgo característico de las leyes penales en blanco –, como veremos, es aún más importante, pues el legislador se remite a normas de uno o de otro tipo indistintamente, lo que puede ocasionar (y de hecho ocasionan) conflictos no siempre conciliables con el principio de legalidad, incluso generando dificultades en discernir una u otra modalidad de remisión<sup>68</sup>.

Pues bien, se diferencia la norma en general o particular, en las avaladas palabras de BOBBIO<sup>69</sup>, respecto al sujeto destinatario de la norma, respectivamente, “*según si se dirigen a una pluralidad de individuos o a un solo sujeto individualmente considerado*”. A su vez y con apoyo en el mismo magisterio del profesor italiano, podemos diferenciar en norma abstracta o concreta “*con respecto a su contenido... según si el comportamiento que prescriben consiste en una clase o categoría abstracta de acciones o, por el contrario, en una acción determinada*”. De hecho, “*toda norma cuyo antecedente consiste en una hipótesis futura, resulta general, porque plantea como antecedente hechos irreales, y todo lo irreal es genérico. Al contrario, toda norma que se base en un antecedente pasado, es una*

---

<sup>66</sup> Cfr. *infra* 2.2.

<sup>67</sup> RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 119. En el mismo sentido: RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. *Introducción a la ciencia del derecho*. Salamanca: Librería Cervantes, 1991, p. 173; DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*, 6ª edición. Barcelona: Bosch, 1953, p. 355 y ss..

<sup>68</sup> Cfr. *infra* 3.2.1.2.

<sup>69</sup> BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico* (trad. Rafael de Asís; Andrea Greppi). Madrid: Debate, 1993, p. 195. Así también: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, vol. 1 (trad. Ibáñez/Bayón/Gascón/Prieto Sánchis/Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 219-222; RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 125-133.

*norma individual, ya que todo lo pasado era real, y todo lo real es individual en el sentido concreto*<sup>70</sup>.

KELSEN ya nos brindaba con la misma clasificación, aseverando que “*a norma pode ter um caráter individual ou geral. Uma norma tem caráter individual se uma conduta única é individualmente obrigada; p.ex.: a decisão judicial de que o ladrão Schulze deve ser posto na cadeia por um ano. Uma norma tem o caráter geral se uma certa conduta universalmente é posta como devida, como, p. ex., a norma de que todos os ladrões devem ser condenados à prisão*”<sup>71</sup>.

Ahora bien, todas las normas presuponen los mismos requisitos básicos para ‘ser’ normas. Tanto las generales/particulares como las abstractas/concretas son unidades que describen sucesos del ámbito social imponiendo determinadas consecuencias establecidas por el ordenamiento y reconocidas por el sistema<sup>72</sup>.

### **1.2.1.3 Normas jurídicas de conducta y de estructura; directas o indirectas de acción**

Aquí se presenta otra distinción importante de la ‘Teoría de las Normas Jurídicas’, la cual indudablemente logró enorme atención por destacados jusfilósofos a lo largo del último siglo, ora reconociendo un único tipo de normas (las imperativas destinadas a obrar en sentido de la obediencia de los súbditos<sup>73</sup>), ora reconociendo otras tantas más y con una diversidad de denominaciones: normas de estructura (o normas de organización<sup>74</sup> o reglas secundarias<sup>75</sup>) o normas indirectas para la acción.

Mientras guarden similitudes, preferimos la clasificación en normas directas o indirectas de acción; que más bien servirá para el propósito del presente trabajo. Sin embargo,

---

<sup>70</sup> GOLDSCHIMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho*, sexta edición. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 208-209.

<sup>71</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas* (trad. José Florentino Duarte). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 10.

<sup>72</sup> Cfr. CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos de incidência*, 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 32-33.

<sup>73</sup> Cfr. ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho*, volumen I, 5ª edición. Navarra: Civitas, 2013, p.188-194.

<sup>74</sup> Sobre las normas de organización: RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. *Introducción a la ciencia del derecho*. Salamanca: Librería Cervantes, 1991, p. 172-173.

<sup>75</sup> El sentido de las ‘reglas secundarias’ de H.L.HART es distinto de aquello que se suele conferir. Para el autor inglés, además de las ‘reglas’ de conducta, que llamaba primarias, teníamos otras que sería verdaderas ‘reglas sobre reglas’, necesarias para conferir unidad y dinamismo al sistema. Eran de tres tipos: regla de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de jurisdicción. Cfr. HART, Herbert L.A.. *El concepto del derecho*, 3ª edición (Trad. Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, p. 114 y ss..

guarda importancia, a menudo en Brasil, la clasificación en normas de conducta y de estructura, la cual profesa, como parte importante de la doctrina, TOMAZINI DE CARVALHO: “Clássica é, na doutrina do direito, a divisão das regras jurídicas em dois grandes grupos: (i) normas de comportamento (ou de conduta); e (ii) normas de estrutura (ou de organização). As primeiras diretamente voltadas para as condutas interpessoais; e as segundas voltadas igualmente para as condutas das pessoas, porém, como objetivo final os comportamentos relacionados à produção de novas unidades jurídicas”<sup>76</sup>.

Sobre las normas de estructura, añade BARROS CARVALHO que “numa análise mais fina das estruturas normativas, vamos encontrar unidades que têm como objetivo final ferir de modo decisivo os comportamentos interpessoais, modalizando-os deonticamente como obrigatórios (O), proibidos (V) e permitidos (P), com o que exaurem seus propósitos regulativos... Outras, paralelamente, dispõem também sobre condutas, tendo em vista, contudo, a produção de novas estruturas deôntico-jurídicas... No primeiro caso, a ordenação final da conduta é objetivo pronto e imediato. No segundo, seu caráter é mediato, requerendo outra prescrição que podemos dizer intercalar, de modo que a derradeira orientação dos comportamentos intersubjetivos ficará a cargo de unidades que serão produzidas sequencialmente... Denominemos normas de conduta às primeiras e normas de estrutura às últimas”<sup>77</sup>.

En semejante sentido, sobre las normas directas o indirectas para la acción, ROBLES<sup>78</sup> es el mayor exponente. Según el festejado maestro español, “desde el punto de vista de la función primordial de toda norma jurídica, consistente en dirigir u orientar la acción humana, hay que distinguir... dos tipos: las normas directas y las indirectas de la acción”. Y añade: “Las normas directas de acción contemplan acciones de manera directa. Entre esas acciones se encuentran algunas que son calificables de conductas, pero también hay acciones que no son conductas. El concepto de acción es más amplio que el de conducta. Toda conducta implica una o varias acciones, pero hay acciones que no son calificables como conductas”. De veras es diferente cuando el precepto legal – aunque pretenda, al fin y al cabo, dirigir determinada acción – establece el significado normativo de determinado elemento de otro precepto, que cuando establece desde ya la acción a ser dirigida. En el

<sup>76</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 349. Cfr. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54-55.

<sup>77</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos de incidência*, 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 64. Así también: BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Madrid: Temis, 1987, p. 151.

<sup>78</sup> ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho*, volumen I, 5ª edición. Navarra: Civitas, 2013, p. 217-218.

primer caso, tendremos un soporte físico de una norma indirecta de acción; en el último, uno de una norma directa de acción.

Las normas directas de la acción comprenden aquellas que inmediatamente se dirigen a determinado actuar del destinatario, como ocurre en los tipos penales; por otro lado, las indirectas establecen momentos previos o simultáneos del actuar propiamente dicho, de manera más bien indirecta o accesorio, pero con importancia para que sea alcanzado la finalidad primordial de las normas: dirigir las conductas de sus destinatarios. En las remisiones dicha clasificación pone de manifiesto una clara diferencia entre las remisiones características de un elemento normativo del tipo – pues no dirigen, directamente, la acción misma establecida en el tipo – y, por otro lado, las remisiones características de una ley penal en blanco, que aquí sí, como veremos, sirven para dirigir la acción, aunque sea de manera limitativa<sup>79</sup>.

A decir verdad, no parecen suscitar grandes problemas la identificación de las normas directas, más bien las indirectas para la acción suelen plantear dudas para su caracterización. Sobre estas últimas, enseña ROBLES que *“establecen condiciones o presupuestos para la existencia de las normas directas y, por tanto, de las acciones reguladas por éstas”*, y que *“además de las que determinan cuáles son las fuentes del ordenamiento jurídico: a) Las normas que establecen cuáles son los elementos espaciales del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, del sistema que lo refleja. b) Las que establecen cuáles son los elementos temporales del sistema jurídico. c) Las que señalan quiénes son los sujetos destinatarios de las normas que componen un determinado sistema jurídico y, por consiguiente, señalan quiénes son los sujetos potenciales de las acciones jurídicas que dicho sistema prevé. d) Las que establecen cuáles son las capacidades o competencias de los sujetos mencionados anteriormente, lo que equivale a señalar cuáles son las acciones que, potencialmente, pueden realizar dichos sujetos”*<sup>80</sup>.

Grosso modo, las normas indirectas se caracterizan, desde el punto de vista funcional, porque no regulan propiamente acciones, sino que establecen los presupuestos o condiciones para la regulación de aquellas (es decir, interpretan o delimitan conceptos del seno cultural o jurídico, funciones características de los elementos normativos del tipo). De hecho, *“antes de saber lo que está prohibido o permitido, lo que se debe hacer u omitir, es necesario saber en*

---

<sup>79</sup> Cfr. *infra* 3.2.1.1 y 3.2.1.3.

<sup>80</sup> ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho*, volumen I, 5ª edición. Navarra: Civitas, 2013, p. 218.

*qué espacio hay que realizar la acción, durante qué tiempo, quiénes son los sujetos potenciales de dichas acciones, y cuáles son las acciones posibles*”<sup>81</sup>. A su vez, hay un rasgo lingüístico que también caracterizan las normas indirectas de acción: a diferencia de las ‘directas’, el verbo que mejor refleja su comando es el ‘ser’, mientras aquellas denotan siempre un ‘deber ser’.

Una perfecta distinción entre las normas directas e indirectas de acción, otrosí, adquiere importancia para el tema de las ‘leyes penales en blanco’ en la medida en que se suele plantear en ellas problemas con el principio de legalidad penal. Dichos problemas, cuanto a la función político-democrática del principio, radican en la tesis de que bajo la conformación constitucional y su reparto de competencias, no se podría admitir que una ley penal remitiese parte del cometido de la acción proscrita a un enunciado de rango inferior. Es decir, si otros poderes decisionales, que no el Congreso, pueden editar enunciados que, al fin y al cabo, revelarían la completitud de normas directas para la acción, a menudo en el ámbito penal<sup>82</sup>.

Empero, hay que debatir si dicho principio reclama un actuar legislativo central para la edición de enunciados normativos que reflejan las normas directas de acción o, por otro lado, a toda y cualquiera norma jurídico-penal (ya en su completud estructural, como norma jurídico-penal completa). A su vez, se podría sostener que el precepto remitido, en los casos de las leyes penales en blanco, actúa como una ‘norma indirecta de acción’, para definir conceptos a utilizar por la norma devenida de la ley penal. Así que se pone de manifiesto la relevancia del planteamiento en aras de garantizar una adecuación constitucional de la técnica de remisión que desborda del concepto de ‘ley penal en blanco’.

La distinción entre normas directas para la acción (a menudo las de conducta) e indirectas para la acción (como normas de estructura) denota relevancia en la medida que el legislador suele valerse indistintamente de la técnica de remisión, entretanto, para las ‘leyes penales en blanco’ sólo importaría verdaderamente el estudio de las primeras, pues solamente las normas de conducta – primarias derivadas punitivas – que se extraen de los enunciados completos podrán ser verdaderas ‘leyes penales en blanco’<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho*, volumen I, 5ª edición. Navarra: Civitas, 2013, p. 218.

<sup>82</sup> Cfr. *infra* 5.2.

<sup>83</sup> Así también lo comprende CURY, para quien “solo son leyes penales en blanco las que tipifican delitos. Por consiguiente, quedan fuera de consideración los preceptos de la parte general, cuyo carácter es eminentemente complementario y tienen una estructura diferente” (CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 48). En el mismo sentido, SILVA: “pode-se observar que somente podem ser designadas como

#### 1.2.1.4 Normas jurídicas primarias y secundarias

Igualmente, tenemos otra importante clasificación para el tema, también muy debatida entre los jusfilósofos, pues la tranquila propuesta de la doctrina clásica de la Filosofía del Derecho fue trastocada por KELSEN en su teoría sobre la norma completa<sup>84</sup>. Que toda norma jurídica define conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas, todos lo sabemos, pero hay algo más. Como bien profesa RODILLA, “*un rasgo bien característico de los sistemas jurídicos es contener además normas que dirigen la conducta castigando determinadas acciones: en otras palabras, normas penales, sancionatorias o punitivas*”<sup>85</sup>. A estas normas la doctrina clásica las denominó ‘normas secundarias’, sea porque son precedidas de otra norma, dirigida a los ciudadanos (criterio cronológico), sea porque debe haber otra norma superior, más importante, destinada a dirigir las conductas intersubjetivas (criterio jerárquico)<sup>86</sup>.

Lo mismo se verifica en el ámbito penal<sup>87</sup>. Como bien apunta BALCARCE<sup>88</sup>, hoy en la doctrina penal existe consenso sobre una doble distinción de normas en el seno del Derecho penal: una norma dirigida directamente a los ciudadanos en general, establecedora de cómo deben comportarse (dirigiendo directamente la acción), que se suele denominar de norma primaria (norma de conducta); y otra norma, establecedora del ‘cómo’ decidir los diferentes casos y, eventualmente, del ‘cómo’ castigarlos, dirigida a los órganos de decisión (Estado-juez), llamada norma secundaria (norma de sanción), también dirigiendo directamente la acción, empero de manera condicional al incumplimiento de la anterior<sup>89</sup>.

Otra aportación aduce FERRAJOLI, bajo su clasificación en ‘tética’ y ‘hipotética’ para las normas, con su particular idea de sistema y de garantías del sistema (las cuales son

---

leis penais em branco aquelas que tipificam delitos” (SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 77).

<sup>84</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, 4ª edición (trad. Moisés Nilve). Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 60-61.

<sup>85</sup> RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del Derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 143.

<sup>86</sup> Cfr. CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*, 5ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 41-48.

<sup>87</sup> Cfr. *infra* 2.2.1.

<sup>88</sup> BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009, p. 71.

<sup>89</sup> Mientras haya predominio del criterio clásico, es decir, de admitirse tal y cual la norma primaria como aquella dirigida al ciudadano, lo mismo no se puede afirmar lo mismo en cuanto a la denominación de secundaria – como aquella dirigida inmediatamente a los encargados del incumplimiento de la norma primaria –, pues, como consignamos en la subepígrafe 1.2.1.4.1, para algunos se trata respectivamente de ‘normas primarias precedentes’ y ‘normas primarias derivadas’; reservando el término ‘normas secundarias’ para otro tipo de norma, de cariz procesal o adjetivo, en una relación bímembre o completa del comando normativo.

“situaciones activas (de obligación o de prohibición) diseñadas para la tutela de las situaciones pasivas (de expectativa positiva o negativa)” por los ciudadanos; y que se dividen en primarias – obligación de una determinada prestación o de la prohibición de lesión a un derecho o bien – y secundarias – como obligación de anulación o de condena predispuestas en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad por un acto ilícito). De dichas garantías – primarias y secundarias – el autor italiano extrae la idea de ‘norma primaria’ y ‘norma secundaria’, pues en la primera tendremos la inobservancia deónticamente considerada como ilícito; mientras en la segunda tendremos la necesaria observación hipotético-deóntica en aras de anular un acto inválido o condenar a alguien por un acto ilícito<sup>90</sup>.

En efecto, lo que interesa para los lindes de este trabajo es poner de manifiesto la importancia de la clasificación en primarias y secundarias, pues de las clásicamente consideradas ‘secundarias’ (como normas de sanción) se puede extraer la conclusión de que, para conminar una sanción, en su antecedente deberá constar, obligatoriamente, el incumplimiento de la norma primaria (que debe ser una norma de conducta), es decir, el tipo de acción desconsiderado por el autor y la consecuencia jurídica establecida previamente.

No por otro motivo, profesora HAFFKE que *“la necesidad de esta distinción [norma de conducta y norma de sanción] – establecida de modo previo a todo trabajo dogmático y, en este sentido, lógico-objetiva – aparece hoy – pese a las divergencias terminológicas – indiscutidas en lo esencial tanto en el plan de la teoría de las normas y de la teoría del Derecho como en el de la Sociología del Derecho, aspecto este último que merece ser especialmente puesto de relieve”*<sup>91</sup>. En el caso de las remisiones normativas, gana relieve el debate en aras de establecerse si la norma primaria, de conducta, deberá estar reflejada en la ley en blanco – como una norma primaria precedente –, o, en algunos casos, estará más bien establecida en un precepto remitido que, como veremos, puede ser de rango inferior a una ley en sentido estricto.

En suma, por ahora, basta con afirmar que según la doctrina dominante serían primarias las normas dirigidas al ciudadano para regir su conducta (en lo penal, serían las normas de

---

<sup>90</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, vol. 1 (trad. Ibáñez/Bayón/Gascón/Prieto Sánchis/Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 630-644.

<sup>91</sup> HAFFKE, Bernhard. “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para-la imputación jurídicopenal”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: JM Bosch, 1995, p. 129.

prohibición, p. ej. ‘!no matarás! o ‘dado que es relevante el valor vida, debe-ser que alguien no mate a otro’). A su vez, serian secundarias las normas que hubiesen prever, en su antecedente (proposición-hipótesis), el incumplimiento de la norma de conducta propiamente dicha, estableciendo como consecuencia una sanción<sup>92</sup>.

#### **1.2.1.4.1 Las normas primarias precedentes y derivadas; y las normas verdaderamente secundarias**

Hemos visto que para la doctrina tradicional existe una ‘norma primaria’ que ordena o prohíba un determinado comportamiento (estamos, para efectos didácticos, olvidándonos propositivamente de las normas permisivas); y, en una relación no-asimétrica<sup>93</sup>, una segunda norma ‘secundaria’ que prevería en su antecedente el incumplimiento de aquella o, si se prefiere, el no-logro del consecuente de la norma de conducta precedente: la dirección de una conducta intersubjetiva. Lo que da inicio a este tipo de argumento es que el legislador, por motivos de economía legislativa, suele enunciar expresamente tan solo lo que sería la llamada ‘norma secundaria’, aunque algunas lo hagan de manera incompleta<sup>94</sup>.

Sobre ello, señala ROBLES que *“bajo esta fórmula simple se esconden nada menos que tres deberes diferentes: el deber del ciudadano de comportarse de determinada manera, el deber del órgano de decisión de ordenar la imposición de una sanción en el supuesto de que el súbdito transgreda su deber y, por último, el deber del órgano de ejecución de imponer la sanción ordenada”*<sup>95</sup>. De hecho, cuando vemos – verbigracia – el artículo 138 del CP español, encontramos un texto que nos dice ‘el que matare a otro será castigado con una pena Y’, empero, de ahí, vemos a lo mejor tres normas: una, dirigida al ciudadano: ‘no debes matar’; otra, dirigida al juez: si alguien mata a otro, debe imponer la sanción Y’; y otra, dirigida a los órganos jurisdiccionales encargados de ejecutar la condena: si se impone la sanción X a alguien, debe ejecutarla de modo Y’.

---

<sup>92</sup> En este sentido nos parece indicada la definición de LOURIVAL VILANOVA, para quien la división entre norma jurídica primaria y norma jurídica secundaria descansa en el hecho de que “naquela [primaria], estatuem-se as relações deônticas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fácticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta [secundaria], preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida” (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, 4ª edição. São Paulo: Noeses, p.73).

<sup>93</sup> Cfr. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, 4ª edição. São Paulo: Noeses, p. 105.

<sup>94</sup> Cfr. supra 1.2.1.1.

<sup>95</sup> ROBLES, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*. Palma: Facultad de Derecho de Palma, 1984, p. 189.

BARROS CARVALHO demuestra otra dimensión del mismo objeto de análisis, cuando afirma que *“na completez, as regras do direito têm feição dúplice: (i) norma primária (ou endonorma, na terminologia de Cossio), a que prescreve um dever, se e quando acontecer o fato previsto no suposto; (ii) norma secundária (ou perinorma, segundo Cossio), a que prescreve uma providência sancionatória, aplicada pelo Estado-Juiz, no caso de descumprimento da conduta estatuída na norma primária... A Teoria Geral do Direito refere-se à relação jurídica prevista na norma primária como de índole material, enquanto a estatuída na norma secundária seria de direito formal (na acepção de processual, adjetiva)”*<sup>96</sup>.

Véase que a diferencia de una simple previsión de incumplimiento de dicha ‘norma primaria’, lo que se sostiene aquí es que la secundaria tiene más alcance: no solamente prevé dicho incumplimiento como también lo confiere juridicidad, estableciendo al Estado-Juez poderes instrumentales para hacer cumplir la sanción, denotando una regla de la especie instrumental, procesal o adjetiva<sup>97</sup>. De ahí que, si de la ley penal se extrae una norma dirigida a los ciudadanos y otra dirigida a los jueces; y cuando se da el incumplimiento de la norma primaria, se llega a la conclusión que tenemos dos normas dirigidas a los órganos encargados de la sanción: una, dirigida al juez, para imputar a alguien una pena, y otra dirigida a los encargados de la ejecución de la pena para hacer cumplir el mandato sancionatorio, ¿tendríamos entonces dos normas primarias o dos secundarias?

A decir verdad, utilizando un criterio jerárquico (de importancia mismo), pensamos mejor sostener que tenemos dos normas primarias, que cronológicamente se sobreponen. Eso es así porque, si se prevé en la ‘norma secundaria’, como consecuente, la imposición por si misma de la sanción (como resultado de una relación jurídica de naturaleza instrumental), aquella que determina al Estado-Juez conminar la pena solamente podrá ser una ‘norma primaria’ que la precede, aunque, como veremos, es derivada – o hipotética, como alecciona FERRAJOLI<sup>98</sup>.

Ahora bien, si esta norma, antes dicha ‘secundaria’, ahora es primaria, ¿negaríamos la existencia de la norma primaria dirigida al ciudadano o le rebajaríamos la importancia como

<sup>96</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*, 4ª edição. São Paulo: Noeses, 2011, p. 138-139.

<sup>97</sup> Cfr. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2010, p. 310-312.

<sup>98</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, vol. 1 (trad. Ibáñez/Bayón/Gascón/Prieto Sánchis/Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 223 y 400.

ha hecho a su tiempo KELSEN<sup>99</sup>? La respuesta debe ser un rotundo no. En realidad, ambas son primarias, pero con diferentes matices: ésta, dirigida al ciudadano – la más importante para el sistema jurídico<sup>100</sup> – que se denominará como simplemente ‘primaria precedente’; y aquella, dirigida al Estado-Juez – y que suele ser identificada fácilmente en los preceptos penales de nuestro Código – que se denominará ‘primaria derivada punitiva’<sup>101</sup>. La ‘norma secundaria’ será una norma procedimental, adjetiva, procesal, que establecerá en su antecedente el cumplimiento de la norma primaria derivada punitiva por el juez, y en su consecuente un ‘deber ser’ dirigido al Estado para ejecutar la sanción prevista<sup>102</sup>. Esta última sería, entonces, la norma verdaderamente secundaria.

Lo que se debe tener en cuenta, a menudo para ajustar las definiciones, es que tanto la norma primaria derivada punitiva, como la norma verdaderamente secundaria susodicha, poseen en el antecedente un incumplimiento (sólo que inmediato en el primer caso, y mediato en el segundo); la diferencia está en la capacidad *in concreto* de coercitividad, lo que se extrae solamente de la última; y que, en las palabras de ENGISH, confieren a la primera el reconocimiento de ‘jurídico’<sup>103</sup>.

Sobre el tema, a propósito, enseña SANTI que *"nas normas primárias situam-se as relações jurídicas de direito material (substantivo), nas normas secundárias, as relações jurídicas de direito formal (adjetivo ou processual) em que o direito subjetivo é o de ação (em sentido processual)"*, de manera que *"têm-se, portanto, normas primárias estabelecadoras de relações jurídicas de direito material decorrentes de (i) ato ou fato lícito,*

---

<sup>99</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, 4ª edición (trad. Moisés Nilve). Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 60-61.

<sup>100</sup> Cfr. *infra* 2.2.1.

<sup>101</sup> Lo que importa para caracterizar la norma como precedente o derivada es la necesidad de manifestación deóntica anterior para resultar efectiva; ya sancionatoria es la previsión de una sanción en el consecuente normativo. Así, SANTI profesa que “têm-se, portanto, normas primárias estabelecadoras de relações jurídicas de direito material, decorrentes de (i) ato ou fato lícito e (ii) ato ou fato ilícito. A que tem pressuposto antijurídico, denominamos norma primária sancionadora, pois veicula sanção – no sentido de obrigação advinda do não cumprimento de um dever jurídico –, enquanto que a outra, por não apresentar aspecto sancionatório, convencionamos chamar norma primária dispositiva” (SANTI, Eurico Marcos Diniz de.  *Lançamento tributário*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38).

<sup>102</sup> Conclusión semejante alcanza SILVA SÁNCHEZ cuando habla de un aparente círculo vicioso entre lo que se suele llamar de norma penal ‘primaria’ y ‘secundaria’, pues esta última no enlaza directamente una sanción a su destinatario – el juez – sino que lo hace bajo otra norma que a su vez torna a ser ‘primaria’, inculpativa del delito de prevaricación judicial (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, p. 313).

<sup>103</sup> “Com referência a este último ponto contentemo-nos com a observação de que os direitos e deveres apenas são reconhecidos como jurídicos quando podem ser defendidos e efectivados através de meios jurídicos – o que hoje praticamente significa, dada a íntima ligação entre Direito e Estado, que eles, sendo necessário, podem fazer-se valer perante as autoridades judiciais e administrativas” (ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 5ª edição (trad. J. Batista Machado). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 21).

e (ii) de ato ou fato ilícito. A que tem pressuposto antijurídico denominaremos norma primária sancionadora pois veicula uma sanção – no sentido de obrigação advinda do não cumprimento de um dever jurídico – enquanto que a outra, por não apresentar aspecto sancionatória, convencionamos chamar norma primária dispositiva”<sup>104</sup>.

En sentido semejante, DEL VECCHIO nos alecciona al establecer que “[De] las dos especies de normas hasta aquí examinadas [primarias y secundarias] son normas primarias, que existen y subsisten por sí; esto es, expresan directamente una regla obligatoria del obrar. En cambio, las otras especies de normas que ahora vamos a examinar son secundarias, no subsisten por sí mismas, sino que dependen de otras, a las cuales han de ser referidas para poderlas entender propiamente: pues sólo coligándolas con otras principales, cabe descubrir aquello que de jurídico contienen”<sup>105-106</sup>.

En el escenario penal, vaticina TOMAZINI DE CARVALHO que “tanto a norma secundária quanto a primária derivada punitiva têm como hipótese a inobservância, pelo sujeito passivo, da relação jurídica no conseqüente de outra norma”. Y concluye: “O que diferencia uma da outra é a relação prescrita no conseqüente normativo de cada uma delas. A norma derivada punitiva, em seu conseqüente, contém critérios de identificação de uma relação jurídica entre os mesmos sujeitos da relação jurídica não-adimplida, enquanto que a norma secundária prescreve uma relação sancionadora que se estabelece entre o sujeito ativo da relação jurídica não-cumprida e o Estado-juiz. É uma relação de coercitividade-angular, ou processual ( $Sa \rightarrow Sj \rightarrow Sp$ ), mediante a qual o órgão judicial atuará coativamente, forçando o sujeito passivo a adimplir a conduta prescrita na norma primária”<sup>107</sup>.

En efecto, para evitar confusiones terminológicas, hablaremos de ‘norma primaria precedente’ para indicar la norma dirigida al ciudadano que busca obligar o prohibir determinada conducta; mientras que de ‘norma primaria derivada sancionatoria o punitiva’

<sup>104</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de.  *Lançamento tributário*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37-38.

<sup>105</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*, 6ª edición. Barcelona: Bosch, 1953, p. 362.

<sup>106</sup> Semejante es el aleccionar de MIGUEL REALE: “Hay reglas de Derecho cuyo objetivo inmediato es regular el comportamiento de los individuos o las actividades de los grupos y entidades sociales en general; mientras que otras poseen un carácter instrumental, mirando a la estructura y funcionamiento de órganos o a la regulación de procesos técnicos de identificación y aplicación de normas a fin de asegurar una convivencia jurídicamente ordenada. De hecho surge la tendencia a considerar, como primarias, las normas que enuncian las formas de acción o de comportamiento lícitas o ilícitas y, como secundarias, las normas de naturaleza instrumental” (REALE, Miguel. *Introducción al derecho*, 5ª edición. Madrid: Ediciones Pirámide, 1982, p. 76).

<sup>107</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 77.

para indicar la segunda, de cariz instrumental: dirigida al Estado-Juez, previendo el incumplimiento de aquella, y determinando un actuar sancionatorio. Empero, la ‘norma secundaria’ se revelará en otro plano: en el plan procesal, por tratarse de norma de cariz adjetivo y que se destina, sin más, a la ejecución de una determinada sanción<sup>108</sup>.

Tal división, en ‘primaria precedente’, ‘primaria derivada punitiva’ y ‘secundaria, de cariz instrumental’, posee una relevancia sustantiva en la medida que separa mejor la finalidad garantística ‘primaria’ y ‘secundaria’ de las normas (a quien se dirige, lo que pretende regular, donde se extrae el tipo de acción, etc.)<sup>109</sup>. Sobre el tema propuesto, habrá de tenerse dichos conceptos en la hora de apreciarse los límites de lo que fuera remitido por la ley penal en blanco, en aras de garantizar lo que sea ‘la norma primaria precedente’, pues, en homenaje al principio de legalidad, el núcleo esencial de dicha norma de prescripción deberá ser plasmado ya en el precepto remisor.

Además, uno de los problemas que se suele plantear a dicha técnica legislativa es la posibilidad odiosa de un *bis in idem*, puesto que al remitirse el precepto a otro dispositivo normativo, se puede pasar que también este tenga una norma derivada punitiva específica de su rama (administrativa, civil, tributaria, etc.). Creemos que la progresividad sancionatoria es la clave, pero eso solamente se podrá constatar caso los conceptos de norma primaria precedente y norma primaria derivada punitiva sean aceptables<sup>110</sup>.

### 1.3 La regla-matriz de incidencia

Según se aprehende de la lección de BARROS CARVALHO, es perceptible que en la ‘incidencia jurídica’ tenemos dos operaciones formales: una, de subsunción o de inclusión de clases, “*em que se reconhece que uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, inclui-se na classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata*”<sup>111</sup>. Otra, la segunda operación, es de implicación en la medida en que la fórmula normativa prescribe que el hecho acaecido y

---

<sup>108</sup> Con semejante clasificación trabaja FERRAJOLI, sin embargo, lo haga en otros términos: serían las norma primarias precedentes lo que citado autor denomina ‘normas tético-deónticas’; y, primarias derivadas – punitivas o no – lo que denomina ‘normas hipotético-deónticas’ (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, vol. 1 (trad. Ibáñez/Bayón/Gascón/Prieto Sánchis/Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 403-406).

<sup>109</sup> Cfr. *supra* 1.2.1.4.

<sup>110</sup> Cfr. *infra* 6.2.

<sup>111</sup> Cfr. CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos de incidência*, 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 33.

previsto en el antecedente normativo hace emerger una relación jurídica entre dos o más sujetos de derechos.

Siguiendo a SANTI, de ahí se extrae la idea de una regla-matriz de incidencia, es decir, de una norma jurídica de conducta que en su estructura implicacional asocia a un acto ilícito (una norma penal primaria derivada sancionadora) una relación jurídica que obliga un determinado sujeto obligado a cumplir determinada prestación sancionadora<sup>112</sup>. Su antecedente es lo que de manera garantística se concebiría como tipo penal, denotando importancia para este trabajo<sup>113</sup>; ya que el tipo debe indicar todas las notas de la acción que se pretende dirigir (incluso su característica principal como orden coercitivamente impuesta por el Estado: la relación jurídica subyacente a su incumplimiento); siendo indelebles las críticas de DERZI en cuanto al uso indebido de dicho concepto<sup>114</sup>.

A decir verdad, y buscando esta ‘flexibilidad’ conceptual que el tipo, como tipo de acción, exige, la estructura de la norma como estructura bimembre y bajo el concepto de regla-matriz pone de manifiesto una precisión metodológica que puede servir para desatar algunos nudos dogmáticos del Derecho penal; a menudo, como se verá, con el principio de legalidad. A propósito, sobre la regla-matriz, esclarece TOMAZINI DE CARVALHO que se trata de una norma deóntica que compone en su antecedente la integridad de la norma penal primaria derivada sancionadora, y en su consecuente la relación jurídica necesaria para ‘juridicizarla’, es decir, “*um esquema lógico-semântico, revelador do conteúdo normativo, que pode ser utilizado na construção de qualquer norma jurídica (em sentido estrito)*”<sup>115</sup>, anclando en un antecedente (descriptor de un hecho jurídico) determinado consecuente, revelador de dicha relación jurídica de cariz instrumental. Si concebimos el tipo como una regla-matriz para la acción, parece evidente que el comando normativo que le es precedente

---

<sup>112</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95-99.

<sup>113</sup> Cfr. *infra* 2.4. Se verá, otrosí, que el tipo guarda otras clasificaciones, como tipo sistemático, tipo de garantía, tipo dogmático, etc.

<sup>114</sup> “No uso inadequado da palavra tipo, no sentido de Tatbestand, que ocorre em especial no direito penal, assim como no modo de raciocinar que o poder administrativo emprega para simplificar a execução das leis tributárias, impropriamente denominado ‘tipificante’, não se encontram tipos propriamente ditos, como ordens flexíveis e graduáveis, mas antes conceitos rígidos ou somatórios e padrões numericamente definidos, com o que se almeja alcançar ora a segurança jurídica, ora a uniformidade ou a praticidade na aplicação da lei em massa” (DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 367).

<sup>115</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 371-372.

deberá ser buscado en todo el ordenamiento, y no solo en la ley penal, respetándose algunos límites infranqueables de un Estado social y democrático de Derecho<sup>116</sup>.

Sobre la regla-matriz específicamente penal, señala TOMAZINI DE CARVALHO que: “*Compreende duas variáveis proposicionais: a hipótese, ou preceito; e o conseqüente, ou tese. A hipótese descreve um acontecimento ilícito, contém critérios de identificação de um fato, consistente no descumprimento de uma conduta regulada juridicamente, e o conseqüente contém critérios de identificação de uma relação jurídica punitiva, que se estabelecerá entre o sujeito que praticou o fato ilícito e o Estado, enquanto representante da sociedade, quer dizer, prescreve a aplicação de uma pena em decorrência da verificação do ilícito...* “*na sua hipótese [de la regla-matriz de incidencia penal] também podemos verificar estes três critérios conotativos que configuram o mínimo necessário para identificação de um crime: critério material (cm), que identifica o núcleo do fato ilícito, composto por um verbo (v), um complemento (c) e notas informativas da subjetividade do agente (s) – próprias das normas penais; critério espacial (ce), que determina o local da ocorrência do fato; e critério temporal (ct), que aponta o momento de sua ocorrência... o conseqüente penal precisa conter dois critérios: um que identifique os sujeitos da relação (critério pessoal) e outro que determine o seu objeto (critério objetacional)*”<sup>117</sup>.

En su proposición-hipótesis, el interprete deberá seleccionar las notas que un acontecimiento social tiene que tener para ser considerado como delito<sup>118</sup>, es decir, por las teorías dominantes bipartida y tripartida del delito – respectivamente – un hecho típicamente antijurídico y culpable<sup>119</sup> o típico (tipicidad formal + tipicidad material<sup>120</sup>), antijurídico y culpable<sup>121</sup>. Lo mismo si se adopta la teoría cuatripartida: una acción típica, ilícita, culpable y

---

<sup>116</sup> Cfr. *infra* 4.1 y 4.2.

<sup>117</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 85-98. A seguir en su lección, la autora señala que “a regra-matriz de incidência penal se enquadra, na nossa classificação, como norma primária derivada punitiva. As normas precedentes prescrevem certas condutas que o legislador entende como indispensáveis para o convívio social, por isso as normas penais tomam como relevante o não-cumprimento destas condutas, impondo punições nos casos em que elas não são voluntariamente observadas” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 85).

<sup>118</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 90.

<sup>119</sup> Cfr. REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 53-54. También así: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal*. Madrid: Iustel, 2012, p. 110-111.

<sup>120</sup> Cfr. GOMES, Luiz Flávio. *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

<sup>121</sup> Cfr. PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*, 9ª edição, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 245-246.

punible<sup>122</sup>; y en el consecuente normativo, el rasgo característico del Derecho penal: la pena que puede llegar a la privación de libertad; o la medida de seguridad, para los que la aceptan en el seno penal.

Sin embargo, mientras que en el criterio material lo fundamental está en el núcleo esencial de la acción (el verbo, con un sujeto implícito, y su complemento) dotado de subjetividad del agente (elemento subjetivo del crimen en sentido amplio: dolo, imprudencia y elementos subjetivos específicos), en el criterio temporal tendremos el momento del suceso del delito<sup>123</sup>. A su vez, el criterio espacial atañe el acontecimiento que deberá ser juridicizado, señalando el lugar en el cual se ha verificado<sup>124</sup>.

En el consecuente, como principal rasgo característico de la norma penal, tenemos la relación jurídica desencadenada por el antecedente (hipótesis de la incidencia penal) y revelador de un deber implicacional de *ultima ratio*, o sea, de privación de la libertad u otra forma de punición penal (el denominado precepto secundario del tipo penal<sup>125</sup>). Son dos sus rasgos característicos: un criterio personal, que revelará los sujetos implicados en la relación jurídica (Estado y reo); y un criterio objetacional: que desvelará la consecuencia jurídica estabilizadora, la especie (criterio calificativo) y el tanto del reproche penal (criterio cuantitativo).

En efecto, algunas normas jurídicas se hacen necesarias para incidir en el sistema (normas generales y abstractas), otras, a su vez, surgen como resultados de dicha incidencia (normas particulares y concretas)<sup>126</sup>. Las primeras, al no revelar un acontecimiento específicamente determinado, sino una clase de eventos, exigen conceptos connotativos claros, presentando en el antecedente un criterio material (delineador del comportamiento obligado o permitido); un criterio temporal (condicionante de la acción u omisión en el

---

<sup>122</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, (trad. Tavares/Prado). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 4-5.

<sup>123</sup> Es decir, “o momento em que se considera ocorrido o evento-crime, para efeitos de aplicação da norma penal, que geralmente não se confunde com o momento aperfeiçoativo do acontecimento descrito na hipótese” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 95).

<sup>124</sup> En las palabras de TOMAZINI DE CARVALHO, “diz respeito ao acontecimento que será juridicizado, apontando o local em que ele se verifica” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 97).

<sup>125</sup> GRECO señala, a propósito, que “quando analisamos os chamados tipos penais incriminadores, podemos verificar que existem dois preceitos: a) preceito primário; b) preceito secundário. O primeiro deles, conhecido como preceito primário (*preceptum iures*), é o encarregado de fazer a descrição detalhada e perfeita da conduta que se procura proibir ou impor; ao segundo, chamado de preceito secundário (*sanctio iures*), cabe a tarefa de individualizar a pena, cominando-a em abstrato” (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, vol. I. Niterói: Impetus, 2007, p. 21).

<sup>126</sup> Cfr. supra 1.2.1.4.

tiempo) y un criterio espacial (que identifica el lugar de la acción u omisión). Pero no es solo el antecedente normativo el que importa, sino que debemos percatar su consecuente con un criterio personal (de los sujetos involucrados en la relación jurídica, que deberán ser los mismos involucrados en la relación del consecuente de la norma precedente: algo de extrema relevancia para el *ne bis in idem*, por ejemplo) y otro prestacional (objetacional), que pormenoriza el objeto de la prestación jurídica exigida<sup>127</sup>: para nuestra rama de estudio, la sanción conminada como garantía del deber<sup>128</sup>.

De hecho, en el proceso de construcción del significado sígnico del mensaje normativo se presentará como importante la ‘teoría de la regla-matriz’, y en el tema de investigación que nos ocupa, bien para diferenciar tipo penal y norma<sup>129</sup>, bien para alcanzar criterios objetivos para la delimitación del error, concretamente en el error de los preceptos remitidos en la técnica de remisiones en bloque – características de las leyes penales en blanco –, en el error sobre sus presupuestos o sobre su existencia o límites; pues, al construir el tipo como regla-matriz, bajo un ‘tipo total’, parece evidente que la no-representación sobre los presupuestos fácticos de un precepto remitido configurará un error de tipo. A su vez, al desechar el criterio propuesto por la teoría de la regla-matriz, concibiendo el tipo como esquema o figura delictiva prevista en la ley penal *stricto sensu*, dicho error se aproximará a un error de prohibición, pues entrará en juego no más la conformación de la tipicidad, sino la de la ilicitud del hecho.

---

<sup>127</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 374-375.

<sup>128</sup> Cfr. CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*, 5ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 161.

<sup>129</sup> Cfr. *infra* 2.1 usque 2.3.

## 2 – NORMA, TIPO Y LEY PENAL EN BLANCO

Sumario: 2.1 Enunciado jurídico, norma jurídica y tipo; 2.2 Consideraciones sobre la norma penal; 2.2.1 El debate sobre la norma penal primaria y secundaria; 2.2.2 La polémica sobre la norma penal de valoración y/o de determinación; 2.3 Consideraciones sobre el tipo penal; 2.4 Dónde está ‘el blanco’: ¿en la ley, en la norma o en el tipo? Toma de postura.

### **2.1 Enunciado jurídico, norma jurídica y tipo**

El Derecho, concebido aquí como Derecho positivo, debe buscar por medio de los enunciados jurídicos la construcción de sentido aisladamente considerada para regular las conductas intersubjetivas de acuerdo con determinados fines y valores ineludibles para la armoniosa convivencia humana; y, después, en un proceso resultativo de proposiciones normativas, dirigir finalmente la conducta humana<sup>130</sup>.

De ahí, se puede concluir con MENDONÇA<sup>131</sup> que “*los enunciados jurídicos son proposiciones que expresan que, conforme cierto orden jurídico, deben producirse ciertas consecuencias, bajo determinadas condiciones que ese mismo orden establece*”; sin embargo, no los podemos confundir con las normas jurídicas en la medida en que “*las normas jurídicas obligándole, prohíben o facultan y no constituyen, consiguientemente, proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento*”<sup>132</sup>.

A decir verdad, el enunciado jurídico es el soporte físico que se utiliza el legislador para buscar la tutela jurídica de las conductas humanas y, también, del desarrollo de las

---

<sup>130</sup> Así hacemos eco con el vaticinar de TOMAZINI DE CARVALHO: “Enunciado é a expressão lingüística, produto da atividade psicofísica de enunciação, são sentenças (frases) formadas pelo conjunto de fonemas e grafemas devidamente estruturados que tem por finalidade transmitir um conteúdo completo, num contexto comunicacional. Em outros termos, enunciado é uma forma física que, por exemplo, na linguagem escrita, manifesta-se numa sequência de palavras (símbolos) gramaticalmente estruturadas, com o pretexto de serem significativas de um conteúdo completo... muito diferente do enunciado é a proposição, tomada como conteúdo do enunciado, o sentido que lhe é atribuído, ou seja, aquilo que construímos em nossa mente quando o interpretamos” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 181). En el mismo sentido, profesora SANTI: “Enunciado é o modo expressão frástico, conjunto de palavras que, relacionadas, cumprem com o requisito de serem significativas” (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30). Así, también, SILVA SÁNCHEZ: “Los enunciados legales son conjuntos de signos lingüísticos. Las normas jurídico-penales, por su parte, son el sentido, el mensaje prescriptivo que se desprende de tales enunciados legales”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, p. 312).

<sup>131</sup> MENDONÇA, Daniel. *Las claves del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008, p. 28-29.

<sup>132</sup> En semejante sentido: LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Introducción al derecho penal español*, 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2004, p. 77.

potestades públicas o privadas<sup>133</sup>. Las normas, no obstante tienen necesariamente una conexión con los enunciados (en un plano originario y derivado), son el producto del proceso hermenéutico planteado por el interprete, ya en un plano de significación y de aplicación de la regla, y que con aquél no se puede confundirla<sup>134</sup>.

No se olvida que parte importante de la doctrina (los realistas) comprende enunciado jurídico, ley y norma jurídica como una realidad única<sup>135</sup>; pero este, desde un punto de vista técnico-sistemático, no parece ser el mejor camino a seguir<sup>136</sup>. A propósito, insoslayable es la enseñanza de ATIENZA y RUIZ MANERO<sup>137</sup>, quienes sostienen una necesaria "*taxonomía de los enunciados que pueden encontrarse en el sistema jurídico, entendido como reconstrucción del lenguaje del legislador*". Y concluyen: "*Los enunciados jurídicos constituyen, nos parece, las unidades más elementales del Derecho, pero esas piezas sólo adquieren plenamente sentido cuando se comprende bien cuál es su contribución a la*

---

<sup>133</sup> Públicas o privadas, siguiendo a HART, porque tenemos dos tipos de reglas: "Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones" (HART, Herbert L.A.. *El concepto del derecho* (trad. Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, p. 101). Sin embargo, lo que interesa al presente trabajo son apenas las primeras: las reglas que imponen deberes.

<sup>134</sup> Así que SOLER señala que "la norma es siempre el resultado de la interpretación integral y unitaria de la voluntad del derecho, referible a una conducta" (SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, vol. I, 10ª. reimpresión total (actualizador Guillermo J. Fierro). Buenos Aires: TEA, 1992, p. 145). Haciendo eco, vaticina SANTOS que "interpretar a norma penal consiste em determinar o significado da lei penal. A interpretação é o processo intelectual de conhecimento da norma, que tem por objeto a linguagem escrita da lei penal. A linguagem é um instrumento de comunicação de signos, representados por palavras ou gestos, portadores de conteúdo cujo sentido é comunicado através do discurso, que exprime o conjunto de signos da linguagem no processo de comunicação social" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, parte geral*, 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 58). También así, profesan GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA y BIANCHINI: "A norma penal é, como toda norma jurídica, uma mensagem prescritiva (um comando impositivo) que se expressa por meio de determinados símbolos, consistentes em preceitos. Mas tais preceitos constituem só o veículo de expressão das normas e não devem ser confundidos com as próprias normas. O enunciado ou proposição legal (a lei), como conjunto de símbolos lingüísticos, distingue-se da mensagem ou comando prescritivo ('norma'). Ele contém e transmite a norma, entretanto, com frequência, enunciado e norma são expressões utilizadas indevidamente como sinônimas... Ademais, não se pode confundir preceito legal (que é o enunciado legal) com o preceito normativo (que é o comando normativo veiculado pelo enunciado legal ou da proposição jurídica). Em outras palavras: a lei não se confunde com a norma" (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito penal*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 616).

<sup>135</sup> A propósito, profesa HERNÁNDEZ MARTÍN que "para algunos autores, realistas, la norma jurídica se identifica con el texto... Una norma jurídica es un enunciado, o sea, una expresión bien formada y con sentido completo de un lenguaje... Sin embargo, es mayoritaria la posición de quienes sostienen por contra que la norma jurídica no es el texto, sino el sentido del texto; no es el enunciado, sino el sentido del enunciado, o sea, la proposición expresado por el enunciado. Algunos autores precisan que la norma jurídica es el sentido que la interpretación atribuye al enunciado. Y dado que los sentidos de las expresiones, y las proposiciones en particular como sentidos de los enunciados, son entidades ideales, las normas jurídicas son entidades ideales" (HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Compendio de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p 38).

<sup>136</sup> Cfr. supra 1.1 y 1.2.

<sup>137</sup> ATIENZA, Manuel. RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho*, 4ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, 2007, p. 19-20.

*conformación y al funcionamiento del Derecho. No son simplemente piezas de un rompecabezas, sino de una realidad dinámica y enormemente compleja como es el Derecho de las sociedades contemporáneas".*

Siguiendo a VIVES ANTÓN<sup>138</sup>, “*la ley penal [lo que aquí preferí llamar enunciado jurídico] es, por lo tanto, el instrumento en el que las normas penales se expresan o, dicho de otro modo, su fuente*”, de manera que no puede ser “*sin más, la norma, sino que la norma es expresa en la ley y es lo que la ley significa o parte de lo que la ley significa*”. Sin embargo la identificación entre ley y norma como sinónimos corresponda a un uso lingüístico corriente, advirtiéndose de que “*nada hay que objetar a ese uso, si se realiza a conciencia de que no es más que un tropo, esto es, sabiendo que lo justifica la sinonimia es una mera figura retórica y no una equivalencia conceptual*”, debemos tener claro que el uso común e indistinto de los términos puede convertirse en una “*primera fuente de confusiones*”.

De hecho, enunciado jurídico y norma jurídica son realidades distintas que parten de un mismo escenario (la construcción de reglas por parte de los detentores del poder) para alcanzarse un objetivo común (la directiva de conductas intersubjetivas y para la preservación de valores – los bienes jurídicos – de suma importancia para el contexto social)<sup>139</sup>. A decir verdad, la distinción está en que las entidades sígnicas del lenguaje – mientras sean convertibles en señales por su propia naturaleza de signo<sup>140</sup> –, no pueden ser consideradas

---

<sup>138</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 351.

<sup>139</sup> Aquí, merece destaque la lección de LÓPEZ HERNÁNDEZ, pues nos traduce la diferencia entre enunciados de que parten las normas (la ley penal) y enunciados resultativos de la norma (el producto interpretado, la enunciación de la norma jurídica), que son realidades diferentes y que no podemos solaparlas. En las palabras del autor, “lo primero que hay que analizar es la forma o estructura proposicional de los enunciados jurídicos. Todo enunciado contiene una proposición y esta consta de dos elementos: la referencia y la predicación, que vienen a coincidir, respectivamente, con el sujeto y el predicado de las oraciones. Los enunciados pueden ser estructuras muy simples, de una sola palabra, o estructuras muy complejas con muchas palabras y oraciones, a veces expresadas en un lenguaje rebuscado. Por eso la interpretación consiste en tomar un enunciado (interpretado) y tratar de aclarar su sentido a través de la emisión de otro enunciado (interpretante), en el cual se expresa con palabras más claras y ordenadas lo que quiere decir el primero” (LÓPEZ HERNÁNDEZ, José. *Lenguaje, normas y sistema jurídico*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 128). Este es el motivo de concordarnos con la lección de ROBLES cuando identifica las diferencias entre ordenamiento y sistema como enunciado primitivo y derivado post una construcción de sentidos y elaborada por la dogmática; es decir, respectivamente, un enunciado interpretado y, otro, interpretante (cfr. supra 1.2).

<sup>140</sup> No por otro motivo, enseña FERRAJOLI que “signo es todo aquello que tenga al menos un significado” (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, vol. 1 (trad. Ibáñez/Bayón/Gascón/Prieto Sánchis/Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 209).

puramente una mancha en el papel, sino que deberán revelar un significado que, para la norma jurídica, será lo que de verdad importa<sup>141</sup>.

Otra diferencia que debemos subrayar es la de ‘norma jurídica’ y ‘tipo’, pues se suele confundirlos de manera tal que imposibilitaría un estudio bajo las bases rigurosas que demanda la Ciencia del Derecho. Por ‘tipo’, en un primer momento, puede entenderse como “*aquello que se da con anticipación en toda producción legislativa y configuración jurídica*”, pues “*la tarea del legislador es describir el tipo... conceptos abstractos [que] son de gran importancia para la configuración de las leyes, pues les confieren forma y garantizan seguridad jurídica*”<sup>142</sup>. No obstante, no es esta ‘descripción tipológica’ el único objetivo del legislador, también lo es una formulación convencional de una determinada acción que se pretende exigir del ciudadano, incluso, mediante la conminación de una medida sancionatoria para el caso de su incumplimiento<sup>143</sup>.

Otra matización importante es que para el tipo, como rasgo meramente clasificatorio o analítico, no guardaría relevancia la consecuencia jurídica, sino tan sólo la descripción de las circunstancias de un acto que se pretende evitar<sup>144</sup>. Sin embargo, por la naturaleza

---

<sup>141</sup> Profesa BARROS CARVALHO que “uma coisa são os enunciados prescritivos, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras, as normas jurídicas, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*, 4ª edição. São Paulo: Noeses, 2011, p. 129). Sin embargo dicho autor denota una peculiar concepción sobre norma jurídica completa (cfr. supra 1.2.1.1), las premisas adoptadas son ineluctables; pues “*obviamente, la expresión ‘norma jurídica’ no denota un conjunto de oraciones escritas en un papel*” (NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 93). En el mismo sentido: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal - parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 60.

<sup>142</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, 2ª edición (trad. Luis Villar Borda; Ana María Montoya). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p 251.

<sup>143</sup> Así que vaticina ROBLES que “puede afirmarse... que la acción jurídica penalmente relevante viene establecida en el tipo. Cada tipo viene determinado por una norma procedimental de carácter convencional que establece los requisitos necesarios del delito. Lo que habitualmente se llama “ley penal”, proposición formada por el “hecho” y la “pena”, oculta una estructura mucho más compleja. El “hecho”, tal como vienen formulado en la ley, no es un hecho, aunque así se le haya llamado, sino un procedimiento que, a su vez, no es otra cosa que la acción genérica y típica, constitutiva del delito” (ROBLES MORCHÓN, Gregorio. “Sobre el concepto de acción en el derecho penal: la acción como procedimiento y el tipo como norma procedimental”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.); NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen I. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1293-1294).

<sup>144</sup> Explica, a propósito, GOLDSCHIMIDT: “Toda norma general describe la reglamentación de un sector social supuesto; y consta, pues, necesariamente de dos partes: la que describe el sector social supuesto y la que esboza su reglamentación. La primera parte se llama el tipo legal o el supuesto de la norma, y la segunda parte se denomina su consecuencia jurídica o la disposición de ella” (GOLDSCHIMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho*, sexta edición. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 205). A lo mejor, la expresión ‘supuesto de hecho’ es, desde el punto de vista lingüístico, una expresión fea y poco clara. Como tal responde a una traducción literal de lo que la dogmática jurídica alemana llama ‘*Tatbestand*’, ya decía RODRÍGUEZ MOLINERO (RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. *Introducción a la ciencia del derecho*. Salamanca:

sancionatoria del Derecho penal, incluso por los valores que involucra, como la vida, la libertad, el honor, etc., la consecuencia jurídica sancionatoria recomendaría un abarque del tipo más allá del supuesto de hecho de una norma jurídica, ya como un verdadero tipo de garantía<sup>145</sup>.

De todos modos, se puede extraer una primera y concluyente aproximación entre ‘norma’ y ‘tipo’, y que a su vez aleja dichos conceptos del concepto de enunciado: a juzgar el tipo como analítico o como sistemático, devendrá tras una interpretación del enunciado legal – así como ocurre con la norma –, es decir, tras una completitud del sentido sígnico de la ley; pues, de uno u otro modo de concebirlo, el tipo describirá un suceso fáctico de relevancia para el mundo jurídico, generalizándole, sin preocuparse, *a priori*, con la consecuencia de su incumplimiento. También ROXIN<sup>146</sup>, siguiendo a WELZEL, a cierto momento ha aseverado que el “*tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida*”, pues “*el tipo es la materia de prohibición (= materia de la norma) de las prescripciones jurídico-penales*”. No obstante, el tipo se diferencia de la norma en la medida en que ésta se preocupa en establecer las pautas de conductas del individuo; a su vez, el tipo busca más allá de dicha pauta de conducta una coordinación vertical y objetiva entre las varias ‘pautas de conductas’ previstas en el ordenamiento. A guisa de conclusión, se puede sostener que hay una relación secuencial entre enunciado, norma y tipo<sup>147</sup>.

A decir verdad, se puede sostener, incluso, una diferencia entre ‘norma’ y ‘tipo’ bajo los conceptos de ‘ordenamiento’ y ‘sistema’<sup>148</sup>. Es decir, si el ‘ordenamiento’ desvela el conjunto de enunciados jurídicos dados por el legislador y el ‘sistema’, a su vez, el producto interpretado de tales proposiciones por la dogmática, en lenguaje más elaborada y sistemática buscando una perfección y plenitud, se puede concluir que del primero y tras un proceso intenso de construcción de sentidos el interprete alcanzará la norma, pero aún no el tipo

---

Librería Cervantes, 1991, p 159). En contra, expresamente defendiendo que la consecuencia debe integrar la idea de tipo: DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 90-102.

<sup>145</sup> De hecho, se puede defender la idea de tipo como regla-matriz, la cual comprendería necesariamente la consecuencia jurídica. Pero, para efectos de este trabajo, mejor será anudar a la idea de tipo solamente el antecedente de la regla-matriz, es decir, sus aspectos material, temporal y espacial.

<sup>146</sup> ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal* (trad. Enrique Bacigalupo). Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 4.

<sup>147</sup> Cfr. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, tomo 1º, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, p. 204; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. ‘Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil’. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, julho-agosto de 2010, p. 137-138.

<sup>148</sup> Cfr. supra 1.2.

(como tipo sistemático o tipo de acción), que se revelará, desde luego, después de una organización sistémica<sup>149</sup>.

Ahora bien, al reflejar la idea de que enunciado jurídico no es la norma, ni el tipo, no queremos con ello decir que es algo descartable, de menor importancia. El enunciado jurídico [o los enunciados jurídicos] es el punto de partida para la construcción de todo el sistema jurídico, es decir, de las normas jurídicas y de los tipos jurídicos<sup>150</sup>. Sin él nos faltaría la base para alcanzar una sólida estructura regulativa (normativa) y dogmática (tipológica). A decir verdad, el principio de legalidad estricta que rige la tutela penal de un Estado de Derecho sólo permite la construcción de una norma jurídico-penal bajo un previo discurso jurídico, es decir, bajo una ley penal en estricto sentido<sup>151</sup>. Pero esto, como se verá, no significa que el enunciado jurídico conlleva una completitud tal que prescindiera de una construcción sistémica.

---

<sup>149</sup> Como vaticina LUISI, “as circunstâncias típicas pertencem e integram o tipo, e estão nele descritas ou ínsitas, enquanto as outras pressupõem o delito, isto é, que esteja integrado por todos os seus elementos estruturais e constitutivos, ou melhor, que o fato seja típico... estes elementos estão normalmente expressos no tipo, mas, as vezes, não se encontram explicitados na norma incriminadora, porque se deduzem do contexto global do tipo” (LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 53). De tal tirocinio extraemos una importante conclusión: en cuanto la norma prevé de manera global la directiva de conducta, el tipo la presupone – no necesariamente la expresa – para garantizar de manera sistémica la conducta jurídicamente importante. Esta diferencia fue acentuada también por ARTHUR KAUFMANN, para quien “es imposible describir un tipo en forma exacta; la descripción tan sólo se puede acercar al tipo, este jamás podrá ser abarcado hasta en los más finos detalles... El propósito de la producción legislativa: la conceptualización total de los tipos, es inalcanzable y en la creación concreta del derecho se debe, por consiguiente, recurrir una y otra vez al tipo pensado por la ley. En esto consiste la esencia de la ‘interpretación teleológica’; la cual no trabaja con los conceptos legales definidos en forma abstracta y general sino con los tipos que se encuentran detrás; ella argumenta a partir de la ‘naturaleza de la cosa’” (KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, 2ª edición (trad. Luis Villar Borda; Ana María Montoya). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 251). En semejante sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, vol. 1 (trad. Ibáñez/Bayón/Gascón/Prieto Sánchez/Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 417.

<sup>150</sup> Los enunciados presuponen una consecuencia que es la norma, tras un proceso de significación interpretada. La norma, a su vez, conformando el sentido signífico del enunciado, compone el sistema, lo cual en su momento más importante para la ordenación social desvelará los tipos de conducta preceptivas (que se debe hacer) y prohibitivas (que no se debe hacer). En lo penal, por supuesto, no es nada diferente: “a lei penal possui as mesmas características das leis em geral... A consequência natural de toda lei penal consiste em veicular uma norma penal (leia-se: a lei penal só pode ser considerada como tal quando exprime uma norma penal – primária ou secundária)” (GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINAS, Antonio. *Direito penal*, vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 67); y de la norma penal en su conjunto estableceremos el sistema penal que se conformará, en su principal modo de intervención, por los tipos penales. A propósito, profesora ROBLES que “tanto las normas como el sistema son, en realidad, resultado de la construcción dogmática. A veces la construcción no va más allá de la letra de la ley. Pero esto constituye la excepción. Lo normal en la vida jurídica actual es que la norma aplicable a un caso sea producto de una alambicada construcción doctrinal que, por supuesto, adopta como punto de partida el texto bruto del ordenamiento, pero que de ninguna manera se queda ahí” (ROBLES, Gregorio. *El derecho como texto (cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998, p. 25); también así es, a nuestro sentir, con el tipo como tipo de acción.

<sup>151</sup> Cfr. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 89.

## 2.2 Consideraciones sobre la norma penal

Hemos visto los rasgos característicos de la norma jurídica, sus diferencias ante los conceptos de ‘enunciado’ y ‘tipo’, y ahora nos toca decir algunas palabras respecto del concepto de norma jurídico-penal. Un primer hincapié, aunque parezca obvio, es necesario para evitar futuros errores en el planteamiento del problema: la norma penal consiste someramente en una especie del género norma jurídica<sup>152</sup>. De ahí que también aquella puede ser clasificada de diferentes modos<sup>153</sup>; puede ser extraída a partir de un único enunciado o de varios<sup>154</sup>, y seguramente también no está expresa en el ordenamiento jurídico<sup>155</sup> (sino que siempre implícita y latente aguardando el proceso de construcción de sentido del intérprete)<sup>156</sup>. A lo sumo, “*las normas penales regulan conductas e imponen deberes*”<sup>157</sup> como cualquier norma jurídica, sin embargo, “*la frustración de la expectativa en la norma penal debe ser un delito y la reacción frente a ella una pena y, en determinados casos, lo que se llama una medida de seguridad, que se aplica alternativa o juntamente con la pena*”<sup>158</sup>.

A decir verdad, no podemos conferir diferencias estructurales en la norma jurídica solamente por referirse a la materia penal<sup>159</sup>. Lo que difiere, aquí, no son los rasgos estructurales, sino valorativos del sistema (la materia de prohibición, el bien jurídico tutelado, la finalidad del mandato, la consecuencia jurídica específica, etc.) reflejados por la construcción normativa. La prótasis de la norma penal conllevará al tipo sistemático (o tipo de acción total); la apódosis, a su consecuencia jurídica: la pena o medida de seguridad; y

---

<sup>152</sup> De manera intocable, es el tirocinio de RODILLA: “Una norma penal es una norma que establece que para la conducta x está prevista la sanción y, entendiendo en este caso por sanción la privación coactiva de algún bien – ya sea la libertad (pena de prisión) la vida (pena de muerte), el honor (penas infamantes), el dinero (multas y penas pecuniarias), o el disfrute de algún derecho (como la inhabilitación para desempeñar cargos públicos, la retirada del permiso de conducir)” (RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 144).

<sup>153</sup> Cfr. supra 1.2.1

<sup>154</sup> Cfr. supra 2.1; otrosí, BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Madrid: Temis, 1987, p. 43.

<sup>155</sup> Cfr. PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*, 9ª edição, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 180.

<sup>156</sup> Eso es un rasgo de toda y cualquiera norma jurídica, pues, si como la concebimos en el trabajo son entidades que se extrae del texto, no tiene sentido buscarla como algo expreso, sino que siempre estará implícita. A propósito: CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*, 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 27.

<sup>157</sup> MENDONÇA, Daniel. *Las claves del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008, p. 85.

<sup>158</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª edición. Valencia: Tirante lo Blanch, 2010, p. 35.

<sup>159</sup> Cfr. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 69-71. Antes de ser penal, es norma jurídica, por lo que se le debe aplicar los conceptos del género a lo cual pertenece, pues certeramente “lo que se entienda por norma jurídico-penal depende, en primer lugar, de lo que se entienda por norma jurídica” (L. SIMAZ, Alexis; V. ZARINI, Andrea. “Consideraciones sobre el concepto jurídico penal de norma”. En: *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, 2010, p. 471 e ss.).

ambos desvelan lo que, al contrario de parte importante de la doctrina penalista, debemos llamar de tipo de garantía<sup>160</sup>.

No por otro motivo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros profesan que “*la diferencia de la norma penal con las normas de otros ámbitos del ordenamiento jurídico debe ser buscada en el contenido material del supuesto de hecho, que en este caso es el delito, y en el de las consecuencias jurídicas, pena y medida de seguridad*”<sup>161</sup>. También así las observaciones de MIR PUIG<sup>162</sup>, LUZÓN PEÑA<sup>163</sup> y LANDROVE DÍAZ<sup>164</sup>.

Lo que de especial se debate en la teoría de la norma jurídico-penal no es propiamente su estructura – supuesto de hecho penalmente relevante y consecuencia jurídica: pena criminal o medida de seguridad –, sino sus elementos estructurales (acción típica, ilicitud, culpabilidad, punibilidad y otros matices correlativos) y las vicisitudes de ellos: valoración, imperativo, plasmación del bien jurídico, herramientas para la construcción de sentido, técnica legislativa del soporte físico, etc. De ahí la importancia para el tema en debate, pues de la diferencia entre la estructura propia de la norma penal y sus elementos estructurales (con todos los matices estructurales devenidos) podemos concluir – como se verá en los capítulos siguientes – diversamente sobre los problemas que se plantean en el ámbito de las leyes penales en blanco.

Ahora bien, como hito necesario tenemos que tener en cuenta que estructuralmente toda norma tiene un contenido de relato factual (prótasis) y una consecuencia jurídica impositiva

---

<sup>160</sup> Hay una divergencia doctrinal en cuanto al término ‘tipo de garantía’. La mayoría de la doctrina penal, como GÓMEZ URSO, establece que “el ‘Tipo Garantía’ es la recepción del principio de legalidad en materia penal, y contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de una pena” (GÓMEZ URSO, Juan Facundo. *Tipicidad penal*. Buenos Aires: Di Plácido Editor, 2005, p. 61); otros, como DERZI, rotundamente critican dicho vaticinio. La autora brasileña, verbigracia, establece que el ‘tipo de garantía’ solo tendría sentido cuando abarcase, otrosí, la consecuencia jurídica: “Enquanto garantia e limitação formal às fontes de criação jurídica, a teoria da ‘tipificação’ deveria contaminar não só a ação delituosa (inclusive culpabilidade) como os efeitos jurídicos que lhe são prescritos na norma (as penas). Se não fosse assim, não haveria sentido no aforisma *nullum crimen, nulla poena sine lege*. No entanto, a grande maioria dos cientistas do direito penal restringe a noção de tipo ao *Tatbestand* ou ao pressuposto e, assim mesmo, à parte dele. O ‘tipo’ vem a ser, então, a descrição da ação delituosa, excluída a culpabilidade (na teoria dos tipos totais) ou excluídas a antijuridicidade e a culpabilidade (no enfoque do delito)” (DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 232).

<sup>161</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal*, 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010, p. 21.

<sup>162</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición. Montevideo: Editorial B de F, 2003, p. 20.

<sup>163</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal, parte general*, I. Madrid: Universitas, 2002, p. 49.

<sup>164</sup> Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Introducción al derecho penal español*, 4ª edición. Madrid: Tecnos, 1997, p. 77.

(apódosis). Desde BINDING, entretanto, se suele identificar una diferencia característica de la legislación en materia penal: el legislador aquí describe en el enunciado normativo una directiva para el Estado-juez, dejando implícito el comando necesario para los ciudadanos, su 'pauta de conducta', que salvo teorías reduccionistas o simplificadoras, desvela el principal desiderátum del sistema jurídico-penal<sup>165</sup>.

Por el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal (que sugiere conocimientos previos de los ciudadanos sobre la materia de prohibición), y por mera técnica legislativa (evitando repetir los diversos mandatos de determinación que se plantea en el ordenamiento jurídico), el legislador suele describir en el soporte físico (ley formal) una descripción fática ya de incumplimiento de una norma anterior, implícita como suelen ser las reglas jurídicas de conducta<sup>166</sup>. Pero ello no significa que de cada precepto incriminador de la parte especial de nuestros códigos también no podemos extraer dos normas: una primaria precedente y otra, también primaria, pero derivada punitiva o sancionatoria.

La primera norma, que llamaremos norma penal primaria precedente, está dirigida al ciudadano, buscando reglar su conducta conforme a bienes específicos e importantes para el sistema, y que se desvela con necesaria precedencia de la segunda, que la contiene como consecuencia de su incumplimiento. A la segunda, dirigida al Estado-juez, buscando estabilizar la confianza normativa, llamaremos norma penal primaria derivada sancionatoria o punitiva, pues, además, establece una sanción<sup>167</sup>. Como ya se ha explicitado, las secundarias, por las premisas aquí adoptadas, son únicamente normas instrumentales, que buscan adjudicar sentido jurídico-impositivo a los incumplimientos de las reglas de conducta (normas primarias) presuponiendo el cumplimiento de la norma derivada punitiva<sup>168</sup>.

A su vez, valiéndonos de la enseñanza de TOMAZINI DE CARVALHO, se puede decir igualmente que *“em sentido amplo, normas penais são todas aquelas normas relacionadas direta ou indiretamente à instituição, aplicação e execução de uma pena em*

---

<sup>165</sup> Cfr. *infra* 2.2.1 y 2.2.2.

<sup>166</sup> “Estruturalmente, toda norma tem um conteúdo descritivo e uma consequência jurídica. A norma de sanção (a que obriga o juiz a impor a pena ou a medida de segurança quando presentes os requisitos legais) tem como consequência, se desrespeitada, a punição do juiz por prevaricação. A norma de conduta (que impõe coativamente determinada pauta de conduta) tem como consequência o dever de fazer ou de omitir determinada conduta. No homicídio, o conteúdo descritivo consiste em ‘matar alguém’, a consequência reside no dever de não matar voluntariamente as pessoas” (GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 17).

<sup>167</sup> Cfr. *infra* 2.2.1.

<sup>168</sup> Cfr. *supra* 1.2.1.4.1.

*decorrência da verificação de um crime. Em sentido estrito, são apenas aquelas normas cujo antecedente identifica um crime e o conseqüente prescreve uma pena a ser imposta em decorrência da verificação deste crime*”<sup>169</sup>. Se suele diferenciarse, otrosí, en normas penales incriminadoras (preceptivas o prohibitivas) y normas penales no-incriminadoras, o permisivas<sup>170</sup>.

En efecto, para el tema que nos ocupa, lo que denota importancia son las normas incriminadoras, aunque las permisivas, al restringir el alcance típico, a su vez revelarán también importancia ciliar cuando fuera necesario discurrir sobre el nebuloso asunto de la naturaleza de las leyes penales en blanco, a menudo su diferenciación estructural remisiva para con las no menos problemáticas clausulas de autorización<sup>171</sup>.

En suma, tal cual ocurre con toda y cualquiera norma jurídica que se extrae del texto legislativo, la norma penal es, de un punto de vista lógico-formal, la descripción de una proposición-hipótesis (hipótesis de incidencia penal: hecho típico, antijurídico, culpable y punible, practicado en determinado lugar y tiempo de acción o de resultado, subsumibles de la ley penal), modalizado deónticamente en prohibido (delitos comisivos) o obligatorio (delitos omisivos), desencadenando una consecuencia prevista en la proposición-tesis (pena privativa de libertad, decomisos, multa, inhabilitación de derechos, etc.; o, en específicos supuestos, una medida de seguridad)<sup>172</sup>.

### **2.2.1 El debate sobre la norma penal primaria y secundaria**

Hemos visto que desde años la doctrina identifica en todos los enunciados tipológicos dos normas: una dirigida a los ciudadanos, que sería la primaria, y otra dirigida a los aplicadores del Derecho en el caso de incumplimiento de aquellas, que sería la secundaria.

---

<sup>169</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 84.

<sup>170</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 323-333.

<sup>171</sup> Cfr. *infra* 3.2.1.2 y 3.2.1.3.

<sup>172</sup> En esta vereda, destacamos el vaticinio de HERNANDEZ MARÍN, para quien “es indiferente cual sea la rama del Derecho a la que pertenezca el enunciado jurídico objeto de interpretación o cual sea el cuerpo jurídico en el que este contenido el enunciado jurídico objeto de interpretación... para cualquiera que sea la rama del Derecho a la que pertenezca el enunciado jurídico objeto de interpretación, la interpretación del Derecho siempre es esencialmente la misma actividad: consiste en atribuir sentido a un enunciado jurídico, decir que es lo que un enunciado jurídico significa” (HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Compendio de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 280).

KELSEN ha trastrocado el concepto de la doctrina dominante (BENTHAN, BINDING y THON<sup>173</sup>) sobre lo que sería primario y/o secundario.

Para el maestro de Viena, porque lo fundamental en el Derecho era imponer una sanción por el incumplimiento del deber (es decir, bajo una concepción funcional del Derecho<sup>174</sup>), el ‘primario’ citado por la doctrina dominante en verdad sería el ‘secundario’; todo ello en razón de una conclusión de que el sistema jurídico desvela primeramente un deber de implicar una determinada sanción cuando un destinatario de la norma de conducta no la cumple<sup>175</sup>. *In verbis*, KELSEN señala que “*a norma que estatui um ato de coação como sanção aparece como a primária e a nela implicada que, de modo algum é expressamente formulada, e não precisa ser expressamente formulada, aparece como norma secundária*”<sup>176</sup>.

En efecto, tal revolución en la dogmática jurídica sobre las normas ganó importantes adeptos<sup>177</sup>, empero no solo su concepción desde un punto de vista sistémico no nos parece acertada, también sus fundamentos están basados en una premisa que no se puede aceptar en un Estado social y democrático de Derecho<sup>178</sup>, es decir, no se puede sostener que la norma más importante es aquella dirigida al Estado-juez para imponer sanciones, siendo la norma de conducta de los ciudadanos mero epifenómeno.

Con maestría, a propósito, vaticina RODILLA que “*si aceptamos esta teoría de la norma jurídica, tenemos que aceptar también que, a diferencia de lo que solemos pensar, el derecho no consiste primariamente en norma dirigidas a los ciudadanos, sino en normas cuyos destinatarios directos son los jueces y otros funcionarios; igualmente, y por extraño*

---

<sup>173</sup> Cfr. RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 145-148.

<sup>174</sup> Cfr. CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*, 5ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 41-46.

<sup>175</sup> Cfr. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 84.

<sup>176</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas* (trad. José Florentino Duarte). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 182.

<sup>177</sup> En el mismo sentido de KELSEN, ROBLES a su día también ha señalado que “la norma primaria es una norma dirigida a las autoridades encargadas de aplicar sanciones a los sujetos responsables de determinadas acciones, mientras que la secundaria es una norma dirigida precisamente a esos sujetos, esto es, a quienes no actúan como autoridades. La doctrina dominante señala, con razón dentro de su esquema, que las normas secundarias son superfluas a la hora de describir un determinado orden jurídico, ya que sólo con ellas no se indican las sanciones” (ROBLES, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*. Palma: Facultad de Derecho de Palma, 1984, p. 188).

<sup>178</sup> Por supuesto, “el Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos... y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático)” (MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p 37).

*que pueda sonar, tenemos que admitir que, hablando con propiedad, no tiene sentido decir que el delito es una violación del derecho, porque si las normas jurídicas establecen el deber ser de sanciones, el derecho solo puede ser violado, si acaso por los órganos encargados de imponer las sanciones: el delito no es un acto contrario al derecho o una negación del derecho, como irreflexivamente tendemos a decir – siguiendo un uso lingüístico que la teoría de Binding, por cierto, quería respaldar –, sino más bien aquella conducta que permite al derecho desempeñar su función esencial”<sup>179</sup>.*

En el ámbito específicamente penal, merece destaque la distinción entre norma primaria – dirigida a los ciudadanos – y norma secundaria – dirigida al juez –, incluso para diferenciarse las razones que fundamentan la antijuridicidad y la culpabilidad penal. Como bien advierte MIR PUIG<sup>180</sup>, *“el Derecho no sólo desea que se omitan los comportamientos penados, sino también otros no castigados pero igualmente indeseables desde el prisma de los intereses protegidos por el Derecho penal. En esto se basa la distinción de antijuridicidad y culpabilidad”*, es decir, modificar los contenidos de las normas ‘primaria’ y ‘secundaria’ podría cambiar el propio sentido preventivo del sistema penal, pues *“los hechos realizados sin culpabilidad no se hallan penados y, sin embargo, se consideran antijurídicos”*; de manera que *“la antijuridicidad no puede, pues, derivarse de la frustración de la expectativa creada por el imperativo penal dirigido al juez (“norma secundaria”), sino de la contradictoriedad con una norma dirigida a la colectividad que expresa lo deseable por el Derecho penal (“norma primaria”): “no matarás”, “no lesionarás”, etc.”*

El susodicho autor, con razón, destaca todavía la importancia de la conceptualización clásica entre ‘norma primaria’ y ‘norma secundaria’, ya que *“constituyen el contenido de la norma jurídico-penal en sentido amplio”*, pues *“la norma jurídico-penal establece a la vez el imperativo dirigido al juez y el destinado a los ciudadanos”*. Es decir, *“aunque sólo formula expresamente la norma secundaria, tácitamente contiene también la norma primaria... Importa destacar que el ámbito de la norma secundaria (que impone la pena) es menos amplio que el de la norma primaria: ésta prohíbe más conductas de las que obliga a castigar*

---

<sup>179</sup> RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 151.

<sup>180</sup> MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático del derecho*, 2ª edición. Barcelona: Bosch, 1982, p. 45.

la norma secundaria, porque de todos los hechos prohibidos por la norma jurídico-penal (es decir, los hechos antijurídicos), sólo son punibles los realizados por un sujeto culpable”<sup>181</sup>.

Muchas otras oposiciones son sostenidas al concepto de normas primarias y secundarias de KELSEN, mas esta, en especial, es la que más interesa al presente trabajo. Como bien profesa ALVARÉZ GARCÍA: “La afirmación de la existencia de ‘normas primarias’ dirigidas directamente al ciudadano al cual se le informa de esta manera de la materia de prohibición, cumple también importantes funciones de prevención y de seguridad jurídica”<sup>182</sup>, pues informa al ciudadano que determinados hechos están prohibidos y, consecuentemente, amenazados con una pena, buscando motivarlo. Así que no puede ser un mero epifenómeno de la ‘verdadera’ norma primaria kelsiana.

Para el Derecho penal, trataríamos de norma de conducta – las primarias precedentes – y de norma de sanción – lo que denominamos norma primaria derivada punitiva –; siendo que estas “se conciben de modo retrospectivo; regulan el tratamiento de las infracciones de normas [de conducta] que se dieron en el pasado y ya han concluido. De conformidad con esto, también los destinatarios de la norma de sanción [los aplicadores del Derecho]... son muy distintos de los destinatarios de la norma de conducta [los ciudadanos]”<sup>183-184</sup>. Y debemos tener claro, como nos advierte BALCARCE, que “aunque sólo se formule expresamente la norma secundaria, tácitamente contiene la norma primaria”<sup>185</sup>. A decir verdad, haciendo eco a las palabras de HAFFKE, “el comportamiento del delincuente realiza la primera parte de la ley penal, pero éste infringe, vulnera, las proposiciones jurídicas establecidas de modo previo a la ley penal”<sup>186</sup>. Es la consagración en parte de la teoría

---

<sup>181</sup> MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático del derecho*, 2ª edición. Barcelona: Bosch, 1982, p. 45-46. En semejante sentido: FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2002, p. 168-171.

<sup>182</sup> ALVARÉZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 56.

<sup>183</sup> HAFFKE, Bernhard. “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para-la imputación jurídicopenal”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1995, p. 133-134.

<sup>184</sup> En el mismo sentido, profesa GOMES que “as normas penais são divididas em duas categorias: (a) normas de conduta (chamadas normas primárias ou de valoração) e (b) normas de sanção (denominadas normas secundárias). É comum na nossa doutrina distinguir no tipo penal o preceito primário (descrição típica) do preceito secundário (sanção). A divisão entre normas primárias (de conduta) e secundárias (de sanção), nada tem a ver com essa classificação” (GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 15-16).

<sup>185</sup> BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009, p. 72.

<sup>186</sup> HAFFKE, Bernhard. “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para-la imputación jurídicopenal”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1995, p. 131.

bindingniana que no se puede soslayar<sup>187</sup>, so pena de perjuicios de elevada importancia para las construcciones dogmáticas hodiernas<sup>188</sup>.

### 2.2.2 La polémica sobre la norma penal de valoración y/o de determinación

Otro punto relevante para el debate lo cuestiona y pontifica MIR PUIG, cuando advierte: “¿Establecen las normas penales meras valoraciones acerca de las conductas delictivas, poseen por el contrario carácter imperativo, o existen normas penales de una y otra naturaleza? Ésta es la cuestión que hay que decidir al plantear la alternativa de normas de valoración o normas de determinación”<sup>189</sup>. Lo que se debate, aquí, es algo aparentemente simple, sencillo, de poca importancia, pero que en realidad desvela la base para que los defensores – en sus respectivas épocas – de las concepciones clásicas<sup>190</sup>, neoclásicas<sup>191</sup> (o moderna), finalista<sup>192</sup> y, en tiempos de hoy, funcionalista<sup>193</sup> del delito, desarrollasen sus

---

<sup>187</sup> Rotundo es el aleccionar de SILVA en este sentido: “não só a idéia do mandato jurídico, mas também a coesão do sistema, levou os adversários de Binding a tributar-lhe respeito e admiração” (SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 37). Así también FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2002, p. 164-165. Sin embargo, decimos ‘en parte’ porque no se puede aceptar, como ha hecho a su tiempo BINDING, que el bien jurídico tutelado pela ‘ley penal’ sea definido por el Derecho Público general, y no por propiamente por el penal. Críticamente a dicha posición: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 41; CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Derecho penal tributário*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 86-87; SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, vol. I, 10ª. reimpresión total (actualizador Guillermo J. Fierro). Buenos Aires: TEA, 1992, p. 142 y ss..

<sup>188</sup> En este sentido, profesora MIR PUIG que “la existencia de normas primarias como correlatos de normas secundarias, en Derecho penal constituye, por otra parte, un presupuesto de toda la teoría del delito... Toda la elaboración dogmática arranca de la consideración del delito como infracción de una norma, lo que supone que se opone a una norma dirigida al ciudadano” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal - parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 63).

<sup>189</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 68.

<sup>190</sup> Importa destacar, como bien lo hace GUARAGNI, que la búsqueda por clasificaciones, sistematización y identificación de elementos del delito, con criterios objetivos y avalorados, fue preocupación básica de la doctrina penal positivista, de manera que la concepción clásica de delito sólo podía comprender la norma penal como imperativo, es decir, sin cualquier aspecto valorativo intrínseco (GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*, 2ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 72).

<sup>191</sup> “Según el neoclasicismo, las normas jurídico-penales contienen un mero juicio de valor, sin pretender determinar la conducta de los destinatarios, expresan un ‘mero ser impersonal’ en virtud del cual se limitan a caracterizar como ‘deseables’ o ‘indeseables’ (valiosos o disvaliosos) ciertos estados o acontecimientos” (BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009, p. 72). Sobre la evolución de las escuelas penales, véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal*. Madrid: Iustel, 2012, p. 31-114. También en ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Editora Colex, 2001, p. 67-130.

<sup>192</sup> A su vez, el finalismo welzeniano imparte la lección de que si es importante el aspecto valorativo de la norma, lo es en un ámbito anterior de ella, pre-típico, en las conocidas estructuras lógico-objetivas (Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 374-378.). De ahí, si que importante el valor del contenido normativo, ello no hace más que retratar un valor previo a la norma, que no lo es intrínseco, siempre percatando su sentido imperativista en detrimento de un desnecesario sentido valorativo. A propósito, véase WELZEL, Hans. *Derecho penal, parte general* (trad. Carlos Fontán Balestra). Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 1-8. Por ello, vaticina MIR PUIG que “también la teoría del delito resulta afectada, y en su mismo centro, por la concepción imperativa de las normas jurídicas. Un imperativo sólo tiene

tesis<sup>194</sup>. Más rotundo, RODRÍGUEZ MOURULLO opina que “*esta descomposición lógica de la norma es importante... para establecer con precisión la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, elementos esenciales del delito*”<sup>195</sup>.

Verbigracia, WELZEL cambió enteramente las bases de la concepción analítica del delito, no solamente confiriendo especial relevancia tipológica al dolo y a la imprudencia, sino también subrayando la existencia de estructuras previas, ‘naturales’, que al legislador no se le permitía olvidar<sup>196</sup>. A los funcionalistas les incumbió la tarea de redimensionar la ‘utilidad’ de la teoría del delito, de las finalidades de la pena y del propio Derecho penal, ahora más para una concepción utilitarista, con *telos* social, de cómo se solía ver: buscando el hombre, individualmente considerado, no como instrumento de la normativa penal, sino como su fin (Kant)<sup>197</sup>. A uno y a otro, respectivamente, lo que incumbe destacar en la finalidad de la norma penal es el sentido imperativo o el valorativo.

---

sentido si puede ser recibido por su destinatario... si la norma es un imperativo dirigido a la voluntad, sólo podrá infringirse voluntariamente” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 71). De mismo modo, señala KAUFMANN que “estos juicios de valor se hallan en relación de motivación con la legislación, tanto en lo que respecta al juicio de valor acerca del acto y, por tanto, de la norma de la cual éste surge, así como también con respecto a la ley penal. La conexión de estos juicios de valor con la ley penal y con la norma es, en este sentido, diferente de la relación que existe entre el juicio de valor acerca del acto, la norma misma y la ley penal” (KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna* (trad. Enrique Bacigalupo/Ernesto Garzón Valdés). Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 350-351).

<sup>193</sup> Para la idea de funcionalismo, en primer lugar, debemos anudar la idea de sistema. Sobre ello, en apretada síntesis, TAVARES profesa que “el fundamento del análisis sistémico reside justamente en el hecho de que las acciones se ven regidas por expectativas, las cuales encuentran en los sistemas sus marcos delimitadores, correspondientemente a diversas variables, de las cuales una de ellas estaría constituida por las normas jurídicas” (TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal*, segunda edición (trad. Mario Pereira). Buenos Aires: B de F, 2010, p. 49). Es más, “esta corriente doctrinal, cuyo máximo representante en el Derecho penal es Jakobs, entiende que la norma es la expresión de una expectativa de conducta institucionalizada... pretenden analizar el delito no como fenómeno circunscripto a la relación entre norma e infractor, sino como un fenómeno social en el que la víctima y la colectividad se ven afectadas” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 21-22). De ahí, la conclusión que se sigue es que en el funcionalismo, más aún en el funcionalismo radical de JAKOBS, lo que se verifica es un retorno exacerbado a la comprensión de la norma como fenómeno esencialmente valorativo, a lo mejor aquél denominado por VIVES ANTÓN como *funcionalismo estratégico* (VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 450-452).

<sup>194</sup> Sobre la evolución de las escuelas penales y respectivas concepciones normativas: BUSTO RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*, tercera edición. Bogotá: Temis, 2005, p. 55-60; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 77-79.

<sup>195</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 1977, p. 83.

<sup>196</sup> “A orientação finalista representa uma mudança radical em relação ao positivismo jurídico formalista e ao relativismo axiológico do neokantismo. Na realidade, a configuração das estruturas lógico-objetivas pressupõe, como base filosófica, a adoção, pelo finalismo, de uma proposta epistemológica radicalmente distinta da que caracterizou o neokantismo” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 36).

<sup>197</sup> Cfr. TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal*, segunda edición (trad. Mario Pereira). Buenos Aires: B de F, 2010, p. 49-64.

De ahí se imparten, tal como hoy se percibe, las teorías valorativistas, imperativistas y mixtas de la norma penal, pues *“una norma es sólo de valoración [como dicen los valorativistas] cuando se limita a expresar un juicio axiológico, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo concreto dirigido a su destinatario. Una norma es sólo de determinación si es la expresión de un mandato o prohibición que trata, a modo de imperativo o directiva, de determinar la conducta de su destinatario”*<sup>198-199</sup>. Y mixtas, por supuesto, cuando aceptarse ambos los posicionamientos<sup>200</sup>.

Según ALVARÉZ GARCÍA<sup>201</sup>, *“el valorativismo podría asignarse a aquellas posiciones doctrinales para las que las normas – por otro lado imperativas – recogen valores procedentes de la misma ley natural que incorporan a la ley humana. Las normas, obviamente, serían obligatorias por su auctoritas, una auctoritas indisolublemente unida a los valores que realizan... para distinguir lo conforme de lo contrario a derecho hay que referirse al juicio de valor expresado en la norma”*. A su vez, concluye el autor que *“para el imperativismo... el fundamento de la obligatoriedad se deriva no ya de una realización de abstractos valores sino de la instancia política encargada del dictado normativo... para las tesis imperativistas, la referencia al valor también es fundamental, sólo que el momento valorativo, en el que se decide qué es lo que hay que proteger, se sitúa en el estadio legislativo previo, cuando todavía no existe ley penal”*.

Hay, de otra parte, autores que señalan, a nuestro ver con razón, un carácter bidimensional, dual o mixto, de la norma jurídico-penal. Se no se puede olvidar el carácter imperativo de toda norma jurídica (siendo la norma penal, por supuesto, especie de ella), lo que al fin y al cabo garantiza un igualmente inolvidable rasgo preventivo general de la actuación penal; también no podemos solapar su aspecto valorativo, so pena de relegar a segundo plano la demostración del desvalor de resultado. Inolvidable al respecto es el texto de MORALES PRATS<sup>202</sup>: *“Esto comporta la aceptación de un nexo inescindible entre las*

---

<sup>198</sup> BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009, p. 72.

<sup>199</sup> Cfr. CUESTA AGUADO, Paz M. de la. “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 6, año 1996, p. 159.

<sup>200</sup> Cfr. GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.

<sup>201</sup> ALVARÉZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 20-21 y 96.

<sup>202</sup> MORALES PRATS, Fermín. “Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista o bidimensional”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (org.). *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001, p. 550.

*mencionadas dimensiones a la hora de establecer el contenido que expresa la norma. Ésta, como se ha señalado repetidamente, constituye un imperativo (proposición prescriptiva) con vocación de regular conductas (vinculación de la 'prescriptividad' con el plano atinente a la eficacia normativa)", y también "explicita a su vez unos fines y valores que pretenden realizarse mediante la normatividad".*

De hecho, lejos de tratarse de una cuestión meramente teórica, al concebir la norma penal como norma de determinación, la función asignada a la consecuencia de incumplimiento será una, dirigida a la finalidad preventiva de delitos. A su vez, asignándole el carácter de norma puramente valorativa, lo que se percata es una función eminentemente retributiva de la respuesta penal; es decir, no es la prohibición lo que justificaría el uso del brazo fuerte de la ley penal, sino el actuar en contra de una norma que sólo lo que hace es valorar un bien jurídico o un interés jurídicamente tutelado<sup>203</sup>.

Otra no es la conclusión que se extrae de la lección de VIVES ANTÓN: *"Pues la polémica en torno a la concepción imperativa de la norma no es meramente verbal: no estamos ante una discusión sin contenido, ante un mero problema de etiquetas, sino que, por debajo de ellas, late un problema de fondo: el de si las normas jurídicas han de ser entendidas básicamente, como decisiones del poder o si, por el contrario pertenece también a su esencia que hayan de ser justificadas e interpretadas como determinaciones de la razón"*<sup>204</sup>.

Así las cosas, siendo la norma un producto del proceso de significación del intérprete, no cabe asimilarla como puro y duro mandato de determinación. No lo es. De hecho el intérprete, al construir el sentido de la norma por la interpretación sgnica del texto legal, lo que hace es – también – denotar un aspecto necesariamente valorativo y relevante de la

---

<sup>203</sup> Críticamente: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 70. Según SILVA SÁNCHEZ: "La cuestión es si concebir ésta básicamente como una teoría de la infracción personal de la directiva de conducta expresada en la norma (una teoría de la antinormatividad) o, por el contrario, como una teoría de la imputación de la defraudación de una expectativa social a los efectos de la imposición de una pena". Para el autor es plenamente conciliable las aportaciones hodiernas del funcionalismo radical de Jakobs – de norma de valoración como expectativa de conducta – con el imperativismo clásico – de norma de determinación como directiva de conducta –, pues a los ciudadanos la norma revelaría la primera función, sin embargo, para aquellos susceptibles de un descompromiso normativo (los enemigos o los que optan por un exacerbado liberalismo en lo actuar), tendríamos un imperativo puro y duro. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 33 y ss.). En obra anterior, el autor se ha decantado por la concepción imperativista de la norma jurídica (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, p. 340-353).

<sup>204</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 353.

norma jurídica. Por supuesto, no puede ser concebida la norma únicamente en este aspecto valorativo, sino que, como ocurre con toda y cualquiera norma, debe dirigir la conducta del destinatario, sea de modo preceptivo, sea prohibitivo<sup>205</sup>. Aquí, desvela también la norma penal un aspecto imperativo, no necesariamente inferior a aquél otro, sino que posterior, pues lo que debe necesariamente preceder la orden es la finalidad de protección, es decir, la prevención de nuevos delitos con la protección de bienes jurídicos estimados<sup>206</sup>.

Como hemos dicho, la relevancia de uno u otro entendimiento desvelará conclusiones disonantes sobre las posibilidades del uso de la técnica de las 'leyes penales en blanco'. Si lo principal es el imperativo, no hace tanta falta indicar en el soporte físico (en la ley penal) el objeto de protección de la norma (vale más el deber de obediencia, pues, a lo mejor ya estaría el 'valor' señalado en un momento pre-típico de elección de legislador). A su vez, si se considera esencial el aspecto valorativo, evidente que la ley penal deberá indicar al intérprete una proposición mínima indicativa del bien jurídico tutelado (pues interpretar es recrear el sentido de la norma que se establece en el texto, no crearlo sin más)<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> En semejante sentido señala CUESTA AGUADO que "la norma primaria en su aspecto de valoración se mueve en el ámbito del deber ser, estableciendo la solución 'ideal' al conflicto planteado, desde el punto de vista del bien jurídico... La norma primaria en su aspecto de norma de conducta enuncia la pauta de conducta y ofrece a la sociedad un modelo valorado de conducta. Es el modelo que debe seguirse... La norma primaria en su aspecto de determinación o de imposición, constituye el momento imperativo; el de la decisión de quien está investido de autoridad que dice 'sea'. Es el ejercicio del *ius puniendi*, de la capacidad ordenadora de conductas derivada de la voluntad del órgano legiferante... Así concebida la norma primaria cumple tres funciones: 1. Proteger bienes jurídicos a través de la norma de valoración. 2. Determinar pautas de conducta mediante la norma de conducta. 3. Motivar al ciudadano a que observe un determinado comportamiento mediante la enunciación de la pauta de conducta realizada en la norma de conducta y, sobre todo, mediante la imposición de la pauta de conducta contenido en la norma de determinación" (CUESTA AGUADO, Paz M. de la. "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 6, año 1996, p. 168-169).

<sup>206</sup> Eso es importante porque, entendida someramente imperativista una norma penal, podría conllevar a un sistema categórico similar al sistema puramente moral, lo que el pasado reciente nos trae el resultado dañino de eso. El Derecho – y aún más el Derecho penal – solo puede ser comprendido y justificado como imperativo hipotético, cargado valorativamente por el intérprete (en la construcción de sentido de la ley que resulta en la norma), so pena de desvelar puramente una prescripción moral.

<sup>207</sup> Importa destacar, todavía, que la evolución filosófica advenida de la Filosofía del Lenguaje juega un importante role en este escenario: de entrada, no basta el sentido literal o las reglas tradicionales de interpretación (gramatical, histórica, lógica o sistemática), sino la construcción de sentido por el exegeta a partir del texto (significación). JUAREZ TAVARES nos trae un auspicioso ejemplo en el Derecho penal brasileiro: "la alteración de contenido no se reduce a una mera cuestión retórica, ya que puede ser apreciada exhaustivamente en la propia práctica judicial. Véase, por ejemplo, la significativa alteración que se procesó en la jurisprudencia brasileña en el contenido del injusto del hecho de la emisión de cheques sin la suficiente provisión de fondos (art. 171, par. segundo, VI). Inicialmente, de cara a los términos expresivos de la acción de emitir, se consideraba que el delito se configuraba con la mera entrega del cheque al tomador. Más tarde, valiéndose de la definición contenida en la rúbrica lateral (*nomen iures*), que no integra la norma prohibitiva, se le otorgó otro significado, caracterizando al delito como consumado solamente en el momento de la negativa al pago del cheque por parte del Banco, ello dado que el hecho estaría consustanciado el acto de defraudar y no, simplemente, con el de emitir. El juego semántico que aquí se desenvuelve no se limita a seguir reglas

Según RODRÍGUEZ MOURULLO, “*esa realidad unitaria que es la norma, puede ser contemplada lógicamente como norma objetiva de valoración y como norma subjetiva de determinación*”<sup>208</sup>. En semejante sentido, vaticina MARTINEZ-BUJÁN PEREZ<sup>209</sup> que “*solamente atribuyéndoles ese doble carácter (imperativo y valorativo) podemos entender la estructura de los sistemas del Derecho positivo moderno*”; y añade: “*Las normas jurídicas deben ser concebidas como directivas de conducta (mandatos), pero ello no implica que tengan que ser consideradas sólo meras decisiones de poder (meros mandatos respaldados, sin más, por una sanción), ajenas de la racionalidad práctica, sin referencia alguna a las razones que justifican la imposición de esos imperativos*”.

Sin embargo, autores de elevada estirpe como MIR PUIG<sup>210</sup> y ARROYO ZAPATERO<sup>211</sup> parecen sostener algo diferente. Para el primero, “*valorar no es todavía normar*”, de manera que “*las normas, tanto las secundarias como las primarias, deben entenderse, pues, ante todo como expresión de un imperativo... evidentemente, al imperativo precede la valoración negativa de la conducta prohibida u ordenada, pero para la efectividad de la norma penal lo decisivo es que se le asigne la virtualidad de un imperativo*”. El segundo autor, en semejante sentido, profesa que “*la función de las normas no es valorar conductas, aunque presupongan una valoración, sino definir lo prohibido, e inducir a los ciudadanos a evitar las conductas prohibidas, procurando la interiorización de las normas de protección de bienes jurídicos*”.

No obstante, para quien, como nosotros, entiende que la norma es el resultado del proceso de interpretación de un soporte físico (la ley penal) – basada en la evolución acaecida a partir de la Filosofía del Lenguaje –, no se puede relegar a un segundo plano el aspecto valorativo<sup>212</sup>. Con ello no queremos decir que la norma sea sólo valoración, pues no se puede – como especie jurídica del género norma – solapar su lado imperativo de directiva de

---

puramente formales de identificación del contenido de la norma prohibitiva, sino de ajustarla a un sistema de valor comprendido en los delitos patrimoniales fraudulentos” (TAVARES, Juárez. *Teoría del injusto penal*, segunda edición (trad. Mario Pereira). Buenos Aires: B de F, 2010, p. 29).

<sup>208</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 1977, p. 83.

<sup>209</sup> MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 39. En semejante sentido: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal, parte general*, I. Madrid: Universitas, 2002, p. 67.

<sup>210</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 69-70.

<sup>211</sup> ARROYO ZAPATERO, L.. “Fundamentos y función del sistema penal: El programa constitucional de la Constitución”. En: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Toledo, año 1987, p. 103.

<sup>212</sup> Cfr. L. SIMAZ, Alexis; V. ZARINI, Andrea. “Consideraciones sobre el concepto jurídico penal de norma”. En: *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, 2010, p. 476-478.

conducta<sup>213</sup>. La norma jurídica es un imperativo, pero como *prius* lógico contiene una valoración. Como bien señala ENGISCH: “*O Direito como norma valoradora é um necessário pressuposto lógico do Direito como norma determinativa... Pois quem pretender ‘determinar’ alguém a fazer algo tem de previamente conhecer aquilo a que o quer determinar: ele tem de valorar aquele algo num determinado sentido positivo*”<sup>214</sup>.

### 2.3 Consideraciones sobre el tipo penal

Desde BELING la concepción estructural del delito empezó a clamar por una estructura específica y antecesora a los ya consagrados rasgos estructurales de la antijuridicidad y de la culpabilidad<sup>215</sup>. Pero el tipo, aquí, entendido diferentemente de lo que se es concebido hoy en día, era objetiva y valorativamente neutral<sup>216</sup>. Fue M. E. MAYER quien “*encuentra en algunos tipos elementos que no poseen un mero carácter indiciario de la antijuridicidad, sino que son ‘componentes’ o ‘partes integrantes’, ‘auténticos elementos’, ‘ratio essendi’ de la*

---

<sup>213</sup> Así es el aleccionar de GOMES, para quien “admitir, entretanto, desde logo, o carácter preponderantemente valorativo da norma penal não significa concluir (peremptoriamente) que dela tenha de ser excluída a característica da imperatividade (a norma penal, portanto, dúvida nenhuma pode existir, é uma norma de valoração, bem como norma de determinação, de imposição de condutas)... As normas penais, de outro lado, são valorativas e também imperativas (porque impõem coativamente uma determinada pauta de conduta a todos). A construção de um Direito penal regido pelo paradigma da ofensividade, de cunho constitucional, material e garantista, de qualquer modo, parte da premissa básica de que a norma penal (primária) possui caráter (acentuada e prioritariamente) valorativo, isto é, ela existe para a tutela de alguns bens ou interesses (de especial relevância) consubstanciados em relações sociais valoradas positivamente pelo legislador para constituir o objeto de uma especial e qualificada proteção, como é a penal” (GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 17-18). Así también: FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2002, p. 171 y ss..

<sup>214</sup> ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 5ª edição (trad. J. Batista Machado). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 35. A propósito, así también lo advierte BECHARA: “A norma penal não pode possuir a mera natureza de uma ordem, importando, antes de tudo a significação de seu conteúdo valorativo para a sociedade. A norma penal constitui, portanto, tanto norma de determinação como norma de valoração, pois aquela baseia-se nessa” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 77).

<sup>215</sup> “Toda acción, por antijurídica y culpable que sea, si no es incluíble en los tipos legalmente establecidos – lo atípico – para el jurista significa una acción no punible; y viceversa, acción típica significa acción digna de pena según la medida de las penas correspondientes y conforme a las demás disposiciones legales relativas a la punibilidad. Para el legislador, naturalmente, el acunamiento de las figuras delictivas no significa ningún juego de capricho. Por ese medio realiza una doble valoración: separa lo ilícito culpable para establecer si es tan culpable y antijurídico que deba o no ser punible y, por otra parte, establece una escala de valores, en el dominio de lo típico, en figura de tipos. Las figuras de delito son cuadros normativos, tan normativos como la ilicitud y la culpabilidad en cuyo círculo se encuentran” (BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal, la doctrina del delito-tipo* (trad. Sebastián Soler). Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 275).

<sup>216</sup> Señala ROXIN que “la objetividad del tipo significa que este concepto comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor... Con la expresión ‘el tipo es valorativamente neutral’ puede afirmarse, en primer lugar, que el tipo no contiene ningún juicio del legislador... pero con la ‘neutralidad valorativa’ del tipo no sólo se quiere designar la neutralidad valorativa frente al legislador, sino también frente al juez” (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal* (trad. Enrique Bacigalupo). Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 57-59).

*misma*". Estos son los elementos normativos del tipo"<sup>217</sup>, lo que cambió definitivamente la concepción de tipo penal<sup>218</sup>, hasta alcanzar el actual estadio dual de tipo objetivo y tipo subjetivo.

Hodiernamente, la doctrina dominante concibe el tipo como la descripción de una conducta a la que se relaciona con una pena, otorgándole relevancia jurídico-penal<sup>219</sup>. Empero hay pequeñas disonancias que pueden tornarse, *a posteriori*, en grandes escollos sistemáticos. GÓMEZ URSO<sup>220</sup>, no obstante inicialmente señale que "en el tipo se concreta el principio constitucional de legalidad, pues "es una fórmula legal que individualiza las conductas que la ley penal prohíbe u ordena", concluye al final de su lección que "es en la ley, donde hallamos los tipos legales". Esta es una posición doctrinal seguida por muchos<sup>221</sup>, pero que a nuestro parecer puede confundir los conceptos de enunciado normativo y tipo (lo que, por consiguiente, conllevaría a una indistinta denominación de ley en blanco y de tipo en blanco como sinónimos).

Antes de discutir el problema, debemos tener bien claro, en primero lugar, que el tipo deviene de la norma jurídico-penal completa, mientras que la tipicidad denota algo distinto: es un rasgo dogmático de la estructura del delito<sup>222</sup>. Más allá de un expediente clasificatorio,

---

<sup>217</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008, p. 40. En el mismo sentido, ROXIN, quien rotundamente profesa que "la gran transformación surge de los elementos normativos del tipo. Ellos hacen vacilar por primera vez la teoría de la neutralidad valorativa del tipo penal" (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal* (trad. Enrique Bacigalupo). Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 61).

<sup>218</sup> BELING, después de muchas críticas sobre su trabajo en *Die Lehre vom Verbrechen*, en la obra *Grundzüge des Strafrechts* establece una diferenciación entre 'delito-tipo' y 'tipo de delito'. Como bien señala LUISI, "fixados os propósitos, o genial penalista alemão define o que seja o *Delitstypus*, isto é, a figura delitiva ou tipo de delito. Situa-se este em ampla esfera constituindo uma espécie dos atos antijurídicos e culpáveis. Trata-se, no entanto, de conduta culpavelmente antijurídica descrita previamente na lei, e punível na medida e na extensão das penas legalmente prefixadas... Cada tipo de delito ou figura delitiva é um todo composto de diversos elementos. Porém, estes aspectos distintos e múltiplos, objetivos e subjetivos, que compõem o *Delitstypus*, por mais diversos e díspares que, às vezes, se possam apresentar, encontram a sua unidade em uma representação, em um quadro conceitual (*Leitbild*), que lhes dá unidade e sentido. Esta representação conceitual é o 'Tabestand' legal ou delito tipo. Devido a ele, cada um e todos esses vários elementos se integram como partes constitutivas de específica figura delitiva" (LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 22-23).

<sup>219</sup> CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad y imputación objetiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 54.

<sup>220</sup> GÓMEZ URSO, Juan Facundo. *Tipicidad penal*. Buenos Aires: Di Plácido Editor, 2005, p. 57.

<sup>221</sup> RUSCONE, por ejemplo, sostiene que "el tipo penal es el instrumento conceptual, en su pertenencia a la ley, que nos permite descubrir la 'norma penal', o sea aquella que deja traslucir cuál es el bien jurídico protegido" (RUSCONE, Maximiliano A. *Los límites del tipo penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1992, p. 29).

<sup>222</sup> Pues "con la tipicidad se trata de de comprobar si el hecho acaecido en la vida real se adecuaba perfectamente a la descripción del suceso recogida en la ley penal" (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 203). Así, también: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 444-445.

el tipo debe contener una función directiva y sistémica, debe consistir en un todo sistemático que ha de ser construido dogmáticamente por la Ciencia del Derecho y en aras de indicar a los ciudadanos el modo que debe pautarse en determinada situación<sup>223</sup>, ya indicando todas las características necesarias para dirigir las conductas intersubjetivas conforme a los valores superiores del Derecho penal; ya después de un proceso objetivamente descriptivo llevado a cabo por el legislador (el *Tatbestand* de la doctrina penal clásica) y también de un proceso de significación de ello llevado a cabo por el intérprete (construcción de la norma jurídica), ya en vía de esquematización y de subsunción lógico-normativa – en un examen de la pretensión de validez de la regla –, como ya lo ha puesto de manifiesto DERZI<sup>224</sup>.

El tipo, por lo tanto, debe ser entendido como la estructura lógica percibida desde un examen políticocriminal<sup>225</sup>, desvelador (necesariamente) de la conducta hacia el resultado que se pretende evitar por el mandato de prohibición (comisivo) o de obligación (omisivo) y que, repito, debe ser extraído del discurso normativo (principio de legalidad). Sólo así se puede sostener la coexistencia de tipos abiertos, indeterminados, con cláusulas generales, con el principio de legalidad fundamentador de un Estado social y democrático de Derecho<sup>226</sup>; y, también justificar la utilización de una ley penal en blanco para salvaguardar determinados bienes jurídicos, lo que conlleva a un necesario replanteamiento de las técnicas legislativas.

La hermenéutica esclarece algo muy importante sobre ello, al establecer una necesaria relación triádica hacia el resultado del proceso intelectual: (i) primero el intérprete lee el enunciado; (ii) después le interpreta; y, por fin, (iii) comprende lo que ha interpretado. TOMAZINI DE CARVALHO, sobre ello, concluye: “*É por isso que o método é o empírico dialético: com a leitura do texto (base empírica) o intérprete constrói conteúdos e os confronta, num processo inesgotável, até alcançar a compreensão*”<sup>227</sup>. Y añadimos: es en esta comprensión final en la cual estará el tipo de acción, que subyace en una norma convencional o procedimental, y a través del cual el legislador pretende dirigir una conducta

---

<sup>223</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 274 y ss..

<sup>224</sup> Cfr. DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-236.

<sup>225</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 277.

<sup>226</sup> Pues “a abertura inerente ao tipo, a renunciabilidade de suas características, a graduabilidade e flexibilidade estrutural dotam-no de certa imprecisão e fluidez, pois seu campo objetivo não é rígido, mas de delimitação progressiva” (DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 105), y sólo así podrá alcanzar el legislador su función: dirigir la multitud de conductas intersubjetivas que pueden lesionar determinados intereses de tutela penal.

<sup>227</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 223.

penalmente relevante<sup>228</sup>. Eso es algo muy distinto del enunciado jurídico y de un tipo meramente descriptivo o analítico<sup>229</sup>.

Es evidente que el tipo guarda estrecha vinculación con el principio de legalidad, de ahí que, incluso, es correcto afirmar que posee una función de garantía<sup>230</sup>, pero no puede ser confundido con el enunciado normativo, no puede ser equiparado sin más con la ‘ley’ penal, ni de ella derivarse de manera total, como un esquema preconcebido, so pena de rechazar del sistema jurídico a los tipos que implican ‘elementos del deber jurídico’, los que exigen una ‘valoración global del hecho’, los denominados tipos abiertos, como suelen ser denominados, p. ej., los tipos imprudentes y los omisivos impropios<sup>231</sup>. En ellos, fácilmente se percata que el tipo no deriva inmediatamente de la ley penal, sino que son construidos interpretativamente por el sistema, con base en una construcción de sentido irradiada por todo el ordenamiento jurídico y tras concebir el intérprete la norma jurídico-penal en el proceso de significación de los enunciados jurídicos.

---

<sup>228</sup> Cfr. ROBLES MORCHÓN, Gregorio. “Sobre el concepto de acción en el derecho penal: la acción como procedimiento y el tipo como norma procedimental”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.); NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen I. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1290-1292.

<sup>229</sup> A propósito, señala CAMARGO que “o intérprete, diante de uma ação humana, para verificar se esta é típica, antijurídica e culpável, ou seja, se preenche os requisitos do tipo penal, deverá, em primeiro lugar examinar a norma para depreender o bem jurídico protegido e, em seguida, buscar na estrutura profunda da lei penal o exato valor semântico de seus termos, delineando, com precisão, a ação punível e a sanção correspondente” (CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 88). Es decir, al intérprete incumbe extraer del precepto (o de los preceptos) la norma jurídica completa, de la cual revelará el tipo como ‘tipo sistemático’ (Cfr. DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 235).

<sup>230</sup> Cfr. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 85; GÓMEZ URSO, Juan Facundo. *Tipicidad penal*. Buenos Aires: Di Plácido Editor, 2005, p. 61.

<sup>231</sup> El debate sobre dichas vicisitudes del tipo penal es abundante en la doctrina: BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 61-64; CEREZO MIR, José. “El delito como acción típica, evolución del concepto dogmático del delito”. En: BARBERO SANTOS, Mariano; CEREZO MIR, José; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; NUÑES BARBERO, Ruperto (org.). *Estudios penales: libro homenaje al prof. J. Antón Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 174-175. Sobre los elementos del deber jurídico, elementos de valoración global del hecho y tipos abiertos: ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal* (trad. Enrique Bacigalupo). Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 04-18; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008, p. 106 y ss.. A su turno, críticamente, afirma JESCHECK que “la teoría de los tipos abiertos debe, sin embargo, rechazarse, pues si el tipo se entiende como *clase* de injusto (*Unrechtstypus*), puede sólo imaginarse como “cerrado”, ya que de lo contrario le faltaría, precisamente, el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener *todos*, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito, y que la *pregunta por la antijuricidad* puede sólo plantearse de forma *negativa*, es decir, en el sentido de si se halla excluida por la presencia de causas de justificación. Evidentemente, el grado de formalización de la materia de prohibición es distinta en los diferentes preceptos penales. Los complementos que el juez ha de obtener de juicios de valor generales o de la puesta en relación con otros elementos, dan lugar, sin embargo, a nuevos elementos del tipo, para los cuales — aparte del método de su obtención — no rige particularidad alguna” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*, volumen I (trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Barcelona: Bosch, 1981, p. 336).

De ahí que no compartimos un concepto de ‘tipo penal’ tal y cual el texto legal o, a menudo, el enunciado jurídico; es decir, como si fuera posible extraer de la ley penal (en sentido estricto) ya inmediatamente luego todas las características necesarias para una determinada figura delictiva (incluso con un desiderátum puramente clasificatorio). El ‘tipo penal’ revela una estructura dogmática mucho más compleja y llena de vicisitudes que el texto de la ley penal por el cual el legislador pretende dirigir determinada conducta (mediante una prohibición, en los delitos comisivos, o una orden, en los delitos omisivos). Significa una realidad no derivada pura y simplemente del discurso jurídico, sino más bien de una labor hermenéutica de la Ciencia Jurídica que establece, además, variadas funciones que van más allá de una simple adscripción de conductas (como un tipo sistemático o, incluso, como un verdadero tipo de garantía).

Muy claro, sobre dicho concepto de tipo sistemático, es el vaticinio de ROBLES<sup>232</sup>, el cual empieza su lección advirtiendo que *“el positivismo normativista (mucho más el sociológico) oscurece el entramado profundo del sistema jurídico al pretender reducirlo a su expresión “bruta” en el texto legal”,* pues *“sobre el texto legal, la dogmática construye el ‘sistema’”,* y *“si en la ley aparecen las disposiciones “en bruto”, en el sistema se presentan las normas ‘construidas’”*. Y, en lo que debemos seguirlo, advirtiendo que *“es precisamente en el sistema donde se desvela la profundidad lingüística del derecho”,* de modo que *“es una experiencia cotidiana el que la doctrina científica y jurisprudencial “construyen” los tipos delictivos, y aunque lo hacen sobre la base del texto bruto de la ley, no parece haber duda que es ella – por medio de la llamada doctrina u opinión dominante – la que perfila de manera más acabada los rasgos de dichos tipos”*.

A decir verdad, se puede sostener tres funciones para el tipo penal: sistemática, políticocriminal y dogmática<sup>233</sup>. Sin embargo, si lo principal en el tipo es desencadenar en los

---

<sup>232</sup> ROBLES MORCHÓN, Gregorio. “Sobre el concepto de acción en el derecho penal: la acción como procedimiento y el tipo como norma procedimental”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen I. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1291. En semejante sentido, pero con matices importantes que por límites del trabajo no nos cabe pormenorizarlos: VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 274 y ss..

<sup>233</sup> Según ROXIN: “En su sentido sistemático el tipo abarca el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata... junto a su significado sistemático está el significado políticocriminal del tipo, que radica en su ‘función de garantía’... sólo un Derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos se adecua por completo al principio *‘nullum crimen sine lege’*... por último, una función dogmática autónoma del tipo, y desvinculada de su función sistemática general consiste en describir los elementos cuyo desconocimiento excluye el dolo” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*,

ciudadanos el deber primitivo de la ordenación normativa (pues, a la postre, todo el ordenamiento jurídico, como hemos visto, conlleva a la idea de ordenación social de la conducta humana), parece que el tipo se debe concebir primordialmente como tipo sistemático o tipo total de la acción, tras la construcción sýgnica de la norma<sup>234</sup>.

El tipo de garantía, a su vez, revela otra realidad, igualmente sistemática, pero más garantista, pareciéndose más bien a una regla-matriz de incidencia penal<sup>235</sup>. Siguiendo a DERZI<sup>236</sup>, un verdadero ‘tipo de garantía’ sólo tendría sentido cuando abarcase, además del suceso del hecho (el tipo sistemático), también la consecuencia jurídica (regla-matriz). Tiene transcendencia dicho planteamiento, a propósito, por la propia idea de legalidad penal, la cual, es sabido, ha evolucionado desde CICERÓN – que de modo incipiente ya señalaba la idea de *nullum crimen sine lege* – hacia la construcción definitiva del Iluminismo – de *nulla poena sine lege* – bajo una necesidad también de que la pena esté previamente declinada en el ‘tipo’<sup>237</sup>.

Para los fines de este trabajo, sostendremos el ‘tipo’ como ‘tipo sistemático’, prescindiendo de la consecuencia jurídica. Es decir, sencillamente tendremos en cuenta que “*el tipo penal describe en el supuesto de hecho [todas] las características que han de concurrir en una conducta para que pueda ser considerada típica, es decir, para que pueda dar lugar a la intervención penal*”<sup>238</sup>; y de ahí una forzosa conclusión: que no se puede concebir el tipo únicamente como la descripción legal del legislador, ya que se hace necesario ir más allá en el proceso de construcción de sentido, tras una elaboración normativa, hacia el alcance finalístico de la labor legislativa políticocriminalmente considerada. Esto es así porque, como señala ZAFFARONI, “*en ningún caso la descripción legal es completa. Ello*

---

*parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 277).

<sup>234</sup> Cfr. DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 232-236.

<sup>235</sup> Cfr. supra 1.3.

<sup>236</sup> DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 232.

<sup>237</sup> A propósito, sobre la diferencia del *nullum crimen* clásico y del *nulla poena* ilustrado, señala STRATENWERTH que “de Cicerón se conoce la proposición de que no pueden vincularse consecuencias jurídicas negativas a una conducta que ya pertenezca al pasado y que no fuera ya de por sí, aun sin prohibición legal, criminal y reprochable. Según esto, sería admisible imponer sanciones *a posteriori* a una conducta prohibida, pero no convertir en prohibida una conducta no prohibida, mediante sanciones posteriores”, pero “un entendimiento fundamentalmente diverso de este principio recién se desarrolló en contraposición con el absolutismo. A la Ilustración le pareció intolerable que los poderes estatales pudieran imponer una pena, posteriormente, a una acción impune al momento de su realización, por más que la conducta ya estuviera antes prohibida moral o incluso jurídicamente” (STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal, parte general*, I (trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti). Navarra: Editorial Arazandi, 2005, p. 70).

<sup>238</sup> CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad y imputación objetiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 62.

*es imposible en general, porque se trata de conductas humanas y la ciencia desconoce múltiples aspectos de las mismas... El tipo se limita a describir algunos aspectos diferenciales de la acción, con lo que resulta ser un esbozo torpe de conducta en el que cabe una infinita variedad de conductas humanas*<sup>239</sup>.

En tela de juicio, el ‘tipo penal’ es una descripción típica completa de acción, que se concibe a partir de la ley penal, pero que no puede ser, y de hecho no lo es, sólo una descripción típica fijada en el enunciado normativo. Es una descripción típica estructuralmente considerada, conglobada en las palabras de ZAFFARONI<sup>240</sup>, constitucionalmente en las palabras de GOMES<sup>241</sup>, o políticocriminalmente considerada, según ROXIN<sup>242</sup>. En resumen, de todas estas consideraciones teóricas, lo que se debe tener en cuenta es que el ‘tipo penal’ no es la descripción que hace aisladamente el legislador, sino un todo sistemático que ha de ser construido dogmáticamente por la Ciencia del Derecho<sup>243</sup>, ya indicando todas las características necesarias para dirigir las conductas intersubjetivas conforme a los valores superiores del Derecho penal y desde un punto de vista clasificatorio<sup>244</sup>.

#### **2.4 Dónde está el blanco: ¿en la ley, en la norma o en el tipo? Toma de postura**

Hasta aquí, algunos hitos han sido subrayados: el primero es que “enunciado jurídico”, “norma penal” y “tipo penal” son conceptos distintos, sin embargo vinculados por una relación de existencia mutua<sup>245</sup>. Recapitulando, las leyes plasman los enunciados jurídicos (primarios y secundarios) que no son normas porque las normas, aun más las normas penales prescriptivas de delitos, necesariamente reclaman un proceso hermenéutico de construcción

---

<sup>239</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 168.

<sup>240</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 435 y ss..

<sup>241</sup> Cfr. GOMES, Luiz Flávio. *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 152 y ss..

<sup>242</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 277 y ss.

<sup>243</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 274 y ss..

<sup>244</sup> Cfr. DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 231-236.

<sup>245</sup> Como advierte TAVARES: “O conteúdo da norma penal é representado precisamente pela definição de condutas (tipo) contrárias ao interesse de proteção aos bens jurídicos, constituindo a matéria da proibição ou comando jurídicos”, de manera que “entre norma e tipo... não há diferença essencial, desde que se compreenda que tipo encarna tão-somente a matéria prima formalizada do preceito normativo, de tal modo que a realização do tipo já encerra em si a confecção do proibido ou não confecção do juridicamente imposto” (TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 109).

de sentido por el intérprete<sup>246</sup>, lo que caracteriza el Derecho como una ciencia normativo-pragmática de los hechos sociales valorados por el sistema de cohesión social adoptado<sup>247</sup>. A su vez, el ‘tipo penal’ emerge *a posteriori* al resultado del proceso de significación de la norma, en un ámbito sistémico valorado del conjunto de enunciados de la ley, sintetizado en una pretensión de relevancia de la verdad nomológica<sup>248</sup>.

La ley, y por consiguiente sus enunciados, es el soporte físico que se utiliza el legislador para buscar la tutela jurídica de las conductas humanas y, también, del desarrollo de las potestades públicas o privadas<sup>249</sup>. Las normas, no obstante tengan necesariamente una conexión con la ley (en un plano originario), en lo sumo, son el producto del proceso hermenéutico planteado por el intérprete, ya en un plan de significación y de aplicación de la regla<sup>250</sup>.

---

<sup>246</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel. RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho*, 4ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, 2007, p. 19-20.

<sup>247</sup> No por otro motivo, señala DERZI que “a lingüística e a filosofia da linguagem ensinam que os signos gráficos são entidades físicas, às quais associamos significações. Essas significações, que vão possibilitar mentar o objeto, a norma, se extraem não apenas do texto legal em sua estrutura interna, mas ainda do contexto maior em que se insere a proposição jurídica, inclusive as circunstâncias históricas e sociológicas em que o texto foi produzido e no qual ele é colhido pelo intérprete. Sem se alterarem os signos e suas significações tópicas, presentes em um único enunciado lingüístico da lei, altera-se profundamente o sentido, a norma, e uma vez feitas as associações no contexto normativo e no meio histórico em que se insere. O objeto jurídico – a norma – é construído *hic et nunc*” (DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 55).

<sup>248</sup> VIVES ANTÓN, en lo que compartimos, enseña que “las normas jurídicas no son meras directivas de conducta (mandatos) sino que, en virtud de su misma gramática, la dimensión directiva que les es inherente va acompañada de una pretensión de validez, que cabe enjuiciar en el marco de un proceso de argumentación racional” y añade: “Esos valores [para incardinar la pretensión de validez de la norma penal] entra en juego a la hora de proceder a la exigencia de responsabilidades jurídico-penales [en el proceso de argumentación racional del intérprete]. La exigencia de tales responsabilidades ha de cursar, en primer término, tomando como punto de partida la ejecución de una acción lesiva amenazada como pena [pretensión de relevancia]; comprobando después que la intención que la regía no se ajustaba a las exigencias del ordenamiento [pretensión de ilicitud]; determinando luego que procedía de quien sabía que no debía obrar así y podía actuar de otro modo [pretensión de reproche] y, finalmente, reafirmando, en el caso concreto, la necesidad del castigo [pretensión de necesidad]. Sólo procediendo así quedarán salvaguardados, en la imposición de la pena, los valores que la conminación penal pretende tutelar” (VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 489-490). El tipo, como tipo de injusto, se presenta en el primer grado de pretensión, de relevancia, post la enunciación legislativa y su proceso de significación (norma jurídica). A su vez, el tipo, como tipo sistemático o de acción, que es lo que nos interesa aquí, se presenta ya como la propia pretensión de validez, bajo la concepción de todas las otras pretensiones: de relevancia, de ilicitud, de reproche y de punibilidad. Este será el verdadero tipo de garantía, siempre sistemático.

<sup>249</sup> Advierte HART que tenemos dos tipos de reglas. “las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones” (HART, Herbert L.A.. *El Concepto del Derecho*, 3ª edición (trad. Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, p. 101).

<sup>250</sup> Como bien alecciona VIVES ANTÓN, “la ley penal [lo que aquí preferir llamar enunciado] es, por lo tanto, el instrumento en el que las normas penales se expresan o, dicho de otro modo, su fuente. La ley penal no es, sin más, la norma, sino que la norma es expresada en la ley y es lo que la ley significa o parte de lo que la ley significa. Identificar norma y ley responde a un uso lingüístico corriente. Y nada hay que objetar a ese uso, si se

¿Y que se pasa con las normas penales y, a menudo, con las normas penales prescriptivas de delitos basados en una ley penal en blanco? Aquí el problema no es diferente. Como he señalado, tras de los enunciados normativos o ley encontramos la norma; es decir, tras el proceso de significación de los enunciados aplicables o subsumibles ante los hechos que se pretende analizar.

A decir verdad, es común que una norma jurídica necesite que el intérprete busque en otras normas del sistema un completo significado prescriptivo (a menudo es lo que suele ocurrir con las normas incriminadoras de nuestros Códigos penales, pero no sólo, también es así con las normas que revelan la antijuridicidad material, la culpabilidad y la punibilidad, en la parte general), netamente cuando hablamos de las normas primarias derivadas punitivas (que la doctrina suele llamar de ‘secundarias’), pues dirigidas por el sistema para conducir conductas del Estado-juez, y no de los ciudadanos<sup>251</sup>. Es una necesidad indeleble en aras de garantizar la tutela de protección de determinados bienes jurídicos de la manera más amplia posible.

De hecho, la ley que se halla “en blanco” es así para denotar dicha necesidad: que el destinatario de la norma secundaria, el Estado-juez, busque su completitud en el ordenamiento jurídico, a menudo en otra norma específicamente considerada, pues las vicisitudes del bien jurídico que se busca proteger – y también la naturaleza cambiante de la materia que se pretende regular – así lo exigen<sup>252</sup>. Eso es así exactamente porque la ‘normativización’ reclamada por determinados ámbitos no posibilita una concreción mayor;

---

realiza a conciencia de que no es más que un tropo, esto es, sabiendo que lo justifica la sinonimia es una mera figura retórica y no una equivalencia conceptual. De lo contrario, el uso común se convierte en una primera fuente de confusiones”. (VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 351).

<sup>251</sup> No podemos olvidar que “un enunciado legal puede servir de base a más de una norma jurídica. Esto es lo que sucede, precisamente, en los preceptos de la Parte Especial del Código Penal, cada uno de los cuales sirve de base (principal) a dos clases de normas: una dirigida al juez, obligándole a imponer una pena en caso de que se cometa el delito de que se trate, y otra dirigida al ciudadano, prohibiéndole la comisión del delito. Esta es la norma primaria, aquella, la norma secundaria” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p 61).

<sup>252</sup> Según TIEDEMANN, “la razón del empleo de la técnica del ‘espacio en blanco’ radica fundamentalmente en que al establecer un marco de prohibición penal deben ser tenidas en cuenta necesidades de regulación y circunstancias cambiantes en el espacio y en el tiempo” (TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas” (trad. Antoni Llabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo*, v. 10, n. 37, jan/mar 2002, p. 75-76). En semejante sentido: SILVA, Pablo Rodrigo Afllen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 52 y ss.; CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 51 y ss..

entretanto, no se puede sostener que la conducta ordenada o prohibida a los ciudadanos estará ‘en blanco’, sino que estará pendiente de una limitación devenida por otra norma jurídica<sup>253</sup>.

Como hemos visto, son raros, en el ámbito penal, los enunciados jurídicos que desvelan un contenido completo desde el punto de vista normativo. Suelen ser más comunes los enunciados penales incompletos, que necesitan de un complemento interpretativo-normativo-jurídico – por otro enunciado –, interpretativo normativo valorativo/cultural – por el aplicador –; o bien meramente estructural-limitativo: como suele ocurrir con las leyes penales en blanco<sup>254</sup>. Ningún enunciado de nuestros Códigos penales ‘contiene’ un significado normativo ‘completo’. Ni tampoco los enunciados clásicos como ‘el que matare a otro’, del CP español (art. 138), o el ‘matar a alguien’, del CP brasileiro (art. 121), llegan a ser excepciones, pues en general necesitan de algún complemento hallado en otro enunciado<sup>255</sup>. La norma jurídico-penal completa, por las vicisitudes de la materia penal, necesariamente es concebida tras un proceso complejo de interpretación de varios enunciados<sup>256</sup>. Lo mismo se puede decir, como regla general, de los ‘tipos penales’<sup>257</sup>.

Por lo tanto, bajo las premisas sostenidas por el trabajo sobre las diferencias conceptuales entre enunciado, norma y tipo, no podemos compartir las conclusiones aportadas por DOVAL PAIS sobre el tema, cuando desvela una posibilidad de concebir los tres conceptos casi como sinónimos: leyes en blanco, normas en blanco y tipos en blanco; utilizando uno u otro a la vez cuando se encuentra con determinado escollo dogmático<sup>258</sup>. Según el autor, “*conviene tener presente que el tomar una u otra designación puede poner en evidencia más unos problemas que otros, de los muchos que plantean estas estructuras. Por ejemplo, el hablar de ‘leyes penales en blanco’ permite resaltar más las dificultades que éstas ofrecen en cuanto a su conciliación con los presupuestos fundamentales de toda ley penal (derivados de los principios de legalidad y de igualdad), mientras que el aludir a*

---

<sup>253</sup> Cfr. *infra* 3.2.1.3 y 4.4.

<sup>254</sup> Cfr. *infra* 3.2.1 *usque* 3.2.1.3.

<sup>255</sup> A propósito, asevera Balcarce: “No existe regla penal absolutamente determinada y, por otra parte, la mayoría de ellas no exceden de un grado de indeterminación que afecte ineluctablemente el mandato de determinación. Su operatividad se manifiesta, pues, prioritariamente en el momento de intelección de la manda, exigiendo del intérprete el cerramiento y completitud de las reglas jurídicas penales en el mayor grado posible” (BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009, p. 31). Algunos autores, con los avances tecnológicos de hoy, incluso llegan a dudar de la existencia de algún concepto que sea puramente descriptivo: SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 57.

<sup>256</sup> Cfr. *supra* 1.2.1.1

<sup>257</sup> Cfr. *supra* 2.3

<sup>258</sup> Expresamente defiende el mismo punto de vista: FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 90.

*‘normas penales en blanco’ posibilita tener más presentes los aspectos de su incompletitud como estructura normativa, y el referirse a ‘tipos penales en blanco’, destacar, sobre otros, los problemas de determinación del tipo y adoptar una posición que puede ser relevante para la solución de algunos de los problemas dogmáticos que plantean”*<sup>259</sup> .

En primer lugar, no nos parece exacto plantear el tema desde el término ‘normas penales en blanco’, pues las remisiones llevadas a cabo en la técnica legislativa en estudio no son de ámbito normativo, en el sentido de construcción sgnica. Las normas jurídicas, y a menudo las normas penales de conducta punitivas, suelen ser incompletas, no siendo este un rasgo característico de las denominadas ‘normas penales en blanco’ por el autor. Entendidas así, todas las normas penales que se extraen de los enunciados de la parte especial del Código penal serían ‘en blanco’, pues necesariamente remiten el intérprete a otros fragmentos normativos hallados en la parte general de nuestros Códigos<sup>260</sup> .

En este sentido, también rechazando la denominación ‘norma penal en blanco’, profesa TOMAZINI DE CARVALHO<sup>261</sup> que *“se há norma jurídica é porque existem duas significações, uma posta na posição de antecedente e outra na posição de consequente. E se há significação ocupando a posição sintática de antecedente normativo, é porque o preceito está determinado”*, concluyendo que *“se nós utilizarmos os conceitos do Direito Penal, não poderemos conceber uma norma jurídica ‘em branco’”*.

También así profesa MIR PUIG. Partiendo de la misma premisa de que *“el examen de la estructura de la norma jurídico-penal ha puesto de manifiesto que, desde el punto de vista estático, la misma obedece, como toda norma jurídica, al esquema supuesto de hecho-consecuencia jurídica”*, y de que *“por lo general, la expresión completa del contenido de esta estructura no se corresponde con los concretos artículos de las leyes penales”*, concluye el renombrado autor que *“suelen destacarse como ejemplos de ello las ‘normas penales en blanco’, mas lo cierto es que éstas no ofrecen más que supuestos extremos de lo que es regla en la legislación penal: los artículos legales no acostumbran a coincidir con las normas jurídico-penales completas”*<sup>262</sup> .

---

<sup>259</sup> DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 98.

<sup>260</sup> Cfr. supra 1.2.1.1.

<sup>261</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 151.

<sup>262</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición. Montevideo: Editorial B de F, 2003, p. 29. También GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA y BIANCHINNI: “Devemos distinguir a

A su vez, el empleo del término ‘tipos penales en blanco’ – sin embargo sea más común en la doctrina y en la jurisprudencia que lo de ‘norma penal en blanco’<sup>263</sup> – tampoco dogmáticamente nos parece acertado, pues no es el ‘tipo’ que presenta el ‘blanco’, sino, repitiendo, el enunciado jurídico que le suporta<sup>264</sup>. A diferencia de lo que ocurre con las normas jurídicas, el propio concepto de tipo no permite concebirlo como algo que inmediatamente se extraiga de un enunciado jurídico, aunque parte importante de la doctrina mantenga un concepto de ‘tipo’ como uno meramente descriptivo o analítico<sup>265</sup>. Como hemos dicho, los ‘tipos penales’ no pueden ser confundidos con la descripción legal que el legislador hace mediante sus discursos normativos (por sus decisiones normativas)<sup>266</sup>, es decir, con los enunciados legales<sup>267</sup>, pues están más allá en el proceso de construcción signica que revela el sistema jurídico, de modo a no permitir una clasificación fijada<sup>268</sup>.

De todos modos, como tipo objetivo (el comúnmente *Tatbestand* que se utiliza la doctrina penal) o tipo sistemático (tipo de acción), los ‘tipos penales’ son adscripciones que se conciben a partir de la ley penal, pero que no pueden ser, tan sólo, meras descripciones de la ley; son, a lo mejor, descripciones típicas estructuradamente consideradas, en el recorte constitucional del Estado que las ampara, reflejando conductas prohibidas (comisivas) u ordenadas (omisivas); es decir, normas jurídicas ya con su contenido completo y en coordinación sistémica (bajo los presupuestos de otras normas jurídicas de superior rango –

---

estrutura lógica da estrutura legal da norma. A estrutura ‘lógica’ da norma, como vimos, é composta de um ‘pressuposto’ (de uma situação fática ou preceito primário) e de uma ‘consequência’ (leia-se: de um preceito normativo u de uma sanção ou de um preceito secundário). De um modo geral isso é respeitado pelo legislador, porém, nem sempre. Por razões práticas, de economia e de técnica legislativa nem sempre a estrutura legal (a base legal) da norma é completa. Especial atenção merece a teoria das chamadas leis ‘incompletas’ assim como a das ‘leis penais em branco’” (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito penal*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 623). En semejante sentido: CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 111.

<sup>263</sup> Por citar algunos, TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas” (trad. Antoni Llabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar 2002; DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004; CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988. Este último, incluso, aseverando que el termino correcto para el fenómeno estudiado sería ‘tipos penales en blanco’ (ob. ult. cit. p. 1).

<sup>264</sup> Y en parte, pues la construcción signica ya demanda que el interprete se socorra de diversos enunciados, de manera que este no estaría ‘en blanco’, sino pendiente de complemento por otro enunciado.

<sup>265</sup> Como hemos visto anteriormente, no compartimos dicha posición, pero nos toca citarla ya que es ampliamente mayoritaria en la doctrina penal.

<sup>266</sup> Cfr. *infra* 3.1.

<sup>267</sup> Cfr. *supra* 2.1.

<sup>268</sup> Así que, incluso, concluye DERZI que “os delitos não são tipificados mas conceituados em espécies delimitadas. No direito penal, o catálogo dos delitos forma uma enumeração classificatória, não uma tipologia” (DERZI, Mizabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 238).

en un análisis vertical – y sin contradicciones con otras normas jurídicas del ordenamiento – en un análisis horizontal –). Tomarlos desde otro punto de vista solaparía realidades dogmáticas muy distintas. Las diferencias de tales estructuras dogmáticas con la ley penal en blanco, mientras sean tenues, existen y no pueden ser simplemente ignoradas<sup>269</sup>.

Algunos autores, como GÓMEZ BENÍTEZ, llegan a afirmar que “cuando la descripción típica del supuesto de hecho sólo contiene elementos normativos jurídicos se entiende que el tipo penal es un tipo en blanco, esto es, que sólo puede deducirse su contenido a través de normas procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico”<sup>270</sup>; lo que denota la confusión terminológica que se podrá presentar un concepto amplio de tipo ‘en blanco’, englobando institutos jurídicos que no pueden ser confundidos – elementos normativos, cláusulas generales, autorizativas, etc. – con la técnica que se suele denominar como ‘ley penal en blanco’.

En sentido contrario, TIEDEMANN llega a afirmar la similitud del concepto de las ‘leyes penales en blanco en sentido amplio’ con los ‘tipos abiertos’; llega a llamarlos de ‘leyes abiertas (en blanco)’ o ‘tipo legal en blanco’<sup>271</sup>. El autor alemán, de hecho, sostiene una relación de género y especie para los conceptos estudiados: “Se califican de leyes penales en blanco en sentido amplio todos los tipos penales ‘abiertos’, los cuales no describen enteramente la acción y/o la materia de prohibición y se encuentran, por consiguiente, necesitados de complementación. En un examen más pormenorizado, sin embargo, deben realizarse dentro del amplio espectro de tipos penales abiertos diferenciaciones terminológicas y de contenido que conducen, en definitiva, a un concepto de ley penal en blanco en sentido estricto... se da también una ley penal en blanco en sentido

---

<sup>269</sup> Cfr. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 299-300. En contra, enseña SCHÜNEMANN que “se deben denominar leyes penales en blanco todas aquellas leyes penales que remiten explícita o implícitamente, para la eliminación de su imprecisión semántica, a proposiciones de deber general que no han sido creadas por el juez penal sentenciador – por contraposición a las ‘leyes penales indeterminadas’ que presuponen su complementación por el juez” (SCHÜNEMANN, Bernd. “Las reglas de la técnica en derecho penal” (trad. Manuel Cancio Meliá). En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, vol. 47, n 3, set/dic. 1994, p. 314-315). Sin embargo, en el planteamiento del autor alemán no se logra separar los conceptos de una verdadera ley penal en blanco con un elemento normativo jurídico del tipo.

<sup>270</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito: derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 1984, p. 194. En semejante sentido: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 89.

<sup>271</sup> Cfr. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico, parte general y especial* (trad. Manuel A. Abanto Vásquez et al.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 101-103.

*estricto cuando la vulneración de normas no jurídicas es presupuesto constitutivo de la infracción*”<sup>272</sup>.

Tal similitud solamente se puede entender desde un punto de vista de mera estructura remisiva de los denominados ‘tipos abiertos’, es decir, como necesarios de remisión para su completa estructura normativa, soslayando aspectos dogmáticos que por supuesto merecen destacarse en la tarea clasificatoria<sup>273</sup>. El problema que encontramos es que tal comprensión sencillamente estructural no guarda utilidad como clasificación (pues abarca una multitud de conceptos disonantes: elementos normativos, tipos propiamente abiertos, elementos de deber jurídico, leyes penales en blanco en sentido estricto, etc.) y no atiende a una rigurosa fórmula de estratificación, pues las remisiones emprendidas en las ‘leyes penales en blanco’ son muy distintas en los otros conceptos abarcados por el profesor alemán<sup>274</sup>. En aquella, la remisión es expresa (y estructural) para otro comando normativo, sin embargo, en los ‘tipos abiertos’<sup>275</sup>, no en general hay una remisión expresa a otro comando normativo (y si lo hay, no será estructural), sino que el legislador deja a cargo del aplicador de la regla cierta libertad semántica para una valoración global<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas” (trad. Antoni LLabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar 2002, p. 73/75. En semejante sentido: GÓRRIZ ROYO, Elena. “La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Navarra, vol. 1, n. 1, 1º semestre de 1998, p. 77.

<sup>273</sup> Así, verbigracia, alecciona NUÑEZ, Ricardo C.. *Manual de Derecho penal, parte general*, 4ª edición (actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González). Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999, p. 66. BALCARCE bien apunta el estadio actual sobre los disonantes conceptos de ‘tipos abiertos’, lo que aun más conlleva a abandonarlo para conceptualizar el fenómeno de la ley penal en blanco. Según el citado autor, “a esta altura, y por consecuencia filológica, pueden identificarse tres conceptos diferentes de tipo abierto. Uno en sentido fuerte; otro intermedio; por fin, uno débil. El primero solo comprende la remisión explícita o implícita a elementos normativos de carácter científico o cultural. El segundo abarca, también, los denominados tipos penales en blanco. El último alcanza a todas las figuras, pues alude a la vaguedad y ambigüedad que el lenguaje natural, con el cual se construyen las reglas penales, arrastra ineluctablemente (por caso paradigmático, las enunciaciones meramente ejemplificativas)” (BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009, p. 41-42).

<sup>274</sup> A propósito, como señala TOMAZINI DE CARVALHO, “todo nome geral ou individual cria uma classe. Quando atribuímos nome a algo, formamos um conjunto, de modo que todos os objetos pertencentes àquele conjunto terão aquele nome. Para identificarmos os objetos pertencentes ao conjunto criamos o conceito, delimitado por aquilo que denominamos características definitórias” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2010, p. 321-322). Pues bien, los objetos pertenecientes a lo que se suele llamar de tipos abiertos tienen la característica de ausencia semántica, algo muy distinto de lo que identificamos en las denominadas leyes penales en blanco: una ausencia sintáctica.

<sup>275</sup> Cfr. *infra* 3.2.1 usque 3.2.1.3.

<sup>276</sup> Cfr. CARVALHO JUNIOR, Almério Vieira de. “Da norma penal em branco”. En: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 46, fev/mar 2012, p. 99). En el mismo sentido: SCHÜNEMANN, Bern. “Las reglas de la técnica en derecho penal” (trad. Manuel Cancio Meliá). En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, vol. 47, n. 3, set/dic. 1994, p. 311-315; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.. “El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, año, n. 9, 1999, p. 18-24.

En la doctrina brasileña, rotundamente SILVA profesa que “*as leis penais em branco não são tipos abertos, nem mesmo tipos incompletos no sentido de tipos abertos, de maneira que ambos os institutos não devem ser equiparados*”, sin embargo acepte, sin mayores explicaciones, la denominación ‘tipos penales en blanco’<sup>277</sup>. Parece coincidir con este planteamiento, en España, SANTANA VEGA<sup>278</sup>.

Estas ponderaciones se denotan oportunas en la medida en que la doctrina se divide, otrosí, cuando el examen es la diferencia entre “ley penal en blanco” y “elementos normativos del tipo”, muchas veces mezclando los conceptos para concluir que donde hay estos últimos el tipo será “en blanco”<sup>279</sup>. De la distinción que se llevó a cabo anteriormente se puede concluir que cuando hablamos de leyes penales en blanco tenemos una incompletud sintáctica del enunciado, lo que al intérprete incumbe completarlo con el precepto remitido (procuraremos demostrar, *infra*, que se trata de una remisión estructura-limitativa en un primer momento denotativo y, después, connotativo). En los ‘elementos normativos’, sin embargo haya una necesidad de reenvío para su completitud, lo es para la completitud semántica, pues sintácticamente el enunciado se encuentra perfecto (es, como igualmente intentamos demostrar *infra*, una remisión aclaratoria)<sup>280</sup>. Incluso, bajo tal distinción, sector importante de la doctrina trata diferentemente el error sobre precepto remitido en uno y otro concepto<sup>281</sup>.

Simplificando, cuando tenemos meramente reenvíos interpretativos (o aclaratórios) de las unidades signícas, estaremos delante de un fenómeno característico de los ‘elementos normativos del tipo’, que pueden ser, a su vez, jurídicos o culturales<sup>282</sup>. Sin embargo, cuando

---

<sup>277</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 63. En el mismo sentido: CARVALHO JUNIOR, Almério Vieira de. ‘Da norma penal em branco’. En: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 46, fev/mar 2012, p. 99.

<sup>278</sup> Cfr. SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 46-57.

<sup>279</sup> Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 229; GARCIA ARAN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 71.

<sup>280</sup> Cfr. SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 54-57.

<sup>281</sup> Cfr. *infra* 5.3.1.

<sup>282</sup> Cfr. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, tomo II, 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2005, p. 116-118; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. “Tipicidade penal e principio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 227-231.

el reenvío determinado por la ley reclama otro precepto normativo para completarlo en su estructura típica, tenemos una auténtica ‘ley penal en blanco’<sup>283</sup>.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>284</sup>, a su vez, diferencia los conceptos de ‘leyes penales en blanco’ y ‘elementos de valoración global del hecho’, en general, porque “*mientras que las leyes penales en blanco remiten a normas concretas, los elementos de valoración global del hecho remiten a la totalidad del ordenamiento jurídico*”; y, específicamente cuando tal diferencia no sugiere diferencias en el caso concreto, porque los últimos contienen además de preceptos que restringen la materia de prohibición, también “*los presupuestos negativos del juicio de antijuridicidad (por la propia referencia a la ilegalidad, antijuridicidad, etc.), cosa que no sucede en las leyes penales en blanco, ya que para nada aparecerán causas de justificación en la norma de referencia y, de hacerlo, no serán las únicas posibles*”. A decir verdad, aunque ambos presentan acotamientos de la antinormatividad de la conducta prescripta – lo que es característico de los denominados ‘tipos abiertos’<sup>285</sup> –, en los elementos de valoración global tenemos otrosí la representación negativa de la antijuridicidad, algo no encontrado en las leyes penales en blanco.

De hecho, la denominación de ‘tipo penal en blanco’ recobra redoblada atención y aún más precisión técnica. Si se concibe ‘tipo’ como ‘estructura de la figura delictiva’, analíticamente, como un descriptivo *Tatbestand*<sup>286</sup>, al remitirse para otro enunciado su completud las ‘leyes penales en blanco’ serían *in genere* un ‘tipo penal en blanco’ – guardando en su conjunto ‘figuras’ no semejantes – tal cual también lo serían las demás figuras típicas que suelen valerse de otras remisiones (las imprudentes, las que presentan elementos normativos jurídicos y/o culturales, las omisivas impropias, los elementos de deber jurídico, etc.). Lo que se plantea desde las premisas adoptadas en el trabajo, es que el tipo es

---

<sup>283</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, Elena. “La problemática de las remisiones normativas y la retroactividad de las leyes penales favorables en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Navarra, v. 1, n. 1, 1º semestre de 1998, p. 82-83.

<sup>284</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008, p. 130-131.

<sup>285</sup> A propósito, vaticina LUZÓN PEÑA que “en los tipos abiertos... sucede que la regla es que la realización de los – restantes – elementos del tipo (positivo) no suponga todavía una perturbación antijurídica de bienes jurídicos, o incluso no afecte a bienes jurídicos, sino que sea una conducta normal, mientras que la excepción (cualitativa, no forzosamente cuantitativa) es que se le añada alguna infracción adicional de normas – el ‘elemento de valoración global’ –, que producirá que la conducta suponga una perturbación desvalorada y prohibida de bienes jurídicos” (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Tipos abiertos”. En: MONTROYA MELGAR, Alfredo (dir.); LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (coord.). *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo III. Madrid: Civitas, 1995, p. 6551). También así: DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 299-300.

<sup>286</sup> Como en la versión clásica de BELING sobre la figura del delito: BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal, la doctrina del delito-tipo* (trad. Sebastián Soler). Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 273/274.

una construcción sistémica, tras un análisis lógico-semántico del ordenamiento; es decir, éste, lo que hace, es presentar los enunciados jurídicos necesarios para la construcción del tipo, post proceso de construcción de sentido sónico (revelador de la norma jurídico-penal completa)<sup>287</sup>.

Como bien señala BECHARA, “*el contenido de los tipos penales va más allá de la mera descripción lingüística efectuada por el legislador, pues presentan elementos semánticos y valorativos que exigen del intérprete la utilización de un sistema abierto, que entrelace dogmática y política criminal, que permita establecer con claridad el ámbito de protección normativa*”<sup>288</sup>. A su vez, POLAINO NAVARRETE vaticina que “*junto a la ley penal, existe una serie de momentos normativos próximos a la misma, que contribuyen, de modo más o menos directo, a la labor configuradora de los tipos legales que a ella en términos exclusivos corresponde*”<sup>289</sup>.

Así las cosas, decir que un tipo penal sea ‘en blanco’ nos parece incongruente en la medida en que ‘el blanco’ no está en el tipo (¡y nunca podrá estar!), sino en el enunciado típico, que es otra cosa, anterior y avalorado sistemáticamente<sup>290</sup>. La imposibilidad de construir un ordenamiento hermético en la fijación de márgenes expresos y con previsión agotadora de cada supuesto de hecho que se pretenda ordenar o proscribir hace con que la

---

<sup>287</sup> El tipo es una conformación exegética de las normas penales incriminadoras y, por supuesto, ya completas en su significación deontica y ante todos los elementos correspondientes a la materia de prohibición. Eso porque “os elementos do tipo são isso e só isso: elementos. Não são, sob pena de falsificarmos o sentido das coisas, estruturas rígidas que traduzam mecanicamente a dimensão onto-antropológica. São indicadores do ilícito-típico material que a hermenêutica tem de desvendar, tem de traduzir para a linguagem comprometida do próprio direito penal” (COSTA, José de Faria. “Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)”. En: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 12, janeiro-março de 2002, p. 15). A propósito, oigamos la lección de STRATENWERTH: “A todas las prescripciones penales les subyacen normas de conducta, prohibiciones y mandatos, que limitan los ámbitos de libertad del individuo. Pero las prohibiciones y los mandatos están formulados en forma indirecta en el Derecho penal: por medio de la descripción de la *transgresión*, de la conducta contraria a la prohibición o al mandato. La norma «no debes matar», p. ej., se traduce en la versión de que será penado «quien mate a un hombre» (§ 212). A la situación de hecho que configura la transgresión se la denomina materia de la prohibición o del mandato. Identificar la totalidad de los elementos que la integran («circunstancias de hecho») es la función del tipo en sentido propio. Si una conducta realiza todo los requisitos de ese tipo, se dice que es ‘típica’” (STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal, parte general*, I (trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti). Navarra: Editorial Aranzandi, 2005, p. 111-112). Así también: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, p. 2010, p. 69 y ss..

<sup>288</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. “Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, julho-agosto de 2010, p. 137-138.

<sup>289</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal, parte general, fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, 3ª edición. Barcelona: Bosch, 1996, p. 407.

<sup>290</sup> Cfr. ROBLES MORCHÓN, Gregorio. “Sobre el concepto de acción en el derecho penal: la acción como procedimiento y el tipo como norma procedimental”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen I. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1285-1296.

idea de tipo penal va más allá de la idea de una descripción legal<sup>291</sup>; y, a tela de juicio, zozobra una clasificación que pretenda describir el fenómeno en estudio como un tipo penal en blanco.

A guisa de conclusión, no se puede hablar de ‘tipo penal en blanco’, pues los tipos deben ser pormenorizadamente descriptos tras el proceso de significación (por los mismos motivos antedichos sobre las normas)<sup>292</sup>, exactamente para salvaguardar la multitud de supuestos que se pretende reglar. De otro lado, si se concibe el tipo simplemente como ‘esquema estructural de la ley penal’, a nuestro sentir, confundiría los conceptos de enunciado, norma y tipo penal. Aunque así se podría hablar de un ‘tipo penal en blanco’, a decir verdad conculcaría la hipótesis clasificatoria en la medida que abarcaría clases muy distintas de fenómenos, es decir, abarcaría en un mismo marco clasificatorio remisiones sintácticas y semánticas, expresas, concluyentes y solapadas, las cuales a toda evidencia denotan problemas dogmáticos de verdad distintos.

En suma, parece impropio como objeto de valoración sistemática del ordenamiento hablar indistintamente de ‘tipo penal en blanco’ y de ‘norma penal en blanco’, por lo cual, en rigor, lo que se plantea cuando el legislador permite la completa construcción típica solamente con una remisión a otro enunciado legal (sea, o no, de rango de ley o proveniente de la misma instancia legislativa) es la técnica que se puede denominar rigurosamente de ‘leyes penales en blanco’. En definitiva, ‘el blanco’ no está en la norma o en el tipo, sino en la ley.

---

<sup>291</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal, parte general, fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, 3ª edición. Barcelona: Bosch, 1996, p. 408.

<sup>292</sup> En semejante posición, ZAFFARONI asevera que “las leyes penales en blanco no son tipos incompletos, en el sentido de tipos abiertos, ni afectan al principio de reserva en cuanto que siempre hay una ley anterior, pero esto será siempre y cuando la ley penal no implique una delegación de poderes, porque entonces no habrá una ley anterior en sentido formal ya que los reglamentos inconstitucionales emanados del P. E. no son ley” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 190). En contra: COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.. *Derecho penal, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991, p. 119.

### **3 – EL DERECHO PENAL DE HOY Y EL DISCURSO LEGISLATIVO DEL RIESGO**

Sumario: 3.1 El Derecho penal de hoy y las leyes penales en blanco; 3.2 La ‘nueva’ técnica legislativa; 3.2.1 Las remisiones normativas; 3.2.1.1 Remisión aclaratoria: los elementos normativos del tipo; 3.2.1.2 Remisión aclaratorio-limitativa: las cláusulas de autorización; 3.2.1.3 Remisión estructural-limitativa: las leyes penales en blanco; 3.3 La técnica remisiva y su conformación constitucional: análisis de las normas particulares del Tribunal Constitucional español sobre los límites remisivos en el ámbito penal.

#### **3.1 El Derecho penal de hoy y las leyes penales en blanco**

El Derecho penal de hoy se ubica en el nuevo dilema de cómo tratar las evoluciones en el ámbito social alcanzadas por la nueva sociedad, que el sociólogo ULRICH BECK ha apodado ‘Sociedad del Riesgo Global’<sup>293</sup>. Dicha idea de evolución social – o involución social, si se prefiere<sup>294</sup> – anuncia el fin de una sociedad industrial en la que los riesgos para la existencia de la persona humana han estado ceñidos en acontecimientos naturales o en acciones humanas individualmente caracterizadas, o así identificables, momento en el que el Derecho penal clásico y sus bienes jurídicos individualmente considerados (vida, integridad física, propiedad, etc.) se mostraba suficiente para la salvaguarda del contexto social vigente<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> Según BECK, “desde mediados del siglo XX las instituciones sociales de la sociedad industrial se han enfrentando a la posibilidad, históricamente sin precedentes, de la destrucción de toda vida en el planeta a través de las decisiones que se tomen. Esto distingue nuestra época no sólo de la primera fase de la revolución industrial, sino también de todas las demás culturas y formas sociales, no importa cuán diversas u contradictorias hayan podido ser en sus detalles”, y es más: “El avance de la ciencia refuta sus proclamas de seguridad originales. Son los éxitos de la ciencia los que ponen de manifiesto las dudas respecto a sus predicciones de riesgos” (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global* (trad. Jesús Alborés Reis). Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 83-92).

<sup>294</sup> Así sostiene PÉREZ CEPEDA que “el resultado de este tránsito argumental del Derecho penal del riesgo o del Derecho penal moderno al nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, supone, aunque un discurso coherente, una clara involución político-criminal, una deriva hacia el autoritarismo, siendo una clara manifestación de la verdadera expansión del Derecho penal” (PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. “De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal”. En: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 163 y ss.).

<sup>295</sup> Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p.26; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 86-87.

La idea de una ‘Sociedad del Riesgo’ denuncia la substitución de dicha sociedad industrial, amparada, de una parte, por un Derecho penal antropocéntrico-individual y liberal, y de otra, de cariz exasperadamente tecnológico, masificado y global, donde el actuar humano deja de tener reflejos puramente individuales para posibilitar verdaderas hecatombes en trascendencia mundial, muchas veces por acciones anónimas y sin un propio desiderátum definido en aras de proporcionar dicho resultado arriesgado. Lo que se suele llamar de ‘Sociedad en Red’<sup>296</sup>, con sus idiosincrasias, ha hecho traspasar los límites de la intervención penal, en gran parte garantizado por la actuación mediática cada vez más constructora de una meta-realidad social; no satisfecha con su finalidad intrínseca de información de los hechos<sup>297</sup>.

Los nuevos riesgos son exponenciados por otro fenómeno social percatado en la actualidad: la globalización<sup>298</sup>, maximizada en la así denominada ‘Época del Derrumbamiento’<sup>299</sup>. No existen ya fronteras para el cambio de informaciones, ámbitos económicos o regulativos de comportamientos considerados arriesgados o también criminalizados por el Estado; la propia idea de Estado-nación, advenida del período Ilustrado, zozobra ante una nueva conformación mundial en bloques económicos y políticos, que

---

<sup>296</sup> A propósito, señala CASTELLS que “a comunicação em rede transcende fronteiras, a sociedade em rede é global, é baseada em redes globais. Então, a sua lógica chega a países de todo o planeta e difunde-se através do poder integrado nas redes globais de capital, bens, serviços, comunicação, informação, ciência e tecnologia. Aquilo a que chamamos globalização é outra maneira de nos referirmos à sociedade em rede, ainda que de forma mais descritiva e menos analítica do que o conceito de sociedade em rede implica” (CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). *A sociedade em rede. Do conhecimento à ação política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005, p. 18).

<sup>297</sup> Cfr. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001, p. 135; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*, 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001, p. 37-39; MARQUES, Bráulio. “A efetividade da norma penal: abordagem psicanalítica”. En: FAYET JÚNIOR, Ney; WEDY, Miguel Tedesco (org.). *Estudos críticos de direito e processo penal: em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 29.

<sup>298</sup> A propósito, enseña QUINTERO OLIVARES que “con la globalización se produce una disminución de la identidad de las naciones, irremisiblemente arrastradas por ese proceso, y a ello se une la facilidad y cantidad de movimientos de las personas. Partiendo de ese indiscutible hecho se puede poner en duda la validez de cualquier análisis de los problemas económicos y sociales que sea exclusivamente autorreferencial” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “El Derecho penal ante la globalización”. En: ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DÍAZ-SANTOS, Ma. Rosario. *El Derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002, p. 12).

<sup>299</sup> Cfr. HOBBSAWN, Erik. *Historia del siglo XX* (trad. Juan Faci/Jordi Ainaud/Carme Castells). Buenos Aires: Crítica, 1999, p. 403 y ss.. Así que “a derrocada dos grandes discursos morais e o vazio que se lhe seguiu marca o início do século XXI. Este ‘vazio’ discursivo dificulta a identificação de padrões definidores de modos ideais de agir” (GUARAGNI, Fábio André. “A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais”. En: *Revista Jurídica Cesumar*, vol. 12, n. 1, jan/jun de 2012, p. 41). A propósito, como bien señala FARIA COSTA, “uma coisa parece certa, a categoria normativa espaço com que os penalistas até aos dias de hoje têm trabalhado já não serve. Urge repensá-la. E urge repensá-la porquanto da noção normativa de espaço limitado do Estado-nação se passou para a noção normativa do espaço ilimitado ou global, se se quiser, dos dias de hoje” (COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 17).

facilitan el tráfico de personas, bienes y servicios; lo cual suele facilitar, otrosí, el tránsito de criminales y de sus actividades ilícitas ahora transnacionales<sup>300</sup>.

Ahora bien, los riesgos no son novedosos, siempre existieron y fueran de una manera u otra temidos y enfrentados por la sociedad. Lo que ha cambiado es, de un lado, la capacidad de extensión de los mismos; y de otro, la capacidad de entenderlos y de responderlos<sup>301</sup>. Ajustándonos a la opinión de SILVA<sup>302</sup>, podemos sostener básicamente tres fases de desarrollo del riesgo en la sociedad: una, vivida por la sociedad liberal del siglo XIX, en que “*o risco assume a forma de acidente*”, sembrado de manera individual y así también soportado; poseyendo relevancia jurídica solamente en la esfera civil, resarcitoria, así mismo cuando venga realizado por obra de tercero que no ha soportado las repercusiones del actuar arriesgado. En una segunda fase, “*surge a emergência de uma noção de prevenção*”, ya necesitada de un interés colectivo o general, entretanto, sometida a un análisis probabilístico seguro, estadístico o empíricamente comprobado, del hecho que se pretende prevenir. Y la hodierna, enfrentando ya una tercera fase: “*do risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível*”, denotando dicha incapacidad de previsión una incertidumbre sobre la necesidad de echar mano del Derecho penal, o mejor, de un Derecho penal aún enraizado en las conquistas del Iluminismo<sup>303</sup>.

---

<sup>300</sup> Cfr. SANZ MULAS, Nieves. “El Derecho penal ante los retos del siglo XXI. La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los ‘nuevos’ problemas, pero sin olvidar los ‘viejos’ límites”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, abril de 2012, p. 118. En semejante sentido, vaticina FARIA COSTA que “fundamentalmente, poder-se-á dizer que a globalização se recorta como ‘mecanismo’ social hiperdinâmico que torna globais os espaços económicos, culturais e informativos que antes se estruturavam, primordialmente, a um nível nacional. Logo, a pedra de toque desta abordagem inicial está na percepção diferenciadora de uma realidade que já não tem, definitivamente, a marca do Estado nacional” (COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 83-84).

<sup>301</sup> Así que rotundamente advierte FERNANDES: “O cidadão de hoje – dir-se-á – não está rodeado de mais perigos do que, v.g., na Idade Média. Mas grita por segurança. E pura e simplesmente deixou de crer. Em quê? Porventura em tudo o que necessitava para se sentir seguro. É o estigma do vôo e da queda. Quanto mais alto aquele, maior esta. E é nesta insegurança que o homem hodierno vive. Sente-se desprotegido. Acreditou e foi traído” (FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, ‘Sociedade de Risco’ e o Futuro do Direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 44).

<sup>302</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 87-89. En semejante sentido: SÁNCHEZ GÁRCIA DE PAZ, Ma. Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999, p. 82-83.

<sup>303</sup> Sobre el último estadio del Derecho penal de hoy, dirigido a un Derecho penal de seguridad, enseña MENDOZA BUERGO que “un sector minoritario, aunque pujante, parece claramente inclinado por la *renuncia*, al menos parcial, a la intervención del Derecho penal más allá de un ámbito nuclear fundamental, defendiendo la estrecha sujeción a los principios que informan y distinguen al Derecho penal. Fuera de esta opción, prácticamente todas las restantes pretenden no caer en alternativas o soluciones extremas, de manera que casi nadie se declara abiertamente partidario de un abandono de las estructuras y principios de la atribución de responsabilidad penal conocidas hasta ahora, que pudiera conllevar – como sostienen los críticos – una merma de principios garantistas básicos del Derecho penal, ni reconocen siempre abiertamente que ésta tenga lugar

Es la prevalencia de la seguridad ante la libertad que hace con que valores antes indiscutibles ahora estén en liza, pues el principio rector es otro, la sociedad actual consagra ahora el principio de precaución<sup>304</sup>. En efecto, del Derecho penal nacido bajo los presupuestos del Estado Liberal se percibe un cambio para un Derecho penal contemporáneo basado en un proceso de alta demanda criminalizadora (fruto de las nuevas maneras de violación de bienes jurídicos, ahora oriundos de conflictos colectivos y transindividuales), lo que se suele identificar como una ‘elefantiasis legislativa’ resultante de una pérdida de los lindes sustanciales entre lo que es eminentemente penal y lo que es materialmente administrativo<sup>305</sup>.

Así son las cosas porque la idea de riesgo pasa a consagrar la necesidad, en un primer plan, de contenerlo, de administrarlo; y, tan sólo en un segundo momento – que muchas veces ni siquiera llegamos a alcanzarlo –, de identificación de dicho riesgo y de lo que debería ser lo más importante para el Derecho penal: justificar pormenorizadamente su reacción, pues, al fin y al cabo, el Derecho penal también debe asegurar la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión<sup>306</sup>. La hipotética existencia del riesgo, no identificable o no palpable, pasó a ser suficiente para generar altos grados de inseguridad ciudadana y fuertes presiones mediáticas para el actuar legislativo, a menudo en el ámbito penal<sup>307</sup>. Y, por su alto valor populista, el

---

efectivamente. La posición más extendida es la que dice abogar por una *solución intermedia* que, sin renunciar a los principios garantistas del Derecho penal del Estado de Derecho, intente adaptarse a las nuevas exigencias con nuevas técnicas o mediante un mayor uso de las ya conocidas” (MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 62).

<sup>304</sup> Sobre el actual estadio de ‘administración de riesgos’ del Derecho penal, incluso con la consagración del ‘principio de precaución’, señala con propiedad BOTTINI que “o conceito dinâmico que vem a ser o grau de segurança ideal para a prática de uma atividade, e de quais os patamares aceitáveis de risco diante da necessidade de suprir as demandas econômicas, políticas e sociais de um grupo, submete a atividade de gerenciar riscos a um constante conflito de discursos e interesses... o gerente de riscos se depara, portanto, com três situações específicas, diante das quais exercerá suas competências. Em primeiro lugar, há o contexto da ausência de riscos... neste caso não haverá espaço para a gestão de riscos, nem para medidas de contenção... na segunda situação, a periculosidade da atividade é demonstrada cientificamente ou evidenciada por dados estatísticos, ou seja, existem enunciados de caráter universal que denotam os riscos inerentes à sua prática. Nestes âmbitos, o controle de riscos faz-se presente e necessário... A última situação é aquela em que vigoram as diretrizes de precaução. São as hipóteses em que não há certeza científica, bem como constatações estatísticas precisas, sobre os potenciais efeitos da atividade. A periculosidade decorre de uma premissa existencial que não pode ser falseada, porque não se assenta sobre enunciados gerais. É nestes âmbitos de ignorância humana que o gestor de riscos empreenderá a parcela mais complexa de seu trabalho, pois exercerá suas competências sobre indícios e suspeitas não consolidadas. A atividade de reconhecimento prévio do risco não é passível de ser empreendida, o que comprometerá o substrato científico que sustenta a aplicação de medidas de restrição” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 59-66).

<sup>305</sup> Cfr. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 80-81.

<sup>306</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*, 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001, p. 40-41.

<sup>307</sup> Cfr. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, ‘Sociedade de Risco’ e o Futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 39-40. También así: PASTANA, Débora Regina. “Estado punitivo brasileiro na perspectiva

Derecho penal ha ganado indudable relieve político como modo de garantizar dicha pseudoseguridad<sup>308</sup>.

A decir verdad, hoy parece no ser más necesario buscar un Derecho penal moralizado, o moralizador, sino que más bien se busca un Derecho penal inspirado en las modernas teorías sociológicas, pautadas por un modelo de mundo globalizado, reflejadas en la perspectiva del riesgo y de fuerte reclamo popular<sup>309</sup>. De ahí que, como bien señala MENDOZA BUERGO, “*el binomio riesgo-inseguridad y, por lo tanto, la aversión al riesgo con la consiguiente aspiración a la seguridad, hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad. Se dice que una sociedad del riesgo si por algo se caracteriza es por tener una necesidad de seguridad siempre en aumento, así como de procurar sensaciones o impresiones de seguridad*”<sup>310</sup>.

La nueva ‘Sociedad del Riesgo’, o, si se prefiere, el Derecho penal de hoy, se encuentra “*atrapado en el trilema regulador: el legislador percibe cada vez más necesidades de regulación jurídica respecto de ámbitos sociales de problemas cada vez más distantes, y en esta tarea se pierde y pierde la referencia respecto de las posibilidades sociales de regulación. Aunque con la intervención jurídico penal no se cambie realmente nada, se sucumbe a la imaginaria percepción de que el problema está en la dosis: más leyes, leyes más severas y una ejecución implacable enderezarían las cosas. Los ciudadanos se creen esto durante algún tiempo, se alejan de las responsabilidades sociales y, de esta forma, aparecen ámbitos que escapan al consenso social sobre las normas, renunciando a la autorregulación*”<sup>311</sup>.

---

da criminología crítica”. En: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: Homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 180.

<sup>308</sup> A propósito, señala MENDOZA BUERGOS que tenemos hoy más bien “una *sensación de inseguridad subjetiva* que, como se ha destacado, incluso puede existir independientemente de la presencia de peligros reales... se parte de una sociedad cuyos miembros viven más seguros que nunca pero que, paradójicamente, tienen una *creciente sensación subjetiva de inseguridad*” (MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 30). En semejante sentido: SANZ MULAS, Nieves. ‘El Derecho penal ante los retos del siglo XXI. La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los ‘nuevos’ problemas, pero sin olvidar los ‘viejos’ límites’. En: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, abril de 2012, p. 124; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, ano 16, março-abril de 2008, p. 118; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 212.

<sup>309</sup> HERZOG, Félix. “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”. En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, Julio 1999, p. 55. En semejante sentido: SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 85-86.

<sup>310</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 31.

<sup>311</sup> HERZOG, Félix. “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”. En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, Julio 1999, p. 56.

En efecto, ello trae consigo la restricción de la libertad, un irrefrenable incremento de los deberes de cuidado – verdaderos deberes de control –, y, consecuentemente, el recurso a técnicas que superficialmente denotan una capacidad de respuesta a las idiosincrasias sociales de la moderna sociedad; pero que, en realidad, no van más allá de una somera restricción de la libertad ciudadana con un torrente de delitos de peligro abstracto, de delitos de acumulación, de leyes penales en blanco, de posiciones de garante, etc.<sup>312</sup>. Es más: específicamente en el ámbito penal, centra su atención sobre los más variados temas, alejándose de las directrices limitativas del Iluminismo, con irrefrenable ampliación de las fronteras de lo punible, agudización de la orientación a la seguridad dirigida al principio de precaución y el cambio en el papel que se atribuye al control penal de conflictos: de una sesgo liberal de *ultima ratio* hacia uno postmoderno, de *prima o sola ratio*<sup>313</sup>.

No se cuestiona lo incuestionable: la necesidad de nuevos rumbos para el Derecho penal moderno<sup>314</sup>. No se debaten las mudanzas sociales operadas en los últimos años, a pasos largos y con los derrumbamientos operados por el proceso de globalización. Lo que se pretende reflexionar son los límites que se pueden quebrantar en este ‘nuevo’ derrotero, es decir, hasta qué punto se pueden ‘mermar’ los principios conquistados en pro de un desarrollo digno de la persona humana – principal e insoslayable fin de un Estado social y democrático de Derecho<sup>315</sup> –, de la evitación de una instrumentalización del individuo<sup>316</sup>, siempre en aras de garantizar, al fin y al cabo, un freno al exceso devenido del Poder estatal, conocido seductor del detentor del poder de la vez y ya desencadenante de tantas vergonzosas pérdidas de derechos y garantías en otros tiempos<sup>317</sup>.

---

<sup>312</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. “De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal”. En: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 162.

<sup>313</sup> Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 24; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 213; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 71, ano 16, março-abril de 2008, p. 76. En semejante sentido, aunque más volcado para el matiz económico y sus vicisitudes: SANZ MULAS, Nieves. “El Derecho penal ante los retos del siglo XXI. La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los ‘nuevos’ problemas, pero sin olvidar los ‘viejos’ límites”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, abril de 2012, p. 123-124.

<sup>314</sup> Cfr. COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 10.

<sup>315</sup> Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 167-168.

<sup>316</sup> Pues “o Estado existe para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est*” (PRADO, Luiz Régis. *Bem-jurídico penal e constituição*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 95).

<sup>317</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal*. Madrid: Iustel, 2012, p. 122 y ss.. En semejante sentido: SANZ MULAS, Nieves. “El Derecho penal ante los retos del siglo XXI. La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los ‘nuevos’ problemas, pero sin olvidar los ‘viejos’ límites”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, abril de 2012, p. 137-139.

A este propósito, señala FARIA COSTA<sup>318</sup> que el problema “*está em saber se a concepção que se tem tido de direito penal até aos dias de hoje é compaginável com o tempo breve da deificação do presente que, paradoxalmente, parece querer afastar, justamente, o presente das suas preocupações*”. El Derecho penal, como antedicho, ha venido, a lo mejor desde su ‘nueva’ concepción iluminista, como un instrumento para resguardar la libertad, es decir, como estatuto represor que garantiza bienes jurídicos, sin embargo tiene como función precípua evitar un desmedido actuar estatal sobre otro bien jurídico igualmente fundamental: la libertad del ciudadano. De ahí, vivenciamos hoy una paradójica situación, pues tenemos una tendencia a concebir el Derecho penal de hoy como “*defensor de um tempo futuro longínquo, defensor das gerações futuras*”, de tal modo quebrantando límites, que nos hace reflexionar sobre otra cuestión de veras importante: sobre “*quem defende a geração presente*”.

De hecho, las necesidades de cambio no pueden solapar la verdad: que el nuevo Derecho penal del Riesgo que se intenta implantar, en las abalizadas palabras de PÉREZ CEPEDA, es “*una legislación ‘en pretérito imperfecto de subjuntivo’ (aquello que pudiera ocurrir) y un control preocupado por la apariencia, por indicadores presuntamente objetivos, a los que se les otorga presunción de veracidad*”<sup>319</sup>; dónde se termina por cambiar el baremo del control penal de reglar comportamientos socialmente inadecuados desde anteriores sistemas normativos (jurídicos o no) para una tal antelación valorativo-penal que, por ello mismo, pasa a considerar determinados comportamientos como socialmente desvalorados<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 10.

<sup>319</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. “De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal”. En: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 164.

<sup>320</sup> Cfr. PRITTWITZ, Cornelius. “Sociedad del riesgo y derecho penal” (trad. Adán Nieto Martín/Eduardo Demetrio Crespo). En: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán. *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2003, p. 260-261. En semejante sentido, vaticina SILVA que “este Direito Penal do risco caracteriza-se, aliás, pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado não se considera previamente como socialmente inadecuado, ao contrário, criminaliza-se para que seja considerado como socialmente desvalorado, ou seja, de acordo com o Direito Penal clássico, as condutas não eram criminalizadas somente *mala per se*, mas eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente inadecuadas, enquanto, ao contrário, no Direito Penal do risco proibem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadecuadas” (SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 97). En efecto, bien advierte ZÚÑIGA RODRÍGUEZ que “se percibe pues, un claro alejamiento entre el ‘ser’ del Derecho Penal y el ‘deber ser’ del mismo; un distanciamiento entre práctica y teoría, consagrados por la falaz disyuntiva entre eficacia y garantía. Tal parece que ha calado en las mayorías, incluso de nuestros propios estudiantes y claramente en la opinión pública, que para ser eficaces en la represión, es necesario sacrificar garantías” (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Viejas y

Sin lugar a dudas, como vaticina FIGUEIREDO DIAS<sup>321</sup>, “*a dogmática deve evoluir, fornecendo ao aplicador criterios e instrumentos que não podem ser decerto os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI*”, entretanto, no puede “*ceder à tentação de ‘dogmáticas alternativas’ que podem, a todo o momento, volver-se em ‘alternativas à dogmática’ incompatíveis com a regra do Estado de direito e, como tal, democráticamente ilegítimas*”.

Parece evidente, y nadie debatiría esto más allá de lo razonable, que la tutela de los riesgos sugeridos por la ‘Sociedad del Riesgo’ es algo preeminente y que demanda una preocupación del legislador penal. Sin embargo, dicha necesidad – o dicha urgencia – no puede soslayar los principios básicos del Derecho penal, no nos parece posible (o necesaria) una mudanza tan radical de los baremos del Iluminismo para un Derecho penal liberal, a menos que sea modificado el molde actual de los Estados de Derechos Democráticos<sup>322</sup>; y, en dicho cambio, por supuesto, los contornos constitucionales que le dan soporte. La propia idea de seguridad no nos parece merecer mayores consideraciones desde un punto de vista de una respuesta penal cada vez más recrudescida, pues no hay espacio para dicha respuesta sino para garantizar un continuo desarrollo de la personalidad humana, comprendiendo ahí un libre desenvolvimiento social<sup>323</sup>. A propósito, como bien advierte BECHARA, “*uma sociedade na qual a segurança se converte no valor fundamental é uma sociedade paralisada, incapaz de assumir qualquer possibilidade de modificações e de desenvolvimento*”<sup>324</sup>.

---

nuevas tendencias politicocriminales en las legislaciones penales". En: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. SANZ MULAS, Nieves (coord.) *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*. Granada: Comares, 2005, p. 102).

<sup>321</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 185. Debemos destacar, igualmente, la advertencia de FARIA COSTA: “Devemos, pois, pedir ao direito penal aquilo que ele nos pode dar. Sejamos humildes no pedir na medida em que só esta virtude pode racionalmente travar a soberba de o querermos transformar alquímicamente em coisa outra, com consistência e recortes, esses sim, bem indefinidos, a que se deve juntar a imprevisibilidade das consequências em todo o nosso modo-de-ser colectivo e individual” (COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 19). En semejante sentido, véase HERZOG, Félix. “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”. En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, Julio 1999, p. 56-57; SCALCON, Raquel Lima. “Promoção de fins por meio de normas penais: possíveis mecanismos de um necessário controle”. En: *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 244, março/2013.

<sup>322</sup> Sobre los baremos de un Estado social y democrático de Derecho: MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 36-37; ZIPF, Heinze. *Introducción a la política criminal* (trad. Miguel Izquierdo Macias-Picavea). Madrid: Edersa, 1979, p. 26-29. Críticamente: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 59-60.

<sup>323</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal*. Madrid: Iustel, 2012, p. 122 y ss..

<sup>324</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 305. No por otro motivo, FARIA COSTA profesa que “quando se joga com a segurança e de forma muito particular com derivas securitárias o que temos de perguntar prende-se com as restrições à liberdade que a exaltação daquele

En dicho sentido, MENDOZA BUERGO llega a concluir que “*el fin de la minimización de riesgos a través de la utilización del Derecho penal puede y debe ser mantenido, pero sólo en la medida en que ello sea compatible con los principios de atribución de responsabilidad individual justa*”<sup>325</sup>. Es innegable el actual estadio evolutivo del Derecho penal, como también lo es que el Derecho penal no se puede mantener bajo ‘viejas estructuras’, lo que comprende un replanteamiento de la propia teoría del delito<sup>326</sup>. Se debe, como profesan BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABÁL MALARÉE, “*correr el riesgo de una utopía renovadora*”<sup>327</sup>, planteando la sustitución de estructuras y/o antiguas verdades que ya no son coetáneas con los ‘riesgos’ de la ‘nueva’ sociedad; empero respetando con humildad los límites infranqueables del marco constitucional que tiene como reto la preservación de la dignidad de la persona humana. Este, sin duda, es un valor absoluto del Estado social y democrático de Derecho<sup>328</sup>.

Pensar lo contrario sería una irremediable pérdida de la racionalidad ética<sup>329</sup> que presupone la actuación legislativa penal: inmediatamente su legitimación, como la adecuación de la respuesta represiva a los fines perseguidos; pero mediatamente llegaría a herir su otro vértice: su legitimidad, la cual cedo o tarde llevaría a una general inaceptación

---

valor determina. Que a segurança é um valor jurídico todos o afirmam e nós reafirmamos. Que a segurança faz parte de uma certa ideia de Direito é, para nós, pedra de toque de toda a noção de comunidade jurídica. Que a segurança representa simbólicamente um pilar para toda a narrativa jurídico-política é, também para nós, um dado. Tudo isto temos por verdadeiro e indiscutível, o que já nos parece falaz, frágil e inconsequente é elevar as coisas quase ao patamar do absoluto, esmagando, de todo em todo, o valor da liberdade” (COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 40).

<sup>325</sup> MENDOZA BUEGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 179.

<sup>326</sup> Por supuesto, “las exigencias de la sociedad del riesgo obligan a la ley penal a prestar atención a nuevos objetivos de tutela colectivos, lo que fomenta sin duda una legislación mucho más imprecisa, con abundancia de tipos de peligro y frecuente uso de la técnica de la ley penal en blanco” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 72).

<sup>327</sup> BUSTO RAMIREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Significación social y tipicidad”. En: BARBERO SANTOS, Mariano; CEREZO MIR, José; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (org.). *Estudios penales, Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 122.

<sup>328</sup> Cfr. ZIPF, Heinze. *Introducción a la política criminal* (trad. Miguel Izquierdo Macias-Picavea). Madrid: Edersa, 1979, p. 40-41.

<sup>329</sup> Sobre la racionalidad ética, DÍEZ RIPOLLÉS enseña que “dentro de los contenidos éticos que condicionarían la intervención jurídicopenal habría que distinguir en primer lugar unos principios que podríamos denominar estructurales de primer nivel, divididos a su vez en tres grandes grupos, y que establecerían los contornos básicos de una intervención penal legítima: Los principios de la protección atenderían a las pautas delimitadoras de los contenidos de tutela del derecho penal. Los principios de la responsabilidad se ocuparían de los requisitos que deben concurrir en un comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él, y de algunos aspectos de su verificación. Y los principios de la sanción destacarían los fundamentos de la reacción con sanciones a la conducta criminalmente responsable” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 92-93).

del control formal estatal por los ciudadanos, y así un retorno a los peligros de la autotutela, de la ley del talión, del ‘ojo por ojo’<sup>330</sup>.

De hecho, el actual movimiento de un ‘Derecho penal de Riesgo’ hace con que sean relativizados principios antes intangibles por sus detractores<sup>331</sup>. Las novedosas características de los bienes jurídico-penales colectivos hacen con que sea cada vez más difícil protegerlos sin una merma de principios regios como de legalidad, de determinación, de culpabilidad; y ejemplo de ello es la expansión de las técnicas de remisión<sup>332</sup>, con conceptos indeterminados, elementos normativos, cláusulas de autorización, leyes penales en blanco, entre otras técnicas características del ‘Derecho penal de hoy’<sup>333</sup>. Para no traspasar los límites del trabajo, centrémonos en este último rasgo.

### 3.2 La ‘nueva’ técnica legislativa

Cuando se habla de técnica legislativa, debemos tener en cuenta conceptos como ‘enunciación’ – proceso de elaboración enunciativa –, ‘enunciador’ – actor responsable

---

<sup>330</sup> Así que, con apoyo en la lección de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, no podemos olvidar que "la legitimidad de la actuación política y, por tanto, de una determinada Política Criminal reside, entonces, no en su capacidad para organizar las respuestas que la Sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino en prevenir dicho fenómeno dentro del sistema de valores democráticos. Claro está, lo ideal es que coincida legitimidad con legitimación, porque la adhesión de los ciudadanos es un elemento positivo para llevar cabo con eficacia la direccionalidad política. Pero la adhesión ciudadana, sin justificación ética del Estado, se vuelve un régimen caudillista en el que los tintes autoritarios cada vez son más evidentes, porque el gobernante carece de límites valorativos" (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001, p. 33).

<sup>331</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado". En: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 71, ano 16, março-abril de 2008, p. 77-79.

<sup>332</sup> Es criticable, en el marco de una ‘Sociedad de Riesgo’, el propio modelo legislativo penal clásico, el cual no más puede coadunarse con las ansias populares por una célere respuesta estatal ante los nuevos ‘riesgos’, los estados hipotéticos de inseguridad. De ahí, tal vez, la creciente táctica de echar mano de las denominadas remisiones normativas. No por otro motivo advierte FARIA COSTA que en verdad “todo este processo legiferante é também... lento” de manera que, sin embargo la “legitimidade ordinária – e bem – do ius puniendi está nos parlamentos democráticamente eleitos e as instituições parlamentares têm um nível de produção legislativa que se apresenta, não só demorado – devido aos diferentes momentos por que tem de pasar a actividade legiferante para assim se não violarem as regras elementares de um procedimento democrático – mas também baixo... [algo] incompreendido ou mal percebido pela comunidade em geral”, ante la nueva Sociedad de Riesgo, “a lentidão das instituições democráticas entra em manifesta ruptura com a vertigem da existência de respostas rápidas e eficientes – e, portanto, também respostas rápidas e eficientes contra a criminalidade – que a mundividência actual, um pouco frívolamente, erigiu como modelo de actuação quer do nosso modo-de-ser individual, quer do nosso modo-de-ser colectivo” (COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 88-89).

<sup>333</sup> Cfr. SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 104-105; MENDOZA BUEGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 51; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. “De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal”. En: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 163 y ss.; SANZ MULAS, Nieves. ‘El Derecho penal ante los retos del siglo XXI. La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los ‘nuevos’ problemas, pero sin olvidar los ‘viejos’ límites’. En: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, abril de 2012, p. 129.

(autorizado o legitimado) para ello –, ‘enunciado’ – producto legislado –, ‘proposición’ – su significado – y ‘prescripción’ – uso directivo del lenguaje propio del actuar legiferante<sup>334</sup>. Y es más: que “*el Derecho se nuclea en torno a cuatro elementos procedentes cada uno de ellos de un agente social distinto: el legislador, los jueces, los autores y los particulares (el pueblo, podría decirse). Estos elementos se relacionan entre sí todos con todos directamente y de forma interactiva, es decir, que no sólo influye cada uno sobre los otros sino que resulta influido, además, por todos ellos en un proceso en movimiento constante*”<sup>335</sup>.

Pues bien, en la actual ‘Sociedad del Riesgo’, netamente con sus constantes inquietudes, se denota un cambio de paradigma en el actuar legislativo – en la ‘enunciación’ –, no solamente desde un punto de vista meramente político, populista (en aras de garantizar una pseudoseguridad ciudadana), sino también a partir propiamente de un cambio ideológico – reflejado por dicha creciente ansia por seguridad – que no se puede olvidar cuando el tema es el proceso enunciativo-legal, resultativo del texto legal.<sup>336</sup>

En efecto, el discurso jurídico – en la búsqueda de la convivencia social armoniosa<sup>337</sup> – se opera *a priori* con un discurso normativo que, desde un Estado de Derecho<sup>338</sup>, debería pautarse bajo un principio de legalidad formal y material<sup>339</sup>, que encuentra su aceptación en significados previos de necesidad y posibilidad. Y, como bien profesa FERRAJOLI, “*estos significados no están dados de una vez y para siempre, sino que cambian al cambiar las*

---

<sup>334</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, vol. 1 (trad. Ibáñez/Bayón/Gascón/Prieto Sánchis/Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 208.

<sup>335</sup> NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 97.

<sup>336</sup> Así es el aleccionar de WARAT: “No puede encontrarse una interpretación jurídica, una atribución significativa en la dimensión normativa desvinculada de la ideología de sus usuarios” (WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 21). A propósito, señala BITTAR que “nenhum discurso está isento de ideologia, no sentido de que sempre pressupõe atitudes e escolhas por parte daquele que o constrói, que o formula. Isso fica ainda mais claro se se pensar que os discursos jurídicos (normativos, decisórios, burocráticos, científicos) normalmente se apresentam como reflexo do poder de instituições aos quais se ligam para o seu exercício como prática textual... o discurso jurídico é ideológico porque pressupõe decisões, e também porque dessas decisões não se podem excluir fatores políticos, sócio-culturais, econômicos, históricos...” (BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 181). En semejante sentido, profesa NIETO: “Puede afirmarse que el Derecho es... un sistema de declaraciones de reconocimiento de valores instrumentales – un ‘camino’ en su significación etimológica originaria – enderezado a la consecución de otros valores superiores como Justicia, Orden, Paz, Progreso y semejantes asumidos por el Poder político o por la sociedad en cada momento histórico y en cada situación concreta” (NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 42).

<sup>337</sup> Cfr. OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*, quinta edición (trad. Ernesto Garzón Valdés). Coyoacán: BEFDP, 1999, p. 47.

<sup>338</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, vol. 1 (trad. Ibáñez/Bayón/Gascón/Prieto Sánchis/Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 461.

<sup>339</sup> Cfr. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 86-87; NAVARRO FRÍAS, Irene. *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Granada: Comares, 2010, p. 4.

*culturas, la fuerza y la conciencia de los actores sociales que son a la vez artífices, destinatarios e intérpretes de un sistema normativo y, en particular, del derecho*”<sup>340</sup>.

Hoy, como vimos en el apartado anterior, la multitud de informaciones – amplificadas y (des)caracterizadas por los actores mediáticos –, las nuevas tecnologías – con un sinnúmero de posibilidades –, los nuevos actores de la moral, la generalizada sensación de inseguridad, etc., han hecho que una desenfrenada precaución tome el control ideológico que fomenta el discurso normativo<sup>341</sup>. De hecho, como advierte WARAT, *“las formas del accionar humano dependen y están condicionadas por la estructura lingüística, que a su vez está fuertemente ligada al pensamiento que impulsa la conducta humana, ideológicamente determinada”*<sup>342</sup>. Es decir, una sensación social de terror es proclive a generar un Derecho penal igualmente de terror.

El principal sujeto de dicho discurso jurídico es el legislador – enunciador, destinador: entidad abstracta a quien se atribuye la competencia semiótica para editar enunciados normativos a determinada comunidad<sup>343</sup> –, y el contenido de dicho discurso viene determinado sobre todo por otro que le constituye: el discurso normativo, determinante para el proceso de significación en el cual se involucrarán otros discursos que, aunque sean verdaderamente importantes, actúan *a posteriori*<sup>344</sup>. Lo que se debe tener en cuenta, aún más en el actuar legislativo, es que ello se encuentra más susceptible – o mejor, de hecho sojuzgado – a una opinión pública masificada por informaciones de las más variadas fuentes y que, como bien señala DÍEZ RIPOLLÉS<sup>345</sup>, se torna cada vez más frecuente el hecho de que una opinión pública favorable<sup>346</sup> sea capaz de desencadenar por sí sola respuestas

---

<sup>340</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, vol. 1 (trad. Ibañez/Bayón/Gascón/Prieto Sánchis/Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 211.

<sup>341</sup> Debe tenerse en cuenta que “el proceso sociológico desencadenante de una decisión legislativa penal se inicia con el éxito de un agente social en hacer creíble la existencia de una disfunción social necesitada de algún tipo de intervención penal”; y que, en días de hoy, gana relieve la actuación de diversos agentes atípicos en dicha función; lo que merece registrar “la frecuencia con que en el ámbito políticocriminal se trabaja con disfunciones sociales aparentes, esto es, con representaciones de la realidad social desacreditadas por los datos empíricosociales” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 20 y ss.).

<sup>342</sup> WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 19.

<sup>343</sup> Cfr. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 86-87.

<sup>344</sup> Cfr. BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 195 y ss..

<sup>345</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 34-35.

<sup>346</sup> A propósito, merece especial consideración lo que a su vez ha denominado SILVA SÁNCHEZ como los ‘gestores atípicos de la moral’, como las ‘asociaciones ecologistas’, ‘feministas’, ‘de vecinos’, ‘de

legislativas penales, desechando las avaladas opiniones expertas, de mayores y necesarias elucubraciones, proporcionando una hipertrofia legislativa<sup>347</sup>.

Así que, en este ‘nuevo’ actuar legislativo, gana relieve la utilización de palabras huecas<sup>348</sup>, verdaderos estereotipos lingüísticos<sup>349</sup>, y una proliferación de la técnica remisiva en el discurso normativo; algo, de hecho, característico de momentos de crisis institucional y/o de convulsión social<sup>350</sup>. No por otro motivo, advierte HAFT que "*como peculiaridad del presente se suele sumar a los viejos defectos lingüísticos en la formulación actual de las leyes un sistema de remisiones que tiene necesariamente que conducir a errores en la aplicación de la ley, pues rebasa con mucho la capacidad de la retentiva humana*"<sup>351</sup>. La remisión del discurso jurídico al discurso jurídico y, a menudo, a un referente social, se revela una constante manera de intentar una ‘calibración’ y/o adecuación sistemática a las nuevas exigencias sociales<sup>352</sup>.

En particular sobre el fenómeno remisivo, debemos tener en cuenta, *a priori*, que existen normas dirigidas a la comunidad y otras para los aplicadores normativos; y que, los expedientes remisivos, en general, lo son para estos últimos agentes-actuales. *A posteriori*, y aun más importante, debemos registrar que las normas remisivas (y así, por supuesto, también los enunciados que les confiere soporte) son especies del género común en las normas incriminadoras penales: las normas incompletas. Estas poseen tres funciones estrictas y no-ampliativas en el escenario de un Estado de Derecho; es decir, son explicativas, limitativas, o propiamente remisivas, o sea, las que remiten su completud a las dos anteriores<sup>353</sup>. Dicho

---

consumidores’, ‘ONGs’, etc. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*, 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001, p. 66-69).

<sup>347</sup> Cfr. BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 241-242.

<sup>348</sup> Cfr. OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*, quinta edición (trad. Ernesto Garzón Valdés). Coyoacán: BEFDP, 1999, p. 36 y ss..

<sup>349</sup> Cfr. WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 37-38.

<sup>350</sup> A propósito, advierte, WARAT: "La historia de la humanidad demuestra que en épocas de tranquilidad pública, durante las cuales no existían crisis ideológicas profundas, los contenidos de las leyes aparecían permanentemente claras en su mayor proporción; en cambio, no ocurre lo mismo en los períodos críticos de los sistemas vigentes, en épocas convulsionadas, en las cuales la claridad significativa del ordenamiento jurídico se ve esfumándose y sólo aparece clara a los agentes del 'no cambio'" (WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 22).

<sup>351</sup> HAFT, Fritjof. "Derecho y lenguaje" (trad. Juan Antonio García Amado). En: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; ROBLES, Gregorio. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 223.

<sup>352</sup> Cfr. BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 224.

<sup>353</sup> Así profesa BITTAR: "Estas [las normas incompletas] são normas impróprias, ou unidades de significação também vinculativas, não obstante não estruturadas com os requisitos formais apresentados por um esquema de lógica deontica. As chamadas proposições jurídicas incompletas são de três tipos diversos, quais sejam:

planteamiento dogmático denota una importancia para el análisis de las técnicas remisivas, a menudo cuando ansiada una respuesta frente al escenario ‘arriesgado’ con lo cual se enfrenta el legislador penal, en lo cual, no raras las veces, termina por extrapolar dichos límites normativos.

A decir verdad, *"el lenguaje del Derecho no puede apartarse de la complejidad del mundo real"*, y termina *"irremisiblemente atrapado en el lenguaje ordinario"*; entretanto, aunque el lenguaje del Derecho (y así también del Derecho penal) *"sólo puede ser plurívoco"*<sup>354</sup>, polisémico y, en determinados ámbitos y para proteger determinados bienes jurídicos, remisivo, no podemos soslayar los límites de los principios definidos por una legalidad material (sustantiva) que debe conducir la enunciación. Así que se hace necesario un análisis de las técnicas de remisión normativa y su norte garantista necesario para legitimarla, incluso para delimitar el asunto que proponemos abordar: las leyes penales en blanco.

### 3.2.1 Las remisiones normativas

Por supuesto que en dicha ‘nueva realidad’ social, con su proceso enunciativo dirigido a la contención de riesgos y bajo una insoslayable capacidad de modificación fáctica que desvela un cambio axiológico del control normativo, emerge una necesidad de flexibilizar el Derecho para atender a la preeminente tutela penal de hechos que antes no recababan dicha atención<sup>355</sup>. Ahora bien, dicha ‘flexibilización’ debe tener un límite, un freno, que debe ser uno indispensable para toda y cualquiera construcción normativa, al menos en lo que se refiere al Derecho penal<sup>356</sup>, estructurado, como sabemos, en una doble vía: para el ciudadano – por la norma primaria precedente – y para el Estado-juez – por la norma primaria derivada punitiva<sup>357</sup>. Como bien advierte BALCARCE, *"la generalización se torna inadmisibile*

---

aclaratórias, tendo por função sintática sistemática aclarar conceitos de outra norma, e, em sendo assim, seu discurso é necessariamente um discurso vinculado e que se reporta a uma estrutura discursivo-normativa; restritivas, sendo estas as normas que restringem a amplitude de outra norma, conferindo-lhes especificações que lhes torneiam a abrangência fáctica; remissivas, que são as normas que remetem às normas anteriores" (BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 232). En semejante sentido: RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, p. 123-124.

<sup>354</sup> HAFT, Fritjof. "Derecho y lenguaje" (trad. Juan Antonio García Amado). En: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred; ROBLES, Gregorio. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 229.

<sup>355</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 72.

<sup>356</sup> Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 26-27.

<sup>357</sup> Cfr. supra 1.2.1.4.1

cuando ya no permite al ciudadano conocer qué está prohibido y qué está permitido”<sup>358</sup>; y añadimos: será – aún más inadmisibles – cuando permita que el juez va más allá de la directiva intentada por la ley.

Hoy, para salvaguardar esta nueva orden que se plantea, las más diversas son las técnicas enunciativas de las que se vale el legislador en la búsqueda de un control social de ámbito penal. ‘Tipos abiertos’<sup>359</sup>, ‘elementos normativos’<sup>360</sup>, ‘clausulas de autorización’<sup>361</sup> y “leyes penales en blanco”<sup>362</sup> son las varillas de un abanico de posibilidades que se amplió en los últimos años con la necesidad de tutela por parte del Derecho penal de nuevos bienes jurídicos, colectivos o difusos, obligatoriamente “normativizados” para garantizar su existencia ante su fluidez conceptual y perceptivo-sensorial<sup>363</sup>.

Utilizar remisiones – y más a menudo leyes penales en blanco – se torna inevitable hoy en día<sup>364</sup>, pues, al dejar el legislador de enunciar expresamente algún aspecto relevante de la norma penal precedente o derivada<sup>365</sup>, casi siempre del supuesto de hecho (enviando así el hermeneuta a otro enunciado para integrar el sentido de la norma completa), en verdad la “flexibilidad” ofrecida por las técnicas de reenvío resulta muy adecuada<sup>366</sup>. Sin embargo, tanto no puede tornarse la regla, ya que en la ley penal deberá estar siempre el marco principal de la pauta de conducta: fin primero y último de toda regla jurídica, siendo dicha técnica la excepción destinada a normar determinados ámbitos que así lo exija para un adecuado control social.

---

<sup>358</sup> BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009, p. 32.

<sup>359</sup> Cfr. supra 2.3.

<sup>360</sup> Cfr. *infra* 3.2.1.1.

<sup>361</sup> Cfr. *infra* 3.2.1.2.

<sup>362</sup> Cfr. *infra* 3.3.2.3 y 4.4.

<sup>363</sup> Cfr. CORCOY BIDASOSO, Mirentxu. “Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales”. En: *Revista Cenipec*, n. 30, 2011, enero-diciembre, p. 116-117; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 215 y ss.; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. “A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais”. En: *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 122, 2003, janeiro, p. 14-15; PRADO, Luiz Régis. *Bem-jurídico penal e constituição*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 109 y ss.; DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 107; CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 51-52.

<sup>364</sup> A propósito, señala TERRADILLOS BASOCO: “La remisión es así inevitable: dado que es ilusorio pensar en un Código contemporáneo que pueda cobijar todos los elementos de las diferentes tipologías delictivas, hay que optar entre dispersar la materia penal en una multiplicidad inacabable de leyes sectoriales, o, como alternativa, mantener la centralidad del Código, con la ventaja de someter toda la normativa penal a principios comunes, lo que obliga al uso de normas penales en blanco” (TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Cuestiones actuales de derecho penal económico y la empresa*. Lima: Ara Editores, 2010, p. 34).

<sup>365</sup> Cfr. supra 1.2.1.4.1

<sup>366</sup> Cfr. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 55 y ss..

A propósito, diversas son las técnicas de remisión que se utiliza frecuentemente el legislador<sup>367</sup>. La doctrina<sup>368</sup> apunta, y veremos a continuación, técnicas como la de remisiones de la prótasis y de la apódosis – y aquí desde su grado: totales o parciales –, remisiones internas y externas – y aquí desde su fuente: homóloga/heteróloga; o su soporte legal: homovitelina/heterovitelina –, remisiones estáticas y dinámicas, remisiones de primer grado y de segundo grado, remisiones interpretativas y en bloque, remisiones expresa o concluyentes; y – por fin – remisiones de objeto abstracto y de objeto concreto. Correctas o incorrectas, tales técnicas son realidad en la construcción jurídico-penal que, hoy por hoy, no se puede soslayar, sino intentar disciplinar.

Como se ha visto, las remisiones son técnicas de simplificación del producto legislado, no solamente para atender a este criterio simplificador, sino sobre todo para permitir una generalización del precepto legal de forma que trate el más amplio número de casos hipotéticos<sup>369</sup>, siempre buscando sopesar los valores indisociables de la racionalidad jurídica: legalidad, seguridad jurídica, armonía social y estabilización sistémica<sup>370</sup>. En este matiz, y sabido que la norma jurídica completa ha de tener una definición de su antecedente/hipótesis/prótasis – con un supuesto de hecho – y de su consecuente/tesis/apódosis – con una consecuencia jurídica –, a nuestro entender, las remisiones pueden referirse tanto a uno como a otro; como también pueden perfectamente revelarse interpretativa o incluyente, expresa o concluyente, estática o dinámica; incluso a otros enunciados abstractos o a unos concretos, como suele ocurrir con las ‘cláusulas de autorización’<sup>371</sup>. El problema, en efecto, es definir los límites de lo aceptable en un Estado social y democrático de Derecho.

---

<sup>367</sup> Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Compendio de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 75 y ss..

<sup>368</sup> Cfr.: MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 228-229; DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 79-93; BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009, p. 39-41; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 27 y ss.; CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 42 y ss.; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 154-162; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 93-106.

<sup>369</sup> Cfr. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.47 y ss..

<sup>370</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 81 y ss..

<sup>371</sup> Cfr. *infra* 3.2.1.2.

La primera técnica de reenvío que debemos plantear – en aras de garantizar una sistematización del trabajo y porque es la base de todo el obrar remisivo<sup>372</sup> – es la estructural de la propia norma de reenvío, también denominadas **remisiones del supuesto de hecho** (de la prótasis) y **de la consecuencia jurídica** (de la apódosis). Como hemos visto<sup>373</sup>, a la vez que toda norma enlaza a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica, la norma penal completa lo hace imponiendo determinada sanción a una realización típica. Así que, cuando la remisión se refiere a esta última – ‘si X, debe ser Y’, cuando ‘X’ en todo o en parte se encuentra definido allende –, será una remisión de la hipótesis (del supuesto de hecho), mientras que en otro caso – ‘si X, debe ser Y’, cuando ‘Y’ en parte o por entero se encuentra en otro soporte físico – lo será de la apódosis (de la consecuencia jurídica). Esta última es la que caracteriza una ‘ley penal en blanco al revés’<sup>374</sup>.

No obstante toda remisión sea de la prótasis y/o de la apódosis (pues, invariablemente, puede ocurrir que un mismo precepto penal eche mano simultáneamente de ambas las formas), suele distinguir la doctrina en remisiones totales o parciales, de acuerdo con la extensión de la materia de reenvío<sup>375</sup>. Como el propio nombre indica, las remisiones totales ocurren cuando la norma de reenvío activo lo hace en la totalidad del supuesto de hecho, reservándose apenas a conminar la consecuencia jurídica; o, *contrario sensu*, cuando sea remitida toda la consecuencia jurídica. A su vez, las parciales se satisfacen con parte del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica, lo que es más común hoy en día en aras de un reclamo del principio de legalidad y un rechazo general de la doctrina por las remisiones dichas totales<sup>376</sup>.

Otras modalidades remisivas que se suele utilizar el legislador son las **remisiones internas** y **externas**. Este rasgo característico de las remisiones toma acento en el soporte

---

<sup>372</sup> Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Compendio de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 74.

<sup>373</sup> Cfr. supra 1.2, 1.2.1 y 2.2.

<sup>374</sup> Cfr. *infra* 4.3.

<sup>375</sup> Debemos tener en cuenta que el precepto penal debe reflejar una norma penal directa para la acción (cfr. 1.2.1.3), y, así, cuidar para que en la redacción de lo que sea un precepto penal con remisión aparentemente parcial, en verdad, revele una remisión total. Verbigracia, sería un caso de estos una norma así: “El que contravenga la ley ‘X’, o el reglamento ‘Z’, será sancionado con la pena ‘Y’”. En sentido semejante, DOVAL PAIS nomina las remisiones totales y parciales de, respectivamente, generales y especiales (DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 88-89).

<sup>376</sup> Cfr. BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009, p. 39-40; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 102.

legal de la norma de complemento (objeto de la remisión), es decir, será interna cuando la remisión se dirige a la misma ley; a su vez, será externa cuando la norma de complemento se hallar introducida por distinto soporte físico<sup>377</sup>, propiamente legislativo<sup>378</sup>, administrativo<sup>379</sup> o, incluso, judicial<sup>380</sup>. Aquí es necesaria una aclaración: será **homóloga** o **homogénea** la remisión cuando la norma de complemento fuera producida por la misma fuente legislativa (p.ej., ley penal para otra ley editada por el Parlamento central español); a su vez, será **heteróloga** o **heterogénea** cuando la norma de complemento fuera de competencia de otra fuente legislativa (p.ej., ley penal para ley de otro Poder legiferante, o para un reglamento administrativo, incluso, para una decisión del Poder judicial).

A su vez, se puede clasificar en **homovitelina** cuando la remisión se dirige a un enunciado de la misma ley penal y **heterovitelina** cuando lo hace para enunciado de otro soporte físico<sup>381</sup>. De todos modos, una remisión homovitelina será siempre una remisión interna; y, por consecuencia, una remisión heterovitelina será siempre externa. Los conceptos se solapan.

Otra posibilidad remisiva la observamos cuando el legislador penal, en aras de garantizar una mayor o menor taxatividad en su enunciación, describe ya en la norma de reenvío el soporte legal a que deberá remitirse el aplicador de la regla. Cuando lo hace, como en el art. 2º, 1, 'c' de la Ley Orgánica n. 12/1995<sup>382</sup>, hablamos de **remisión estática** o

---

<sup>377</sup> Cfr. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 82-84.

<sup>378</sup> El art. 277 del CP español es un ejemplo de una remisión externa a un vehículo introductor legislativo: 'Será castigado... el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, en contravención con lo dispuesto en la legislación de patente'. También lo es el art. 151, IV, del CP brasileiro: 'Quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal... Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa'.

<sup>379</sup> Ejemplos de remisión externa administrativa son los característicos de la remisión expresamente limitativa que veremos *infra* 3.2.1.2, como es, verbigracia, la norma que se extrae del art. 345. 1 del CP español: 'Al que sin la debida autorización posea, trafique, trate, transforme, utilice, almacene, transporte o elimine materiales nucleares u otras sustancias radiactivas...'. En Brasil, ejemplo es el art. 30 de la Ley n. 9.605 de 1998: 'Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa'.

<sup>380</sup> Como ejemplo de remisión externa a un enunciado judicial tenemos en Brasil el art. 60 de la Ley n. 9.605 de 1998: "Destruir, inutilizar ou deteriorar: I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial... Pena - reclusão, de um a três anos, e multa". Algo semejante pasa con el art. 259 del CP español: "... sin estar autorizado ni judicialmente...".

<sup>381</sup> Cfr. SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 67-70; PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 176-177; CARVALHO JUNIOR, Almério Vieira de. "Da norma penal em branco". En: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 46, fev/mar 2012, p. 100-101.

<sup>382</sup> Ley Orgánica n. 12/1995, art. 2º, 1, 'c': 'Cometen delito de contrabando... los que realicen alguno de los siguientes hechos:... c) Destinen al consumo las mercancías en tránsito con incumplimiento de la normativa

**recepticias**. Caso no lo haga, dejando a los albures de la legislación – incluso futura –, la complementación de la norma, la llamaremos **remisión dinámica** o **no-recepticia**<sup>383</sup>. Esta última especie es la más común en materia de remisión normativa; y así lo es porque responde al principal intento del legislador que echa mano de tal técnica: evitar el anquilosamiento de la legislación penal ordinaria en determinadas materias que así lo exigen<sup>384</sup>. Incluso hay autores, con los que hemos de concordar, que expresamente defenestran la utilización de remisiones estáticas exactamente por contrariaren el sentido del uso dicha técnica: la posibilidad de un cambio axiológico sin la necesidad de cambio de la ley penal<sup>385</sup>.

Ejemplo curioso ocurre en el art. 371.1 del CP español, donde vemos a la misma vez una remisión estática: ‘Sustancias enumeradas en... la convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988’; y otra dinámica: ‘Y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España’. No obstante, lo común es depararnos con una u otra especie de reenvío.

Una importante clasificación la lleva a cabo GARCIA ARÁN<sup>386</sup>, destacando entre **remisiones interpretativas** y **remisiones en bloque**; y admitiendo, por la conformación constitucional, solamente a las primeras. Según la autora, esta última es “*aquella en la que la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico*”, mientras que

---

reguladora de este régimen aduanero, establecida en los artículos 62, 63, 103, 136, 140, 143, 144, 145, 146 y 147 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación, así como en el Convenio TIR de 14 de noviembre de 1975’.

<sup>383</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. “Las reglas de la técnica en derecho penal” (trad. Manuel Cancio Meliá). En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, vol. 47, n 3, set/dic. 1994, p. 315-316. Sobre los términos ‘recepticio’ y ‘no-recepticio’: VILLAR PALASÍ, J.L.. “Remisión normativa”. En: MONTOYA MELGAR, Alfredo (dir.); SAINZ MORENO, Fernando (coord.). *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV. Madrid: Civitas, 1995, p. 5783-5784.

<sup>384</sup> Cfr. SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 17-18; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. XVI, 1993, p. 431.

<sup>385</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 99; DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 121; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 19; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 59.

<sup>386</sup> GARCIA ARAN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 71-72. Al final, concluye la autora: “todas las remisiones en bloque lesionan el contenido material de la reserva de ley y deberían, en mi opinión, considerarse inconstitucionales” (ob. ult. cit., p. 90).

‘interpretativas’ serán “*aquellas en las que la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico*”. Serían – así – ‘remisiones en bloque’ los casos en que el establecimiento típico completo queda a cargo de la norma remitida; cuando la ley penal, de hecho, incluya una referencia a la infracción de la norma remitida; que sea un elemento típico más. Serían ejemplos en el CP español el artículo 316: ‘lo que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales’<sup>387</sup>; y el artículo 334: ‘contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre...’.

A su vez, las remisiones interpretativas caracterizarían algo más modesto, obedeciendo a una necesidad de connotación normativa de determinado elemento típico anteriormente fijado en la propia ley penal<sup>388</sup>. Sería, como señala GÓRRIZ ROYO, el caso en que el legislador penal recoge “*un elemento del delito de una normativa extrapenal que debe ser interpretado con arreglo a dichas normas*”<sup>389</sup>. Dicha técnica suele aparecer en los textos legales con las expresiones ‘en contra de los requisitos establecidos en las leyes o reglamento’, ‘sin autorización’, y los casos de evidente contenido valorativo como ‘bienes de dominio público’, ‘especie... amenazada’, etc.<sup>390</sup>

Ahora bien, si bien es loable el intento de separar lo que es ‘completivo’ o ‘denotativo’ – como ocurre en las remisiones en bloque – de lo que es ‘explicativo’ o ‘connotativo’ – como ocurre en las remisiones interpretativas –, de hecho, no vemos tan clara la diferencia apuntada por los detractores de la remisión ‘en bloque’, ni tampoco una aceptación sin más de las dichas remisiones ‘interpretativas’. Parece que los enunciados que utilizan expresiones como ‘sin autorización’ o ‘en contra de los requisitos establecidos en leyes o reglamentos’ son tan ‘denotativos’ y/o ‘completivos’ del injusto penal como los que utilizan expresiones como ‘con infracción de’ o ‘contraviniendo el’ reglamento<sup>391</sup>.

---

<sup>387</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena. “La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Navarra, vol. 1, n. 1, 1º semestre de 1998, p. 79-81.

<sup>388</sup> Cfr. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 86.

<sup>389</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena. “La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Navarra, vol. 1, n. 1, 1º semestre de 1998, p. 81.

<sup>390</sup> Respectivamente: art. 360, art. 359, art. 319.1 y art. 332, todos del Código penal español.

<sup>391</sup> En semejante sentido: DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 87-88; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.. “El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, año, n. 9, 1999, p. 27-29; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 56-57.

A su vez, lo que sí es diferente, y para nosotros aclara el límite que diferencia una ‘ley penal en blanco’ y una ‘cláusula de autorización’ de un ‘elemento normativo del tipo’, es cuando el legislador se vale de una remisión para connotar determinado elemento típico, como en los ejemplos citados de ‘bienes de dominio público’, ‘especie... amenazada’; y podemos citar otros: ‘morada ajena’, ‘delito’, ‘matrimonio inválido’, ‘cosas muebles ajenas’, ‘drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas’<sup>392</sup>.

*Mutatis mutandis*, el legislador suele utilizar otra manera muy cuestionada de remisión: las denominadas **remisiones de primer y de según grado**, que serían ‘remisiones de ámbito material’ en las palabras de FAKHOURI GÓMEZ<sup>393</sup>. Las remisiones serán de primer grado cuando la norma de remitora llevar a cabo una única remisión, es decir, sin ulteriores remisiones<sup>394</sup>; a su vez, serán de según grado cuando la norma remitida una vez más remite la necesidad de complemento para otra norma<sup>395</sup>.

La doctrina suele rechazar la posibilidad de remisión de según grado, pues vulneraría de manera insalvable el mandato de determinación de la norma y, por supuesto, el principio de taxatividad penal<sup>396</sup>, “*em razão de que o dispositivo de complementação em si mesmo apresenta uma formulação genérica, recorrendo, por sua vez, a outro dispositivo para individualização*”<sup>397</sup>. CURY<sup>398</sup> es aún más rotundo: “*La disposición complementaria no*

---

<sup>392</sup> Respectivamente: art. 202, art. 205, art. 217, art. 234, art. 319.2 y art. 368, todos del CP español.

<sup>393</sup> FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 93.

<sup>394</sup> Art. 345. 1 del Código penal español: ‘El que sin la debida autorización posea, trafique, trate, transforme, utilice, almacene, transporte o elimine materiales nucleares u otras sustancias radiactivas...’.

<sup>395</sup> Así es lo que ocurre en la Ley 40/1979, sobre régimen jurídico de control de cambios: “Art. 8º. Los administradores, directivos o empleados de las Entidades autorizadas referidas en el artículo 5 que, por negligencia en el ejercicio de sus funciones, apreciada por los Tribunales, hayan facilitado la comisión de alguna de las conductas descritas en el artículo 6 serán castigados con...”. A su vez, el art. 6º remitido recaba otra remisión: “Cometen delito monetario los que contravinieren el sistema legal de control de cambios mediante cualquiera de los actos u omisiones siguientes, siempre que su cuantía exceda de 2.000.000 de pesetas: A) Los que sin haber obtenido la preceptiva autorización previa o habiéndola obtenido mediante la comisión de un delito...”. En Brasil, *exempli gratia*, tenemos el artículo 269 del Código penal, ‘deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória’, que remite una primera vez al artículo 7º, I y II, de la Ley Federal n. 6.259/1975 (que ‘Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências’), la cual, a su vez, remite una segunda vez al ‘I... Regulamento Sanitário Internacional’ y a la ‘II -... relação elaborada pelo Ministério da Saúde, para cada Unidade da Federação’.

<sup>396</sup> “A saber, dice este principio, que la ley penal debe tener carácter cierto, preciso, de tal manera que los destinatarios de la norma puedan prever el alcance de sus conductas y ajustarlas de tal manera que no incurran en delitos” (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.. “El principio de ‘certeza’ en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, año 5, n. 9, 1999, p. 13).

<sup>397</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 156. Así también: SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 34.

puede delegar a su vez en otra norma la función de rellenar el blanco”, pues, entre otras razones, “al producirse una sucesión de remisiones, los órganos a los cuales compete en definitiva llenar el blanco están ya muy distantes de los criterios que informaron al legislador formal, y es muy posible que los desnaturalicen incluso desde un punto de vista material”.

Diferente es la clasificación entre **remisiones expresas** y **concluyentes**, cuya diferencia estriba, como se ve de la propia denominación, en si está o no expresamente suscitada la necesidad de reenvío a otra norma complementadora<sup>399</sup>. Según BALCARCE<sup>400</sup>, “teniendo en cuenta la mención de la ley penal”, verificamos reenvíos expresos – como lo hace el artículo 371 del CP español<sup>401</sup> –, “cuando fija con claridad que la determinación de los elementos de la descripción típica debe encontrarse en otra instancia”; otros concluyentes – como ocurre en el art. 217 del CP español<sup>402</sup> –, “cuando la remisión se efectúa de un modo tácito o implícito”; y, a veces, solapados; cuando mismo sin estar presente la inmediata necesidad de reenvío, debe hacerlo el aplicador en aras de garantizar la seguridad jurídica del destinatario (ej., en el delito de homicidio – art. 138 del CP español –, para saberse cuándo se ‘mata a otro’, debemos buscar en reglamentos el nacimiento con vida y la extinción de ella).

No obstante, es relevante para diferenciar las ‘leyes penales en blanco’ de las ‘clausulas de autorización’, distinguir las **remisiones a objeto abstracto** y **a objeto concreto**. La primera – a objeto abstracto – es aquella que se dirige a normas destinadas a situaciones hipotéticas, generales, (no importando su fuente), como ocurre en el art. 325 del CP español: ‘será castigado... el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general... provoque...’; caracterizando las denominadas ‘leyes penales en blanco’<sup>403</sup>. A su vez, son remisiones a un objeto concreto aquellas que nos remiten a normas al caso, particularizadas, generalmente de fuente administrativa – pero que en casos excepcionales puede ser incluso

---

<sup>398</sup> CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 96-97.

<sup>399</sup> Cfr. FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 101-102; DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 90-93.

<sup>400</sup> BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009, p. 41.

<sup>401</sup> “Art. 371: ‘El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y Cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas...’.

<sup>402</sup> “Art. 217: ‘El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con...’.

<sup>403</sup> Cfr. *infra* 3.2.1.3 y 4.3.

de fuente judicial<sup>404</sup> –, como el art. 384 del CP español: ‘el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida...’; o sea, aquellas que caracterizan las denominadas ‘cláusulas de autorización’<sup>405</sup>.

De hecho, parece de extrema relevancia la técnica de ‘remisión a objeto abstracto y a objeto concreto’, pues – no obstante las imprecisiones terminológicas frecuentemente encontradas en el producto legislado – debemos tener en cuenta que a veces el legislador supone una remisión a normas generales y abstractas – remitiendo a los diversos enunciados del ordenamiento –, mientras que otras veces suele remitir el aplicador a normas particulares y concretas, caracterizándose por la necesidad de ausencia de una autorización administrativa y/o judicial específica para la juridicidad de la acción prohibida u ordenada en el tipo de acción propiamente penal<sup>406</sup>.

Por fin, BALCARCE<sup>407</sup> nos ilustra con lo que denomina **remisión a la inversa**, siendo que “*de acuerdo con ella, comete un hecho punible quien infringe un reglamento, en la medida en que éste remita para un determinado supuesto de hecho a la norma penal*” – es decir, ‘inversa’ porque el objeto de remisión expresamente reenvía el aplicador a la norma de remisión –, contraponiéndola, así, a las remisiones regulares que caracterizan todos los ejemplos de remisiones anteriores<sup>408</sup>. Sin embargo lo sea expresa, según dicho autor, revela “*una delegación inadmisibile de la competencia para legislar penalmente a instancias que solo tienen potestad reglamentaria*”.

---

<sup>404</sup> Verbigracia lo que se denota en el art. el art. 60 de la Ley brasileña n. 9.605 de 1998: ‘Destruir, inutilizar ou deteriorar: I - bem especialmente protegido por... decisão judicial...’. Algo semejante pasa con el art. 259 del Código penal español: ‘... sin estar autorizado ni judicialmente...’.

<sup>405</sup> Cfr. *infra* 3.2.1.2.

<sup>406</sup> Recordemos que son “normas gerais quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas”, normas abstractas “quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações)”, y que – según la teoría de las normas en general aceptada – “às normas gerais se contrapõem as que têm por destinatário um indivíduo singular, e sugerimos chamá-las de normas individuais”, mientras que “às normas abstratas se contrapõem as que regulam uma ação singular, e sugerimos chamá-las de normas concretas” (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, 4ª edição (trad. Fernando Pavan Baptista/Ariani Bueno Sudatti). Bauru: Edipro, 2008, p. 181).

<sup>407</sup> BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009, p. 41.

<sup>408</sup> Algunos autores, como DOVAL PAIS y BACIGALUPO, intentan deshacer los escollos de la técnica estudiada con el principio de determinación a través de dicha especie de remisión (DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 205-208; BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 68-69). Críticamente sobre dicha necesidad: CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 104-105; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 171. Cfr. *infra* 4.4.

Sobre ello, DOVAL PAIS señala que “entre los medios ‘técnicos que podrían ser útiles para eliminar en gran parte los problemas de indeterminación que acarrearán las leyes penales en blanco poseen un especial interés las llamadas ‘cláusulas de remisión inversa’”, pues “cumplirían una importante función de advertencia al informar al destinatario de la norma complementadora extrapenal de que, bajo determinadas circunstancias, el incumplimiento de la prohibición o del mandato establecido podrá ser castigado penalmente”<sup>409</sup>. El autor cita, incluso, sentencia en este sentido dictada por el Tribunal Constitucional español<sup>410</sup>.

A lo sumo, debemos tener en cuenta, primeramente, que la técnica de las remisiones normativas, aunque sea algo que estuvo presente en las legislaciones desde siempre; es algo ineluctable hoy en día: con todas las vicisitudes presentadas en el denominado ‘Derecho penal de hoy’, bajo las premisas y los incansables intentos de expansión de la tutela penal a ámbitos determinados<sup>411</sup>, particularizados con sus términos, sus reglas, en fin, con sus contenidos sígnicos. Así que resta al legislador echar mano de dicha técnica para dinamizar el ámbito de lo punible, sea para evitar desmedidas hipertrofias del texto legal, sea para evitar su anquilosamiento ante la volatilidad de la materia, sea para buscar la mejor manera de dirigir la conducta humana<sup>412</sup>.

Dicha taxonomía remisiva tienen relieve para clasificar y delimitar las diferencias estructurales entre ‘elementos normativos del tipo, a menudo los elementos dicho jurídicos’, las ‘leyes penales en blanco y, a su vez, entre las propias, impropias y al revés’; y las denominadas ‘cláusulas de autorización’. También guarda importancia para el estudio de la justificación de la técnica que abordamos en especial en este trabajo: las leyes penales en blanco. Pasemos, así, a diferenciarla de otras técnicas de remisión, bien como a analizar la justificativa defendida (y bajo a que criterios) por la jurisprudencia constitucional española.

---

<sup>409</sup> DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 205.

<sup>410</sup> STC n. 341/1993 de 18 de noviembre.

<sup>411</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*, 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001, p. 25 y ss..

<sup>412</sup> Cfr. GUARAGNI, Fábio André. “A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais”. En: *Revista Jurídica Cesumar*, vol. 12, n. 1, jan/jun de 2012, p. 39-45.

### 3.2.1.1 Remisión aclaratoria: los elementos normativos del tipo

Cuando se analiza la descripción tipológica de un determinado enunciado jurídico solemos encontrarlo enunciado con elementos descriptivos, es decir, con aquellos que en una constatación sensible a los sentidos se pueden denotar. Sin embargo, como hemos visto, el legislador “*extraordinariamente lo hace por medio de remisiones de contenido valorativo, ya sea que remita a pautas sociales de conducta o a normas jurídicas*”<sup>413</sup>. Aquí es cuando estamos ante un ejemplo de los elementos normativos del tipo, que pueden ser de dos tipos: culturales o sociales – cuando el objeto de remisión es un valor no-jurídico de determinada sociedad en determinado contexto histórico; y jurídicos – cuando el objeto de remisión es una norma puesta en el ordenamiento<sup>414</sup>.

Parte de la doctrina suele identificar los elementos normativos jurídicos del tipo con las leyes penales en blanco, en la medida en que hay una semejanza entre las estructuras remisivas que utilizan<sup>415</sup>. Como hemos visto, ambas se remiten a otras estructuras normativas, algo que no ocurre con los elementos normativos culturales del tipo, dejando así más clarificada la frontera divisoria de estos últimos con las leyes penales en blanco<sup>416</sup>.

Ahora bien, si hoy en día la técnica de reenvío gana relevancia y está ampliándose constantemente en las legislaciones modernas, y, otrosí, si hay una necesidad de reenvío a otras estructuras normativas tanto en los denominados ‘elementos normativos jurídicos del tipo’ como en las ‘leyes penales en blanco’, debemos plantear si de hecho hay una diferencia

---

<sup>413</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 285. El maestro argentino, con el que concordamos, advierte que debemos tener en cuenta que *in genere* todos los elementos típicos son ‘normativos’, como aprehensibles de la norma, incluso los que solemos llamar de descriptivos. Sin embargo, algunos elementos son típicamente normativos, como necesitados de una remisión – aquí, *lato sensu*, incluso serían las leyes penales en blanco y las cláusulas de autorización –; y otros son normativos del tipo propiamente (ob. ult. cit., p. 286-288).

<sup>414</sup> Cfr. MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. José Arturo Rodríguez Muñoz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 320-322; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 305-307; JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 347-356; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª edición. Valencia: Tirante lo Blanch, 2010, p. 256-258.

<sup>415</sup> Lo que es lógico, pues los elementos culturales se caracterizan exactamente por una remisión no-normativa jurídicamente.

<sup>416</sup> La proximidad conceptual entre una ley penal en blanco y un elemento normativo jurídico del tipo es tanta que algunos autores llegan a afirmar, lo que no compartimos, que los elementos normativos jurídicos del tipo consisten en una ‘norma penal en blanco’, con la necesidad de reenvío interpretativo para otros dispositivos normativos para alcanzar el concepto de términos como ‘tributo’ y ‘beneficios fiscales’. Verbigracia, véase MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en el delito de defraudación tributaria”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XXXIX, Fascículo II, año MCMLXXXVI, mayo-agosto, p. 382.

estructural entre dichos conceptos, si están en una relación de género/especie<sup>417</sup> o si poseen conceptos tan próximos que no se puede en definitiva separarlos, como sostiene un importante sector doctrinal<sup>418</sup>. De ahí que el concepto de remisión aclaratoria denote importancia.

Creemos, en primer lugar, que mientras sea característico de ‘la ley penal en blanco’ el empleo del reenvío normativo, así como también lo es para los ‘elementos normativos jurídicos del tipo’, no tienen una relación género/especie, sino que presentan diferencias lingüístico-estructurales y pragmático-jurídicas. Para explicarlo, debemos tener en cuenta – como lo ha hecho bien ZAFFARONI – que todos los conceptos jurídicos necesitan de una ‘interpretación’ que, como hemos visto, es propia del lenguaje y del concepto de norma que adoptamos<sup>419</sup>; entretanto, “*en los elementos descriptivos el lenguaje es fuente inmediata o directa del derecho, en tanto que en los normativos es fuente mediata o indirecta, o sea, fuente de conocimiento de otra fuente o criterio valorativo*”<sup>420</sup>.

Así hay una primera diferencia lingüístico-estructural en el proceso de interpretación sígnica de los conceptos analizados<sup>421</sup>: mientras que para los elementos normativos necesitamos de una aproximación doblemente valorativa (connotación del lenguaje ordinario para alcanzar la connotación del lenguaje jurídico) – como fuente mediata o indirecta –; en la

---

<sup>417</sup> Así parece sostener LOZANO BLANCO, Carlos. *Tratado de derecho penal español*, tomo I. Barcelona: J.M. Bosch, 2004, p. 146-147.

<sup>418</sup> De relieve es la lección de DOVAL PAIS: “La doctrina ha ocupado especialmente de buscar diferencias entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos, preocupada, de un modo singular, al igual que la jurisprudencia, por mantener la distinción entre ambos. Sin embargo, ni la definición más extendida y amplia de los elementos normativos, como aquellos que se hallan ‘necesitados de una valoración’, ni la que los concibe, desde otra perspectiva, como aquellos ‘que remiten a normas’, permiten distinguirlos de los que serían, según las acepciones de la ley penal en blanco, los elementos que se hallan pendientes de integrar en ésta. Siguiendo cualquiera de estas concepciones, el caso es que existen también términos de esta clase que aluden a situaciones normativizadas que es necesario integrar con otras disposiciones, con lo cual ambas categorías (‘blancos’ y términos normativos) muestran una identidad, al menos, aparente” (DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 104). En el mismo sentido: MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 231.

<sup>419</sup> Cfr. supra 1.1, 1.2 y 2.1.

<sup>420</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 286.

<sup>421</sup> Sobre el proceso de interpretación sígnica, esclarece FERRAJOLI que “devem-se distinguir duas acepções distintas de ‘significado’ de um signo: a extensão ou denotação, que consiste no conjunto dos objetos aos quais o signo se aplica ou se refere; e a intensão ou conotação, que consiste no conjunto das propriedades evocadas pelo signo e possuídas pelos objetos concretos que entram na sua extensão. Precisamente, a extensão de um predicado é a classe dos objetos por ele denotados em proposições aceitadas como verdadeiras... a intensão de um predicado está constituída, ao contrário, pelo conceito conotado por ele, ou seja, pela soma de suas notas constitutivas e de suas características essenciais... Em todo caso, um signo, seja um predicado, um sujeito ou um enunciado, denota sua extensão e conota sua intensão” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2ª edição (trad. Sica/Choukr/Tavares/Gomes). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 115).

ley penal en blanco necesitamos de una primera aproximación descriptiva – como fuente inmediata o directa – para lograr luego una otra aproximación connotativa (imperceptible porque con la primera lo que se suele hacer es ‘completar’ el tipo de acción); es decir, una denotación del lenguaje ordinario y una posterior connotación del lenguaje jurídico (incluso completiva del tipo)<sup>422</sup>. En resumen: en los elementos normativos jurídicos del tipo hay una remisión aclaratoria (que puede ser de la prótesis, de la apódosis, expresa o tacita, etc.), siempre parcial e interpretativa, que no amplía la construcción típica, sino que le delimita para facilitar el proceso interpretativo del aplicador de la norma. A su vez, en la ley penal en blanco tenemos una interpretación más bien estructural, como se ve a menudo<sup>423</sup>.

En efecto, no nos parece adecuado sostener que es lo mismo lo que ocurre con las remisiones, verbigracia, de los artículos 234 y 277 del CP español, respectivamente cuando establecen la necesidad de interpretar términos como ‘cosas muebles ajenas’ y ‘en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes’. El primero exige una doble aproximación valorativa – del lenguaje ordinario sobre qué significan los léxicos ‘cosas’, ‘muebles’ y ‘ajenas’; y, después de eso, del lenguaje jurídico sobre qué significan connotativamente dichos términos (por supuesto, nuevamente valorativa) –; mientras que el segundo (art. 277) requiere una primera aproximación denotativa sobre los términos citados y solamente *a posteriori* una única connotación de su significado jurídico ya en el tipo de acción; es decir, *primus*, requiere una denotación de lo que sea la legislación de patentes (incluso trayéndola al tipo); *secundus*, obliga – como todo proceso sígnico y ya en el tipo –

---

<sup>422</sup> Ese doble análisis hace con que autores como TERRADILLOS BASOCO llegue a dudar de que en los elementos normativos la técnica legislativa empleada sea propiamente una técnica remisiva. Así lo enseña expresamente el autor: "Si se entiende que la utilización de elementos normativos jurídicos pone al aplicador de la ley en la necesidad de incorporar conocimientos extrapenales a la interpretación de un elemento típico que se contiene en la ley penal, habrá que concluir que en estos supuestos estamos ante cuestiones de interpretación y no de remisión" (TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Empresa y Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 108). En semejante sentido: SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 65.

<sup>423</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.. "El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, año, n. 9, 1999, p. 19-20. En sentido semejante, señala TIEDEMANN que "los elementos normativos del tipo remiten a normas... En cambio, según la doctrina dominante desde Binding, la verdadera ley penal en blanco se caracteriza por exigir que la integración del precepto penal o contravencional proceda del acto de una instancia distinta de la que establece la conminación penal" (TIEDEMANN, Klaus. "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas" (trad. Antoni Llabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar 2002, p. 74).

una connotación jurídica de lo que sea el complemento – propiamente dicha ‘legislación de patentes’ – ahora ya incluido en el tipo penal de acción<sup>424</sup>.

Ahora bien, eso es en general, pues hay casos en que, tras aquella doble significación lingüística exigible para todo el reenvío, puede que sea necesario otra de cariz valorativo (ej. el art. 217 del CP español: lo que sea matrimonio válido: primero, los requisitos del matrimonio válido en el Derecho civil español y, por fin, lo que significan dichos requisitos para otras ramas del ordenamiento: como administrativo, judicial, etc.) o nuevamente descriptivo (remisiones de según grado, para los que las aceptan y que tenemos ejemplos de su uso tanto en el ordenamiento español como en el brasileño). Sin embargo, son los dos procesos de construcción sémica – del reenvío y de su objeto – los que importarán para la diferenciación pretendida.

A propósito esta parece ser la premisa básica de la diferenciación aportada inicialmente por GARCÍA ARAN en festejado artículo sobre el tema, donde asevera que mientras la ley penal en blanco busca integrar el tipo penal con preceptos que le son ajenos – en una remisión en bloque –, los elementos normativos se limitan a interpretar lo que ya les pertenecía – en una remisión interpretativa, aclaratoria<sup>425</sup> –; entretanto, en un segundo momento, ya para denotar lo que serían los casos de ‘remisión en bloque’ y ‘remisión interpretativa’, como hemos visto, la autora señala una diferencia que no encontramos tan clara<sup>426</sup>.

---

<sup>424</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 41-42. En otros términos y sobre la separación conceptual entre elementos normativos y elementos descriptivos, profesa SALVADOR NETTO algo de valor para lo que se pretende demostrar. Según el autor brasileño, “se percebe que a separação entre elementos descritivos e normativos não está na dualidade reconhecimento ou interpretação. Trata-se, na verdade, de uma questão de grau. Ambos necessitam a interpretação e, por isso mesmo, da tarefa complementar de sentido aperfeiçoada pelo intérprete”. Y añade: “pode-se apenas ser dito que esse grau de dependência interpretativa é menor no caso dos elementos objetivo-descriptivos, porém jamais se pode afirmar que ele inexistente. Por isso, a diferença entre ambos não é propriamente qualitativa, mas sim quantitativa” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. “Tipicidade penal e principio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 231). Dicho planteamiento sirve perfectamente para diferenciar los elementos normativos de lo que denominamos leyes penales en blanco, como cuestión de grado: el primero una doble aproximación valorativa; las últimas una aproximación denotativa y otra connotativa. En Brasil, CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 154-155, analizando los términos ‘tributo’ – del art. 1º, IV, de la Ley n. 8137/1990 – y ‘plazo legal’ – del art. 168-A del Código penal brasileño –, alcanza semejante conclusión.

<sup>425</sup> GARCIA ARAN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 71. Esta posición es criticada rotundamente por FAKHOURI GÓMEZ (FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 405-406).

<sup>426</sup> Cfr. supra 3.2.1.

A su vez, parece más acertado el planteamiento de DOVAL PAIS cuando asevera que en los ‘elementos normativos del tipo’ la ley penal hace referencia a una simple necesidad de interpretación por parte de la ley extrapenal; y, en las remisiones en bloque – características de la ley penal en blanco – lo que se hace es reenviar parte de la construcción típica para el enunciado remitido<sup>427</sup>.

De la distinción que se llevó a cabo anteriormente entre remisiones en bloque – que caracterizan lo que denominados ‘leyes penales en blanco – e interpretativas – que caracterizan los elementos normativos del tipo – se puede concluir que cuando hablamos de leyes penales en blanco tenemos una incompletud sintáctica del enunciado, pues al intérprete incumbe primero completarlo, y después interpretarlo en su sentido jurídico. En los ‘elementos normativos’, aunque se presente también una necesidad de reenvío para su completitud (lo que como hemos visto es propio de toda regla jurídica incriminadora), tenemos una ‘incompletud’ semántica, connotativa o indirecta, pues sintácticamente, denotativamente o directamente, el enunciado se encuentra completo<sup>428</sup>. Tal distinción la doctrina pone de manifiesto principalmente para efectos de la teoría del error<sup>429</sup>.

Por eso también no se debe confundir la ley penal en blanco con los tipos abiertos, ni con el empleo de elementos normativos de contenido indeterminado – como ya afirmamos anteriormente<sup>430</sup>. Estos dos – y sobre todo los últimos – generan problemas relativos a la vigencia del principio de legalidad y, en ciertos casos, los quebrantan francamente<sup>431</sup>. En muchas oportunidades, incluso, los tipos indeterminados vulneran las exigencias de certeza más profundamente que las leyes en blanco, pues, al fin y al cabo, respecto de estas últimas

---

<sup>427</sup> DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 87. Así también SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 64/65. Sin embargo, este autor no reconoce los ‘elementos normativos do tipo’ como una técnica de remisión; lo que no se puede concordar en la medida que parece evidente una reenvío intencional por parte del legislador cuando se habla en elementos normativos jurídicos.

<sup>428</sup> Cfr. SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, específicamente las páginas 54-57.

<sup>429</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.. “El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, año, n. 9, 1999, p. 17. No por otro motivo, incluso, FAKHOURI GÓMEZ advierte que “la doctrina mayoritaria, en el marco de la teoría de la culpabilidad, establece el límite entre el ámbito de actuación del error de tipo y del error de prohibición atendiendo a la calificación como elemento normativo del tipo o como tipo penal en blanco de la remisión concreta” (FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 397).

<sup>430</sup> Cfr. supra 2.3 y 2.4.

<sup>431</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 286.

siempre es posible que estén bien configuradas y que la disposición complementaria delimite el tipo de acción con propiedad<sup>432</sup>.

Por otro lado, debemos tener en cuenta una diferencia pragmático-jurídica (o de grado) entre ellos. A propósito, se ve claramente una diferencia cuando el legislador utiliza ‘elementos normativos del tipo’ y ‘leyes penales en blanco’, pues aquellos son utilizados para no extender demasiado la descripción típica que puede o debe ser buscada en el ordenamiento por el aplicador de la regla – son por así decirlo remisiones aclaratorias y, por ello, revelan un ‘grado de intensidad’ menor de la remisión.

A su turno, en la ley penal en blanco, el legislador busca más bien una accesoriedad<sup>433</sup> (no puramente conceptual) por parte de otras ramas del derecho – en el sentido estricto – o por textos legales más especializados – en el sentido amplio –; siendo, así, remisiones estructurales (y que deben ser limitativas, como veremos<sup>434</sup>). El grado de intensidad de la remisión es indudablemente mayor<sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 49; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal ambiental*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 60; SILVA, Pablo Rodrigo Afien da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 130; CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 124-125.

<sup>433</sup> Sobre la accesoriedad en el Derecho penal: GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis. “Sobre la accesoriedad del derecho penal en la protección del ambiente”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. XIV, 1991, p. 119 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una ‘administrativización’ del derecho penal o una ‘penalización’ del derecho administrativo sancionador?”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen I. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1425-1432; CARVALHO, Érika Mendes de. “Limites e alternativas à administrativização do direito penal do ambiente”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, set/out de 2011, p. 304-311; LOBATO, José Danilo Tavares. “Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 128-132; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. “Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 229-231.

<sup>434</sup> Cfr. *infra* 3.2.1.3 y 4.4.

<sup>435</sup> Así señala también SANTANA VEGA: “Lo que diferencia a las leyes penales en blanco de los elementos normativos – y para quienes lo admiten como *tertius genus*, de los tipos abiertos – es la nota, meramente secundaria, del grado o intensidad de la remisión a la regulación extrapenal. En concreto, esa remisión es global a la totalidad del ordenamiento jurídico, en el caso de las cláusulas normativas (así por ejemplo, ‘traficar de manera ilegal’ del art. 312.1 o dictar sentencia o resolución injusta de la prevaricación judicial del art. 446), de grado medio en el caso de las leyes penales en blanco (caso del ‘incumplimiento de las leyes o los reglamentos respectivos’ del art. 360) y más reducidas en el caso de los elementos normativos (por ejemplo, el concepto de abogado del art. 465 o el ajenidad en el hurto del art. 234)” (SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 56-57). Lo defiende también RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Compendio de derecho penal*, parte general. Madrid: Dykinson, 2006, p. 58.

En definitiva, la diferenciación planteada no es una cuestión de nimiedad manifiesta y su completa individualización demandaría un análisis que traspasaría el trabajo<sup>436</sup>. A la postre y para lo que interesa aquí, debemos tener en cuenta que cuando hay meramente reenvíos interpretativos de las unidades sígnicas, estaremos delante del fenómeno de los ‘elementos normativos del tipo’, que pueden ser, a su vez, jurídicos o culturales. Sin embargo, cuando el reenvío determinado por la ley reclama otro precepto normativo para completarlo en su estructura típica, tenemos una auténtica ‘ley penal en blanco’<sup>437</sup>. De ahí que en el primer caso tendremos una remisión aclaratoria, delimitativa, y, en su caso, una estructural-limitativa.

### 3.2.1.2 Remisión aclaratorio-limitativa: las cláusulas de autorización

Como hemos visto, existen remisiones normativas (a objetos abstractos y a objetos concretos)<sup>438</sup> que, independientemente de si son ‘interpretativas’ o ‘completivas – en bloque’ –, se diferencian porque el objeto de remisión se encuentra particularizado o no, de acuerdo, a su vez y en un segundo momento, a otra remisión a enunciados normativos. En el primer caso – remisión a objeto abstracto – estaremos ante una verdadera ley penal en blanco; sin embargo, cuando se presente una remisión a un objeto concreto, será más bien el caso de una cláusula de autorización<sup>439</sup>. La diferenciación llevada a cabo es importante porque en uno u otro caso lo que hace el legislador es diferente desde la propia construcción dogmática del

---

<sup>436</sup> FAKHOURI GÓMEZ, a quien remitimos para fines de mayores esclarecimientos sobre el tema, discurre sobre los diversos criterios para la diferenciación entre elementos normativos jurídicos y leyes penales en blanco (FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 397-411).

<sup>437</sup> Cfr. GÓRRIZ ROYO, Elena. “La problemática de las remisiones normativas y la retroactividad de la leyes penales favorables en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio”. En: *Revista de Ciencias Penales, Navarra*, v. 1, n. 1, 1º semestre de 1998, p. 82-83. Así también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, para quien “solo las remisiones en bloque se diferenciarían claramente de lo que suele llamarse elementos normativos, mientras que las remisiones interpretativas o integradoras presentarían características y problemas coincidentes con los de los elementos normativos” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008, p.128).

<sup>438</sup> Cfr. supra 3.2.1.

<sup>439</sup> En semejante sentido, profesora TERRADILLOS BASOCO que “junto a los casos en que la ley penal en blanco remite la concreción de lo prohibido a los reglamentos, también encontramos hipótesis en las que la tipicidad de la conducta viene condicionada a la ausencia de la preceptiva autorización administrativa, o a la infracción de lo previsto en ésta”(TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Empresa y Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 111). En semejante sentido: GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 77. En contra, entendiendo las ‘cláusulas de autorización’ como especie de ley penal en blanco: MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 233.

delito<sup>440</sup>, lo que – a su vez – alcanzará conclusiones diferentes a título de error<sup>441</sup>, de *ne bis in idem*<sup>442</sup> y de retroactividad más benéfica<sup>443</sup> (todos escollos dogmáticos enfrentados por la doctrina con respecto a la ley penal en blanco).

En efecto, los preceptos penales como el que se observa en el artículo 359 del CP español<sup>444</sup>, que limita el tipo de acción punible al que ‘sin hallarse debidamente autorizado’, son estructuralmente diferentes (y de ahí devendrán consecuencias para el deslinde de los problemas dogmáticos antedichos) de preceptos como aquel observado en el artículo 360 también del CP español<sup>445</sup>, que – sin embargo utiliza el elemento típico ‘hallándose autorizado’ – requiere en verdad y por una remisión en bloque (completiva) el complemento típico ‘sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos’. Aquí, un caso característico de una ley penal en blanco, donde la remisión es estructural-limitativa del actuar típico (será punible la conducta ‘X’ cuando, según las leyes y reglamentos, hiciera ‘Y’, independientemente si hubiera o no autorización), mientras que, en el primer ejemplo – característico de una cláusula de autorización –, la remisión es tan puramente aclarativa cuanto lo es en los elementos normativos jurídicos del tipo, sin embargo es también limitativa del injusto; o, si se prefiere, refleja un ámbito negativo de la antijuridicidad (será punible salvo que esté concretamente autorizado)<sup>446</sup>.

De hecho, en las remisiones aclaratorio-limitativas, características de las cláusulas de autorización, *"la decisión administrativa autoriza determinadas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, de modo que aquéllas quedan despenalizadas"*<sup>447</sup>. Algo diferente es lo que percatamos con una ley penal en blanco – propia

---

<sup>440</sup> Cfr. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 177; GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 75-78; CARVALHO, Érika Mendes de. “Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do ambiente”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, set/out 2011, p. 306-307.

<sup>441</sup> Cfr. *infra* 5.3.1.

<sup>442</sup> Cfr. *infra* 6.2.

<sup>443</sup> Cfr. *infra* 6.3.

<sup>444</sup> Código penal español, art. 359: ‘El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabora sustancias nocivas para la salud... será castigado con...’.

<sup>445</sup> Código penal español, art. 360: ‘El que, hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos, será castigado con...’.

<sup>446</sup> Cfr. SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 53-56.

<sup>447</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Empresa y Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 114.

o impropia –, que en efecto no ‘autoriza’ una lesión o puesta en peligro, sino que propiamente revela los lindes mínimos de dicho fundamento del reproche penal<sup>448</sup>.

Según GARCIA ARAN<sup>449</sup>, cuando el legislador utiliza una cláusula de autorización “*excluye del injusto típico (del tipo o de la antijuridicidad) aquello que la Administración autoriza, esto es, decide no castigar lo que está autorizado administrativamente, manteniendo la coherencia del ordenamiento jurídico*”. En cambio, utilizando una ley penal en blanco el legislador “*incorpora aquello que la Administración prohíbe, esto es, le remite el establecimiento de parte de la materia de prohibición*”.

En efecto, en las leyes penales en blanco tenemos una accesoriadad mayor de lo penal a lo administrativo, pues incluye en aquél elementos de éste último. A su vez, las cláusulas de autorización se refieren más al hecho de no estar autorizado (que se encuentra allende) que propiamente al actuar, que ya estará delimitado en el ámbito del tipo de acción jurídico-penalmente relevante<sup>450</sup>. Aquí no se trata de una diferencia pragmático-jurídica como la sostenida entre elementos normativos jurídicos del tipo y leyes penales en blanco (ambas connotan una accesoriadad), sino más bien puramente estructural, pues no se exige la autorización para ‘completar’ el tipo, exígese para limitar la punibilidad de la acción típica ya definida o ‘completa’<sup>451</sup>. A decir verdad, de manera semejante es lo que suele ocurrir con las condiciones objetivas de punibilidad y con las excusas absolutorias<sup>452</sup>.

---

<sup>448</sup> En semejante sentido: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. “Tipicidade penal e principio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 230-231; GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriadad administrativa”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, janeiro-fevereiro de 2006, p. 160-161.

<sup>449</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 77.

<sup>450</sup> Cfr. GONZÁLEZ GUITIAN, Luis. “Sobre la accesoriadad del derecho penal en la protección del ambiente”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. XIV, 1991, p. 122; GUARAGNI, Fábio André. “A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais”. En: *Revista Jurídica Cesumar*, vol. 12, n. 1, jan/jun de 2012, p. 40.

<sup>451</sup> A propósito, también diferenciando la ley penal en blanco de las cláusulas de autorización, aduce GARCIA ARAN que “cuando el legislador utiliza este tipo de remisiones excluye del injusto típico (del tipo o de la antijuridicidad) aquello que la Administración autoriza, esto es, decide no castigar lo que está autorizado administrativamente, manteniendo la coherencia del ordenamiento jurídico. En cambio, cuando se añade a la definición legal la infracción de una norma prohibitiva de la Administración, el legislador incorpora aquello que la Administración prohíbe, esto es, le remite el establecimiento de parte de la materia de prohibición” (GARCIA ARAN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 77).

<sup>452</sup> A propósito, profesora BITTAR que “tanto nas hipóteses em que se caracteriza a existência de uma condição objetiva de punibilidade ou uma causa pessoal de exclusão da pena... o que se renuncia é ao combate de um comportamento, mesmo se reconhecendo que a conduta é desvaliosa e a ameaça de pena poderia estender um efeito inibitório” (BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de*

Esta diferencia estructural entre leyes penales en blanco y cláusulas de autorización conlleva a otra conclusión: si no existe la norma remitida en las primeras, falta la determinación de un elemento típico y, por consecuencia, es atípico e insalvable el precepto. A su vez, si no existe la autorización exigida en el tipo, no hay una expresa limitación jurídica al ilícito o a la punibilidad. Algo aún más complejo es si falta una disciplina jurídica para determinar dicha autorización, o por olvido del legislador – cuando deja de establecer normas indirectas para la acción<sup>453</sup> –, o por imposibilidad sistémica de concederla – cuando, verbigracia, dicha autorización va en contra de otra norma jurídica de superior rango. Exactamente por ser dado confundir los conceptos de ley penal en blanco y de cláusulas de autorización, creemos que la imposibilidad sistémica de autorizarse determinada conducta reprochada penalmente no revelaría un caso de atipicidad de la ley penal, sino más bien un caso de inconstitucionalidad del precepto por violación al principio de legalidad<sup>454</sup>, al principio de culpabilidad<sup>455</sup>, incluso ante una situación evidente de exculpación, por inexigibilidad de actuar de otro modo<sup>456</sup>.

La jurisprudencia brasilera ha venido comprendiendo en sentido diverso, mezclando los conceptos de ley penal en blanco y de cláusulas de autorización. Un caso emblemático ocurre

---

*exclusão da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 47). Con las cláusulas de autorización, como hemos visto, pasa exactamente lo mismo: el Estado renuncia al combate de un determinado comportamiento.

<sup>453</sup> Cfr. supra 1.2.1.3.

<sup>454</sup> Pues, “somente quando o preceito é claramente especificado e a pena cominada de forma estreme de dúvidas, e a ambas se confere ampla publicidade, poder-se-á ter a pena como contra-impulso ao impulso criminoso, adquirindo o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* um significado e uma função psicológica decisiva” (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 57).

<sup>455</sup> Así que “serán incompatibles con el principio de culpabilidad el *versari en re illicita*, la fundamentación o agravación de la pena por el mero resultado (responsabilidad objetiva y delitos cualificados por el resultado), la negación de la relevancia al error de tipo, al de prohibición y al error sobre la punibilidad, la aplicación de penas a quienes no hayan podido comprender las exigencias del derecho o comportarse de acuerdo con ellas y a quienes hayan obrado bajo condiciones en las que la ley no exige su cumplimiento” (BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 140). Incluso está violado el propio principio de legalidad penal, en su vertiente sustantiva, pues “si se pretende crear normas penales para prevenir delitos, para la construcción de las mismas, y para su conceptualización, se ha de tomar por base el cómo se puede materialmente provocar y obtener dicha protección” (ARROYO ZAPATERO, L.. “Fundamento y función del sistema penal: El programa constitucional de la Constitución”. En: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Toledo, año 1987, p. 100). En el caso, sin la posibilidad de la autorización, el tipo penal es imprestable para dirigir una conducta intersubjetiva, pues, como bien vaticina SILVA SÁNCHEZ, “resulta obvio que el sujeto no pudo motivarse por una ley que todavía no existía o, en todo caso, no en esa configuración, al iniciarse la comisión del mismo” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 426).

<sup>456</sup> Inexigible ‘el actuar de otro modo’ ya que sería imposible conseguir una autorización en los moldes exigidos por el tipo penal, característico de la culpabilidad como estructura del delito. A propósito, señala SILVA SÁNCHEZ que “actúa culpablemente la persona a la que puede exigírsele el actuar conforme a las normas” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, p. 413).

con el art. 19, *caput*, del Decreto-ley n. 3.688 de 3 de octubre de 1941 – ‘*Lei das Contravenções Penais*’ –, el cual establece que será castigado con prisión simple de quince días a seis meses o multa el que traiga consigo arma a las afueras del domicilio sin licencia de la autoridad competente<sup>457</sup>. No hay en Brasil una enunciación legislativa o administrativa que autorice (o reglamente), verbigracia, el porte de armas blancas, sino solamente de armas de fuego<sup>458</sup>, de manera que los Tribunales comprenden que dicho artículo carece de tipicidad por remitirse su completud a objeto de remisión inexistente<sup>459</sup>.

Empero, como sobredicho, no nos parece acertada la solución por la vía de la tipicidad, pues, en primer lugar, la conducta típica está definida – traer consigo un arma –, lo que sí parece faltar es la posibilidad de autorización en la medida que esta no se puede conseguir por estar amparada en reglamento o ley que no existen. El caso debería ser resuelto por la vía de la inconstitucionalidad del precepto o, ya en el análisis del caso concreto, por adecuación social de la conducta<sup>460</sup> o mismo por ausencia de culpabilidad del sujeto (lo que nos parece más correcto). En efecto, son diferentes estructuralmente lo que se concibe aquí como ley penal en blanco y lo que ahora se plantea como clausulas de autorización; y, en uno u otro, los problemas que surgen deben ser resueltos de manera otrosí diferentes.

De hecho, y así advierte CURY, “*la ley penal solo está en blanco cuando lo que confía a otra norma jurídica es la determinación de la conducta punible o su resultado*”<sup>461</sup>, es decir, cuando lo que se remite es parte de la acción típica, lo que no se observa en las clausulas de autorización, las que se limitan a despenalizar el riesgo ya valorado por la Administración. Tanto es así que una conducta que contravenga las leyes o reglamentos aplicables siempre será formalmente lesiva a un determinado bien jurídico-penal; entretanto, una misma conducta tipificada que necesite de autorización puede que sea o no sea lesiva, dependiendo

---

<sup>457</sup> Ley de Contravenciones penales brasileña, art. 19: ‘Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade: Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente’.

<sup>458</sup> En Brasil, el control penal de las armas de fuego se lleva a cabo por la Ley Federal n. 10.826/2003, la cual no ha disciplinado ningún tipo de control sobre las armas blancas.

<sup>459</sup> “Denota-se assim que o respectivo artigo é norma penal em branco, posto que para a configuração típica necessário se faz a ausência de licença da autoridade, que, registre-se, inexistente a possibilidade de alcançar licença para o porte do instrumento, posto que no Brasil não existe regulamento para o porte de arma branca” (TJMS. 2ª Câmara Criminal. Ap. 0001153-29.2012.8.12.0005. Rel. Des. Manoel Mendes Carli. Juzgado en: 25/02/2013). En idéntico sentido: TJRO. Ap. 0001168-45.2010.8.22.0601. Rel. Magistrado Edénir Sebastião Albuquerque da Rosa. Juzgado en: 11/11/2011; TJMS. 1ª Turma Criminal. HC 2011.032376-8/0000-00. Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia. Juzgado en: 02/12/2011.

<sup>460</sup> Por la vía de la adecuación social ha decidido la Audiencia Provincial de Minas Gerais: TJMG. HC n. 1.0000.12.101059-9/000. Rel.: Des. Cássio Salomé. Juzgado en: 09/10/2012.

<sup>461</sup> CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 49.

de si en el hecho concreto ha sido concedida o no la debida autorización. Eso es así porque en determinados ámbitos el control de riesgo es variable según acontecimientos temporales, culturales y espaciales; lo que hará con que las autoridades competentes concedan o no las exigidas autorizaciones y, por vía de consecuencia, sea clasificada de antijurídica o no una determinada conducta que ya esté típicamente regulada por entero (es decir, sea antinormativa)<sup>462</sup>.

Además, otra consecuencia de esta diferenciación se presenta cuando analizamos la posibilidad de estar viciada la autorización administrativa que limitaba el ilícito, por lo que MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ llama la atención en la importancia de partir de la distinción entre actos administrativos anulables y nulos *ipso iure*. Según dicho autor, “*dado que el acto meramente anulable posee eficacia jurídica al entrañar una presunción de validez (salvo que el particular conozca los vicios del acto o los haya inducido), debe quedar excluida la responsabilidad penal... en cambio, la autorización basada en un acto nulo de pleno derecho no excluye la responsabilidad penal, si bien ello no significa que la mera nulidad administrativa comporte ya automáticamente un ilícito penal*”<sup>463</sup>. Tal conclusión, que nos parece acertada, revela la diferencia de dichas ‘cláusulas de autorización’ con lo que denominamos ‘ley en blanco’, pues nula o anulable esta última, mientras no sea difuminada del ordenamiento por otra norma, mantendrá irreprensible su vigencia y, de hecho, desencadenará una responsabilidad penal a quien la contraviniera.

---

<sup>462</sup> Como hemos visto, en el Derecho penal de hoy el legislador penal se caracteriza por una accesoriidad administrativa, lo que no se puede rechazar salvo cuando dicha ‘accesoriidad’ deje de ser relativa y pase a ser absoluta en aras de garantizar meras funciones de la Administración. De hecho, en las ‘cláusulas de autorización’ no se va tan lejos en una accesoriidad administrativa como ocurre con la ‘ley penal en blanco en sentido estricto’, pero ambas son formas de accesoriidad. A propósito, como señala GONZÁLEZ GUITIAN, “el grado más fuerte de vinculación [entre los preceptos remitidos en la accesoriidad administrativa] es aquel en el que la lesión de deberes jurídico-administrativos es elemento adicional de la tipicidad... el grado más débil de vinculación se dará cuando todo el contenido del tipo de injusto – o toda la materia de prohibición – está establecido por el Derecho penal: la intervención administrativa será sólo una causa de justificación... el primer caso es un ejemplo de ley penal en blanco; el segundo no tendrá esta consideración” (GONZÁLEZ GUITIAN, Luis. “Sobre la accesoriidad del derecho penal en la protección del ambiente”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. XIV, 1991, p. 122). Otra parte de la doctrina propone tres modalidades de accesoriidad: conceptual – que sería una remisión aclarativa –, accesoriidad al acto administrativo particular – característico de la remisión aclaratorio-limitativa – y accesoriidad administrativa propiamente dicha o al acto administrativo general – que sería la remisión estructural-limitativa característica de una ley penal en blanco: LOBATO, José Danilo Tavares. “Acessoriidade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 128-132; GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriidade administrativa”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, janeiro-fevereiro de 2006, p. 160-161.

<sup>463</sup> MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 234.

Por fin, debemos hacer un hincapié: las consecuencias no son las mismas cuando la ley se utiliza los términos ‘sin hallarse autorizado’, ‘no autorizada’ y cuando dice ‘no autorizables’ o ‘sin estar legalmente autorizado’<sup>464</sup>. En los dos primeros tenemos casos clásicos de cláusulas de autorización, con todos los matices antedichos; mientras que en los últimos, ‘no autorizables’, ‘sin estar legalmente autorizado’, en verdad, tenemos técnicas de discurso normativo que el legislador utiliza para decir lo mismo que ‘contraviniendo leyes o reglamentos’, ‘en desacuerdo legal’, y lo demás característico de lo que aquí clasificamos como ley penal en blanco; es decir, una remisión en bloque, completiva, estructural-limitativa del tipo de acción<sup>465</sup>.

### **3.2.1.3 Remisión estructural-limitativa: las leyes penales en blanco**

Es normal en la doctrina encontrarse con definiciones genéricas de las leyes penales en blanco como aquellas que remiten sus complementos a otra regla del ordenamiento jurídico, u otras que señalan que dicha técnica lo que hace es definir en la ley penal el precepto sancionatorio, dejando a cargo de otros enunciados jurídicos la definición de la materia de prohibición.

No obstante y aunque, desde un punto de vista estructural, ambas afirmaciones puede que sean correctas, a decir verdad, se debe mantener un criterio más delimitado de lo que sea una ley penal en blanco. Como hemos visto, es común la confusión terminológica que termina por abarcar bajo un mismo concepto realidades muy distintas, como los elementos normativos jurídicos del tipo, las cláusulas de autorización y las leyes penales en blanco.

Desde un punto de vista pragmático del cual se vale el legislador para echar mano de la técnica de las leyes penales en blanco, se puede sostener que lo que caracteriza una ley penal en blanco es la posibilidad de ‘completar’ la figura típica con elementos ajenos a la propia ley penal, siendo pacífico en los que aceptan dicha técnica que se debe utilizar para evitar el anquilosamiento de la propia norma penal incriminadora. Así que, como veremos a lo largo de este trabajo, la remisión característica de la verdadera ley penal en blanco es aquella que

---

<sup>464</sup> Respectivamente: art. 359, art. 275, art. 319.1 y art. 326, todos del Código penal español.

<sup>465</sup> DOVAL PAIS, sin embargo utiliza términos como ‘sentido fuerte’, ‘sentido débil’ de la expresión ‘no autorizada’ y de los ‘permisos’ legales, llega a la misma conclusión: “valiéndose de las dos clases de expresiones, el legislador penal fija la prohibición de un comportamiento” (DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 182). En sentido contrario, MATA BARRANCO, Norberto J. de la. “Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente”. En: VV.AA.. *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*, primer volumen. Valencia: Universitat de València, 1997, n.p.p. 585.

se revela estructural, es decir, que obligatoriamente la descripción del precepto remitido será parte integrante del propio tipo de acción.

Sería, en una forma esquemática, el caso donde la ley penal establece que cuando en la hipótesis 'X', si ocurre 'Z', devendrá 'Y', donde 'Z' esté en un enunciado jurídico de otro soporte físico – remisión heterovitelina –, pues si se encuentra en el mismo, será una técnica legislativa sin mayores importancias, que se ha utilizado el legislador de manera prudente para no ampliar en demasía un cuerpo legal.

A su vez, y aquí ya bajo la pretensión de justificar dicha técnica en un Estado de Derecho que prima por la legalidad penal estricta, la remisión deberá ser limitativa, nunca ampliativa, so pena de desestimar, incluso, la propia lógica de la norma jurídica primaria precedente, que es revelar, aunque de manera incompleta, el tipo básico de acción, permitiendo a la norma remitida una de las dos únicas hipótesis posibles: aclarar o limitar su alcance<sup>466</sup>. En el ejemplo esquemático antedicho, sería el caso en que 'Z' limite 'X'.

Encontramos en dicha clasificación, como remisión estructural-limitativa, sino un método para mejor ceñir el objeto de estudio de este trabajo, sí al menos una propuesta que abarca todas las hipótesis que frecuentemente ocasionan los mayores roces con el principio de legalidad, dejando a cargo de las otras formas de remisión – aclaratoria y aclaratorio-limitativa – los supuestos donde son más aceptables desde un punto de vista estrictamente legalista. Por ahora, bastan dichos apuntes sobre la remisión característica de una ley penal en blanco, pues, al discurrir sobre los problemas dogmáticos que ella plantea, traeremos nuevos comentarios.

### **3.3 La técnica remisiva y su conformación constitucional: análisis de las normas particulares del Tribunal Constitucional español sobre los límites remisivos en el ámbito penal**

Como se sabe, el artículo 25.1 de la CE establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o mismo infracción administrativa, de acuerdo con la legislación vigente. El Tribunal Constitucional español, en más de una vez, ha fijado que *“el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el*

---

<sup>466</sup> Cfr. supra 1.2.1.2 y *infra* 4.4

*legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos”; entretanto – y así reserva el propio Tribunal – “ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo interpone conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución, de acuerdo con su artículo 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es la dinámica y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal”<sup>467</sup>.*

De dicho pronunciamiento resta claro, desde un primer momento, que las remisiones extrapenales son no sólo permitidas en atención al principio de legalidad recogido en el art. 25.1 de la CE, como también necesarias en aras de garantizar materialmente la Carta Política, sobretudo, para la protección efectiva de bienes jurídicos ‘normatizados’, de mayor volatilidad conceptual, y que son protegidos constitucionalmente en un Estado social<sup>468</sup>.

De ahí que se pueda extraer un primer requisito llevado a cabo por el Tribunal Constitucional para la conformación conceptual de las remisiones normativas en bloque características de las leyes penales en blanco: que el bien jurídico protegido, por su estrecha normativización, así lo exija<sup>469</sup>. Entretanto, la volatilidad y la necesidad de un mayor dinamismo de la respuesta puede que sean requisitos de las remisiones normativas externas –

---

<sup>467</sup> STC n. 62 de 15 de octubre de 1982; STC n. 42 de 7 de abril de 1987; STC n. 89 de 2 de noviembre de 1983; STC n. 133 de 21 de julio de 1987; STC n. 3 de 21 de enero de 1988; STC n. 3 de 21 de enero de 1988; STC n. 127 de 5 de julio de 1990; entre otras.

<sup>468</sup> En dicho sentido es el aleccionar de GERPE LANDÍN: "Podríamos concluir que el Tribunal sostiene como criterio la taxatividad de la regulación legislativa del presupuesto y sus consecuencias. Sin embargo tal conclusión, especialmente en lo que afecta al presupuesto, debe ser muy matizada, tanto en lo que afecta a la inclusión de elementos normativos o valorativos como en lo que afecta a las remisiones normativas a reglamento" (GERPE LANDÍN, Manuel. "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal". En: *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, año 1991, vol. III, p. 693-694).

<sup>469</sup> Cfr. SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 17-18; DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 204 y ss.; CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 51; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 78-83; GERPE LANDÍN, Manuel. "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal". En: *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, año 1991, vol. III, p. 696; CASABO RUIZ, José R.. "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente". En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. V, año 1982, p. 260.

aquí incluyendo los elementos normativos jurídicos del tipo y las clausulas de autorización –, pero no bastan para justificar las leyes penales en blanco. Aquí, por su característica completiva del tipo penal, se debe exigir algo más – su propia racionalidad ética – en la tarea indisociable del Derecho penal de sopesar el bien jurídico que se intenta proteger (institucional, colectivo o difuso) y el bien jurídico que se amenaza con la pena criminal (la libertad)<sup>470</sup>.

Es así que el Tribunal Constitucional español ha sostenido sobre la legitimidad de la remisión interpretativa – característica de los elementos normativos del tipo – algo más laxo que para las leyes penales en blanco. En la sentencia n. 89 de 2 de noviembre de 1983, verbigracia, ha fijado que *“no sólo no se discute ya en la doctrina la función creadora del Juez, sino que es evidente que esta función creadora no tiene otro límite que el que dimana del principio de legalidad en la esfera penal”*, de manera que *“el artículo 25.1 de la CE prohíbe al intérprete traspasar los linderos de la tipología penal y vagar, a la búsqueda de la pena aplicable, más allá de las escalas establecidas por la ley. Respetados estos límites, el Juez penal puede llevar a cabo, como el Juez Civil, una función creadora que dé respuesta a una realidad social cambiante desde un marco legal que no cambia al mismo ritmo”*.

En efecto, se establece una posibilidad ‘creadora’ por parte del juez en las remisiones interpretativas, algo que no se ha aceptado en el caso de las leyes penales en blanco. Esto es así porque para la construcción típica<sup>471</sup> – que no ocurre en las remisiones interpretativas – el principio de legalidad no permite al legislador renunciar en la enunciación de la ley penal una descripción con necesaria claridad; al contrario, lo exige que *“las normas integradas del tipo determinado por la Ley tengan a su vez suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada”*<sup>472</sup>.

Así que el Tribunal Constitucional pasó a exigir concomitantemente un segundo requisito para la admisibilidad de las remisiones en bloque: que la ley penal contenga ya el núcleo esencial de la materia de prohibición, pues *“el art. 25.1 C. E... prohíbe la remisión al reglamento que ‘haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a*

---

<sup>470</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2ª edição (trad. Sica/Choukr/Tavares/Gomes). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 240 y ss.; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 230 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 47-49; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 96-97.

<sup>471</sup> Aquí entendido ‘tipo’ como el ‘Tatbestand’ descriptivo de la doctrina mayoritaria. Cfr. supra 2.2 y 2.3.

<sup>472</sup> STC n. 122 de 14 de julio de 1987.

la Ley’”<sup>473</sup>. Aunque no es tan fácil establecer lo que es o no ‘núcleo esencial de la prohibición’, algo muy debatido por la doctrina, sin duda fue un marco interpretativo del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad en la materia a estudio.

A su vez, tras compendiar todas estas aclaraciones jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional español ha establecido la piedra de toque para la materia de ‘leyes penales en blanco’. Fue en el día 5 de julio de 1990, por intermedio de la sentencia n 127, que la Corte ha obrado en definitivo sobre la aceptación de las remisiones normativas externas, sea en bloque, sea interpretativa; además, para las primeras, pedagógicamente ha establecido requisitos mínimos para su conformación constitucional.

*In verbis*, dicho fallo del Tribunal Constitucional español ha establecido que “*en definitiva... el principio de legalidad penal implica, al menos, la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior (lex previa) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (lex certa)... Las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) (RTC 1982\62) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987) (RTC 1987\122); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada Sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada*”<sup>474</sup>.

La Corte Constitucional española, para que las leyes penales en blanco estén de acuerdo con el primado de la estricta legalidad penal, ha entendido – por lo tanto y desde dicha sentencia n. 127/1990 – que sería necesaria la presencia de cuatro requisitos: 1. ‘que el

---

<sup>473</sup> STC n. 3 de 21 de enero de 1988; STC n. 3 de 21 de enero de 1988.

<sup>474</sup> STC n. 127 de 5 de julio de 1990.

reenvío normativo sea expreso'; 2. que 'esté justificado en razón del bien jurídico'; 3. 'que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición'; 4. 'y sea satisfecha la exigencia de certeza o... se dé la suficiente concreción... y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada'. En efecto, ha establecido en el sistema jurídico español un concepto amplísimo de ley penal en blanco<sup>475</sup>.

A lo sumo, y aquí concordando con GERPE LANDÍN, "*los criterios que fija la Sala [en la STC 127/1990] son rigurosos en lo que afecta a la punibilidad pero pueden ser considerados excesivamente permisivos en relación con el presupuesto (al afectar a la ley únicamente 'el complemento al reglamento') y dogmáticamente discutible su fundamentación (al interpretar que el legislador, salvo en el citado 'núcleo', puede disponer libremente de una reserva constitucional)... Por muchas matizaciones que se hicieran, puede sostenerse que el Tribunal permite que en la regulación de determinados bienes jurídicos la reserva se devalúe, quedando como único límite sustantivo el respeto al núcleo esencial que parece debe implicar la no conciliación con la Constitución de regulaciones cuyo único presupuesto es el quebrantamiento del reglamento*"<sup>476</sup>.

Así que cabe a la doctrina, en su menester de construcción sistémica<sup>477</sup>, establecer los contornos ideales para la conformación constitucional de la leyes penales en blanco – que son realidades no más desechables en el Derecho penal de hoy –, desasiéndose de técnicas que 'funcionalicen' el bien jurídico penalmente relevante<sup>478</sup>, entretanto, sin amarrar dicha fórmula insoslayable de control de riesgos y de directivas de conducta.

---

<sup>475</sup> Cfr. *infra* 4.3.

<sup>476</sup> GERPE LANDÍN, Manuel. "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal". En: *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, año 1991, vol. III, p. 699.

<sup>477</sup> Cfr. *supra* 1.2.

<sup>478</sup> Cfr. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 230-234.

## **4 – EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA LEY PENAL EN BLANCO**

Sumario: 4.1 El principio de legalidad penal liberal; 4.2 El ‘nuevo’ principio de legalidad penal y la preeminente necesidad de remisión normativa. En especial el caso de las ‘leyes penales en blanco’; 4.3 El concepto de ley penal en blanco; 4.4 La justificación de la ‘ley penal en blanco’ como remisión estructural-limitativa. Toma de postura.

### **4.1 El principio de legalidad penal liberal**

El principio de legalidad es la mayor garantía del Estado de Derecho consagrado por las conquistas Iluministas del siglo XVIII, pues expresa, en primer lugar, una reacción contra la inseguridad jurídica y la arbitrariedad<sup>479</sup> que imperaba en el ámbito penal hasta el *Ancien Régime*, exigiendo, entre otras garantías, la certeza, la claridad, la anterioridad y la retroactividad, los límites precisos de la persecución estatal a los ciudadanos – culpables o no<sup>480</sup> –; y una actuación meramente interpretativa de los agentes estatales a quienes concierne la conminación legal.

La doctrina diverge cuanto al origen del principio de legalidad. Algunos, como MANZINI<sup>481</sup>, atribuyen el origen al período romano, con la sustitución de los Tribunales populares por los Tribunales de los jurados, afirmando la necesidad de expresa incriminación

---

<sup>479</sup> Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición (trad. Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Comares, 2002, p. 136-137; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 17; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 26; TAVARES, Juarez. “Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia” (trad. Francisco Muñoz Conde). En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XL, Fascículo III, año MCMLXXXVII, septiembre-diciembre, p. 762; BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema Penal* (compilación *in memoriam*). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 305-306; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 21; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 100.

<sup>480</sup> Importante es destacar en este sentido la lección de BECHARA: “A decir verdad, el principio de legalidad se dirige a la protección de individuos en relación a los cuales no es posible afirmar si son o no delincuentes, pues aún justamente esa es la única forma de contemplar el principio de legalidad en los que aún no fueron condenados. Se trata así, de un límite necesario, pues protege al débil (el ciudadano) frente al fuerte (el Estado), es la barrera del ciudadano frente al poder del Estado, que protege los demás derechos” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. “Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, julho-agosto de 2010, p. 141). En idéntico sentido en España: BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 46.

<sup>481</sup> *Apud* SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

de un determinado hecho para juzgarlo. Otros, como JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>482</sup> y MARQUES<sup>483</sup>, ponen en el Derecho ibérico dicha origen, netamente en la Edad Media por las declaraciones del Rey de León y de Galicia, Alfonso IX, en 1188. A su vez, un amplio sector doctrinal<sup>484</sup> suele apuntar también la Edad Media, sin embargo en relación a otro antecedente histórico: la *Magna Charta Libertatum* del Rey Juan Sin Tierra, de 1215, al consagrar que ‘ningún hombre puede ser detenido o privado de su propiedad sino por el juzgamiento de sus pares o por la ley de la tierra (*law of the land*)’. La mayoría de la doctrina, no obstante, establece dicho origen en el movimiento Iluminista que resultó en las conquistas liberales de los fines del siglo XVIII<sup>485</sup>.

Sin embargo no haya unicidad en la doctrina, debemos dar la razón a FERRAJOLI<sup>486</sup> cuando atribuye el origen remoto del principio de legalidad a la época romana (*‘poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est’*), entretanto, distinguiéndolo del llamado principio de estricta legalidad, que sí reclama su origen al movimiento iluminista de los siglos XVII y XVIII. El maestro italiano afirma que

---

<sup>482</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo II, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 384.

<sup>483</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, volume I, 1ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 1997, p. 181-182.

<sup>484</sup> Cfr. ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*, segunda edición (anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino). Madrid: Akal, 1986, p. 109; BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, tomo 1º, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, p. 206-207; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 21-22; NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 82; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 17 y 25.

<sup>485</sup> Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición (trad. Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Comares, 2002, p. 140; RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, parte general*, decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 176; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal - parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 105; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, parte geral*, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 165-166; TAVARES, Juarez. “Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia” (trad. Francisco Muñoz Conde). En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XL, Fascículo III, año MCMLXXXVII, septiembre-diciembre, p. 762; LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 18-19; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 137; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 149; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, parte geral*, 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 20.

<sup>486</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2ª edição (trad. Sica/Choukr/Tavares/Gomes). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 352. En semejante sentido: SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, vol. I, 10ª. reimpresión total (actualizador Guillermo J. Fierro). Buenos Aires: TEA, 1992, p. 135-136; CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, I, adenda a la 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2006, p. 198-199; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 141-142; STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal, parte general*, I (trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti). Navarra: Editorial Arazandi, 2005, p. 70-71; RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. “El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 162-163.

“a diferenciação entre sentido amplo e sentido estrito do princípio de legalidade penal... permite resolver, no plano historiográfico, as divergências entre aqueles que situam a afirmação do princípio na época antiga e aqueles que, ao contrário, consideram-no um produto moderno”, concluyendo – con lo que hemos de concordar – que “se pode afirmar que enquanto o princípio de mera legalidade remonta ao direito romano, o princípio da estrita legalidade é obra do pensamento iluminista”.

De otro lado, si tenemos que apuntar un nombre al cual remontar las bases del principio de estricta legalidad penal con que hoy manejamos, este nombre será CESARE BONESANA, el Marqués de Beccaria. BECCARIA, que en su obra *De los delitos y de las penas* – influenciado confesadamente por las lecciones de MONTESQUIEU y de ROUSSEAU – rotundamente ha advertido que “sólo 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”<sup>487</sup>. La positivación del principio, sin embargo, la debemos a las constituciones americanas de Filadelfia (1774), de Virginia y de Maryland (1776). Su famosa fórmula latina, ‘*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*’, fue acuñada por FEUERBACH, en su Tratado de Derecho Criminal y en desarrollo de su teoría de la coacción psicológica de la culpabilidad<sup>488</sup>, consagrada en el Código bávaro de 1813<sup>489</sup>.

El primer Código penal que consagra expresamente el principio de legalidad penal fue el Código penal de Austria, de 1787<sup>490</sup>. En Brasil, señala DOTTI que “é da tradição

---

<sup>487</sup> BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas* (trad. Juan Antonio de las Casas). Salamanca: Alianza Editorial, 1968, p. 34.

<sup>488</sup> “Si de todas formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, entonces deberá existir otra coerción junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole psicológica” (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* (trad. Eugenio Raúl Zaffaroni y Ilma Hagemeyer). Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 60). Más a delante, advierte el maestro alemán: “Toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible. De aquí surgen, sin excepción alguna, los siguientes principios derivados: I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada” (Op. ult. cit., p. 63).

<sup>489</sup> Cfr. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, I, adenda a la 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2006, p. 199/200.

<sup>490</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 142; REALE JR.,

legislativa brasileira que o principio da anterioridade da lei penal conste do primeiro artigo dos códigos penais”<sup>491</sup>, desde el primero Código penal genuinamente brasileño – el ‘Código Criminal do Império’ de 1830 que declaraba: ‘*Não haverá crime ou delicto sem uma Lei anterior que o qualifique*’ –, hasta el actual, datado de 1940, que establece en su artículo 1º que ‘*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*’, sí que lo tiene como principio magno.

En España, como afirma CEREZO MIR, dicho principio “*fue defendido por primera vez por Lardizábal, aunque aceptaba solo parcialmente la tesis del contrato social y rechazaba el principio de división de poderes*”<sup>492</sup>. Hoy, el actual Código penal español, en su artículo 1º, establece que ‘*No será castigada ningún acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración*’, bajo la expresa consagración constitucional contenida en el artículo 9.1 – ‘*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*’ – y en el artículo 9.2 – ‘*La Constitución garantiza el principio de legalidad*’ –; también así, netamente para el ámbito penal, en el art. 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*’.

De hecho, y así nos alecciona SANTOS, “*o princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas, e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais (art. 5º, XXXIX, CR). O significado político do princípio da legalidade é expresso nas fórmulas de lex praevia, de lex scripta, de lex stricta e de lex certa, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de segurança da legislação penal*”<sup>493</sup>. En su actual y moderna concepción, abarca cuatro subprincipios: ‘*nulla*

---

Miguel. *Teoria do delito*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 164; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 66; CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, I, adenda a la 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2006, p. 200.

<sup>491</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal, parte geral*, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

<sup>492</sup> CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, I, adenda a la 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2006, p. 199-200.

<sup>493</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, parte geral*, 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 20.

*poena sine lege scripta, stricta, restricta o certa, y praevia*<sup>494</sup>; y de él aún se debe derivar otro: el *ne bis in idem*<sup>495</sup>.

ARROYO ZAPATERO<sup>496</sup>, en magnífico ensayo sobre el tema, reprocha la pobre formulación del principio tal cual está en el art 25.1 de la CE, la cual, críticamente, da márgenes para la duda, por no hacer plasmaciones sobre todos los citados subprincipios, sino sólo referirse a la irretroactividad. Según el mencionado autor, incluso el término 'legislación' daría lugar a dudas, pues no se sabe bien si el rango será penal o administrativo para determinar la tipificación; y a guisa de conclusión establece: "*Es necesario, en consecuencia, proceder a una interpretación del artículo 25.1 de la Constitución, en base a la consideración de otros preceptos de la misma, a los principios que inspiran y a los tratados internacionales ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución española), para, sobre todo ello, ofrecer una formulación completa del principio de legalidad penal, que, en la medida de lo jurídicamente posible, comprenda todas las garantías mencionadas anteriormente que se estiman constitutivas o integrantes del mismo*"<sup>497</sup>. Lo mismo pasa en Brasil, donde el art. 5º de la Constitución de 1988, incisos XXXIX y XL, se limita a establecer respectivamente que '*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*' y que '*A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*'.

A par de dichos matices, es innegable que las legislaciones modernas, nacionales e internacionales, vienen consagrando – en mayor o menor medida – el principio de legalidad

---

<sup>494</sup> Así señala ROXIN: "Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de 'prohibiciones', de las cuales las dos primeras se dirigen al Juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas" (ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 140). En dicho sentido se ha posicionado el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia n. 127 de 5 de julio de 1990. Así también lo sostiene GERPE LANDÍN, Manuel. "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal". En: *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, año 1991, vol. III, p. 689.

<sup>495</sup> A propósito, vaticina VICENTE MARTÍNEZ que "es positiva la creencia de que el principio de legalidad penal propio de un Estado democrático de Derecho incluye en su seno la prohibición de todo exceso por parte de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*; exceso en el que se incurriría, indudablemente, de imponerse a una persona un doble castigo por unos mismos hechos y con idéntico fundamento, ya que la función de garantía de la libertad individual que está llamado a cumplir el derecho contenido en el artículo 25.1 de la Constitución española se vería francamente distorsionada o rebajada si se admitiera la posibilidad de limitar dicha libertad más allá de lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido de evitación de comportamientos socialmente nocivos" (VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 76).

<sup>496</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 3, n. 8, mayo-agosto de 1983, p. 10-11.

<sup>497</sup> Así también lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional español en la Sentencia n. 3 de 21 de enero de 1988.

sobre la base en que fuera erigido por el movimiento Ilustrado<sup>498</sup>. No por casualidad, tenemos en las más importantes Cartas de Derechos de la humanidad su consagración: artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789<sup>499</sup>; artículo 10.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948<sup>500</sup>; artículo 7.1 de la Declaración del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950<sup>501</sup>; artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966<sup>502</sup>; artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 7 de noviembre de 1969<sup>503</sup>; artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998<sup>504</sup>; y artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000<sup>505</sup>.

---

<sup>498</sup> Sin embargo, advierte LUISI que “em alguns Códigos em vigor a Reserva Legal continua não prevista. É o caso dos Códigos Penais da China, da Albânia e da Coréia do Norte. E também dos Códigos Penais da Dinamarca e da Groelândia. Embora nesses países nórdicos o princípio tenha vigência por força de decisões judiciais” (LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 21).

<sup>499</sup> Artículo 8º, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789: ‘La Ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado si no es en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente’.

<sup>500</sup> Artículo 10.2 de la Declaración universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948: ‘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’.

<sup>501</sup> Artículo 7.1 de la Declaración del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950: ‘Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no puede ser impuesta una pena más severa que la que era aplicable en el momento en que se cometió la infracción’.

<sup>502</sup> Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966: ‘1. 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; 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional’.

<sup>503</sup> Artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 7 de noviembre de 1969: ‘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’.

<sup>504</sup> Artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998: ‘1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte; 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena; 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto’.

<sup>505</sup> Artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000: ‘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 el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta’.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que cuando hablamos aquí del principio de legalidad lo debemos hacerlo ‘en’ y ‘para’ el ámbito penal, lo que FERRAJOLI<sup>506</sup>, verbigracia, denomina de principio de estricta legalidad o segundo postulado del positivismo jurídico. A decir verdad, un desarrollo garantístico del primer postulado que sería el principio de mera legalidad aplicable al ordenamiento jurídico en general. En sus propias palabras, “*enquanto o princípio de mera legalidade, ao enunciar as condições de existência ou de vigência de qualquer norma jurídica, é um princípio geral de direito público, o princípio de estricta legalidade, no sentido que tem sido associado até o momento de metanorma que condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos e à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações, é uma garantia que se refere só ao direito penal*”<sup>507</sup>.

Y concluye el maestro italiano, en lo que debemos compartir: “*Efetivamente, somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos que a elas se aplicam. Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado ‘de direito’ do direito penal dos Estados simplesmente ‘legais’, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei... é essa a diferença que hoje marca o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico, entre direito penal mínimo e direito penal máximo*”.

De hecho, y lejos de ser concebido el principio de legalidad como una mera garantía formal – lo que la historia ha testimoniado, al inicio del siglo XX, en la Alemania nacionalsocialista y en la Rusia comunista<sup>508</sup> –, debemos concebirlo también como una

---

<sup>506</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2ª edição (trad. Sica/Choukr/Tavares/Gomes). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 349. En semejante sentido: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 269-273.

<sup>507</sup> En sentido semejante, pero utilizando otros términos – ‘principio de legalidad’ en vez de estricta legalidad para el ámbito penal y ‘reserva legal’ en vez de ‘mera legalidad’ para lo general –, así vaticina ZAFFARONI: “En tanto que el principio de legalidad tiene vigencia en el ámbito penal, el principio de reserva es aplicable a cualquier disposición de autoridad que tenga facultad de “obligar” o de “privar”” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 319).

<sup>508</sup> En la Alemania nacionalsocialista, mientras existiera formalmente el principio de legalidad, la búsqueda por la defensa del ‘sano sentimiento del pueblo alemán’ permitía la conminación penal a determinados hechos, *ab initio*, atípicos, por analogía a otros delitos formalmente previstos en ley (cfr. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 45; LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 20). La conocida Ley Van der Lubbe, incluso, ha permitido la conminación de la pena capital a hechos pretéritos, menoscabando el subprincipio da irretroactividad penal (cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho*

garantía material del ciudadano frente a eventuales abusos del Estado en su menester de control social. Y es más: “*El principio de legalidad debe, sin embargo, alcanzar toda la política criminal, desde el momento de creación del delito y de la respectiva pena (garantía criminal y penal), hasta el momento de la aplicación de la ley al caso concreto (garantía jurisdiccional) y al de la ejecución de la pena (garantía de ejecución)*”<sup>509</sup>.

A su vez, la mayoría de la doctrina<sup>510</sup> suele reconocer una doble fundamentación del principio de legalidad – político-democrática, externa, formal o específicamente de carácter político, y político-criminal, interna, material o específicamente de carácter penal o jurídico –, lo que en conjunto aseguraría al ciudadano derechos y garantías frente a eventuales arbitrios punitivos del Estado (vinculación a las leyes, representación democrática,

---

*penal*, tomo II, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 509-516; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal*. Madrid: Iustel, 2012, n.p.p. 78-79; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 380-386; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 62). En el Derecho penal soviético, igualmente se admitió a su tiempo la analogía *in malam partem* y la retroactividad gravosa (Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo II, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 503-509; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 386-391; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O principio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140-141). Según el vaticinio de REALE JR, “o menosprezo ao formalismo, no campo penal, alcança o seu ponto culminante no direito soviético, com a aceitação de que, mesmo ocorrendo a adequação típica, e embora estejam presentes formalmente as características prescritas na lei, pode o fato não ser delituoso, se dele não decorrer perigo ou conseqüências danosas ao Estado soviético e ao regime da ditadura do proletariado” (REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 29). Incluso el legislador brasileño, en su momento, ha flexibilizado el principio de legalidad en aras de posibilitar la retroactividad de una ley penal. Verbigracia, el Decreto-Lei n. 4.766, de 1º de outubro de 1942, que “Define crimes militares e contra a segurança do Estado, e dá outras providências”, estableció en el artículo 67 que “esta lei retroagirá, em relação aos crimes contra a segurança externa, à data da ruptura de relações diplomáticas com a Alemanha, a Itália e o Japão”.

<sup>509</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. “Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, julho-agosto de 2010, p. 140. Así también: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 35; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 32; RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. “El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 169. También así el Tribunal Constitucional español lo ha consagrado dicho principio desde la Sentencia n. 89 de 2 de noviembre de 1983.

<sup>510</sup> Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 167-168; ARROYO ZAPATERO, Luis. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 3, n. 8, mayo-agosto de 1983, p. 12; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O principio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 269-273; GERPE LANDÍN, Manuel. “Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, año 1991, vol. III, p. 687; VELÁSQUEZ V., Fernando. *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 58-59; RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. “El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 166; entre innúmeros otros.

prevención general, culpabilidad, etc.<sup>511</sup>). El propio Tribunal Constitucional español en reiteradas veces así lo concibe su fundamentación<sup>512</sup>.

Otros, como BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros<sup>513</sup>, VICENTE MARTÍNEZ<sup>514</sup> y DEMÉTRIO CRESPO<sup>515</sup>, profesan un tercer fundamento del moderno principio de legalidad penal, un fundamento institucional, tutelar del ciudadano, de protección del individuo frente al Estado, por lo cual aquél debe tener garantías frente a la indebida injerencia de éste último en su esfera de libertad. De ahí irradian otras garantías insoslayables en un Estado social y democrático de Derecho, como la necesaria retroactividad *in bonam partem*, y su doble cara: irretroactividad de lo que fuera más grave a la libertad del reo, investigado o condenado; la intervención mínima, el *ne bis in idem*, la prohibición de la analogía *in malam partem* y de la interpretación extensiva, así como la necesidad de interpretarse de manera restrictiva todo lo que busca la disminución del estado de libertad o de los derechos de los individuos, valiéndose, también cuando necesario, de la analogía *in bonam partem*<sup>516</sup>.

Debemos, dada su relevancia, traer aquí, *in verbis*, la reflexión de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE<sup>517</sup> y otros sobre dicha función tutelar del individuo: “*El principio de*

---

<sup>511</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 144-147. En semejante sentido: LOZANO BLANCO, Carlos. *Tratado de derecho penal español*, tomo I. Barcelona: J.M. Bosch, 2004, p. 143.

<sup>512</sup> Por todas, véase la Sentencia n. 42 de 7 de abril de 1987, en la cual el Tribunal Constitucional español asentó que “el derecho fundamental [de legalidad] así enunciado incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora”.

<sup>513</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal*, 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010, p. 48-49.

<sup>514</sup> Cfr. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 31.

<sup>515</sup> Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Constitución y sanción penal”. En: *Revista Libertas*, n. 01, junio-2013, p. 74-75.

<sup>516</sup> Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 3, n. 8, mayo-agosto de 1983, p. 10.

<sup>517</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal*, 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010, p. 49. Como recalca ARROYO ZAPATERO: “El principio de legalidad despliega sus efectos también, y muy singularmente, en el ámbito del método jurídico: en la interpretación y en la construcción sistemática” (“Fundamento y función del sistema

*legalidad no es sólo expresión de la división de poderes (fundamento democrático-representativo) y del sentido material-racional de las normas penales (fundamento político-criminal), sino que también es expresión política de la garantía del ciudadano y de sus derechos fundamentales frente a la privación general – o, mejor, valor superior del Ordenamiento en el sentido del art. 1.1. CE – de máxima libertad”. Y es más: el principio de legalidad termina por denotar “un fundamento tutelar del individuo, o sea que favorezcan al ciudadano, en principio objeto de intervención penal” y “por eso resulta legítima la analogía a favor del reo y la aplicación retroactiva de Leyes penales más favorables, así como también por este fundamento tutelar debe considerarse como integrante del contenido del principio de legalidad la prohibición del castigo de la misma conducta más de una vez (bis in idem)”.*

En efecto, el principio de legalidad penal, más allá de su necesaria concepción de garantía formal de sujeción del poder ante el núcleo indisponible de las libertades y derechos de los individuos, debe buscar una limitación efectiva – y se necesario casuística – para limitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo del Estado. Debe exigir, al lado de la normatización expresa de todas las actuaciones persecutorias del Estado, garantías materiales de salvaguardia de valores básicos como la libertad y la igualdad, porque solo así restará legitimado el control social formalizado<sup>518</sup>. Solamente así alcanzaremos lo que a su vez ZAFFARONI ha reclamado como los tres principios más importantes que uno debe tener en cuenta en cualquier análisis de la ley penal: “*La proscripción de la integración analógica, la comprensión restrictiva como criterio orientador primario y la intrascendencia de la pena*”<sup>519</sup>.

A su vez, debemos tener en cuenta que estamos ante una realidad muy distinta de la que fundamentó los ideales ilustrados, y que reclama, por ello, un ‘nuevo’ principio de legalidad<sup>520</sup>. Tal vez no una flexibilización tal y cual los adeptos del ‘Derecho Penal del

---

penal: El programa constitucional de la Constitución”. En: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Toledo, año 1987, p. 97-110).

<sup>518</sup> DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 23-24.

<sup>519</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 302.

<sup>520</sup> Como bien advierte ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “en lo que hay que aguzar la imaginación es en diseñar un sistema de imputación penal que, sin renegar de las garantías fundamentales, sea realmente eficaz en la función social del instrumento penal como contenedor de riesgos” (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª edición. Navarra: Editorial Arazandi, 2009, p. 83).

Riesgo' han buscado<sup>521</sup>; pero sí que debe de ser diferente un Derecho penal de un Estado que pretende activamente fomentar el desarrollo de la persona humana y una igualdad material entre sus ciudadanos<sup>522</sup>. De gran importancia, de todos modos, es un estudio de los reflejos de dicho 'nuevo' principio de legalidad para la técnica legislativa ora estudiada, a menudo porque si se acepta con los marcos estrictamente liberales, por supuesto que no tendría lugar una remisión estructural, mismo que limitativa, y con mucho más razón cuando sea una ley penal en blanco propia, con su necesaria remisión a dispositivos de rango infralegal<sup>523</sup>.

#### **4.2 El 'nuevo' principio de legalidad penal y la preeminente necesidad de remisión normativa. En especial el caso de las 'leyes penales en blanco'**

Como vimos, las "nuevas realidades" de la dicha 'Sociedad del Riesgo Global', la necesidad de un 'Derecho penal de hoy', hacen que transitemos un cauce de imprecisiones terminológicas y de incertidumbre principiología, a menudo en el menester de los discursos jurídicos<sup>524</sup>. 'Viejos problemas', como los planteados por el principio de legalidad clásico, conviven con 'nuevas realidades', como las necesidades de tutela de determinados bienes jurídicos que ahora recaban el interés penal. Asimismo, como profesora ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, "*las consecuencias [de estos nuevos tiempos] en el Derecho Penal material son importantes, pues desplaza la determinación del injusto a otras ramas del ordenamiento jurídico y propicia la utilización de leyes penales en blanco, con especiales restricciones en la taxatividad de las incriminaciones*"<sup>525</sup>.

A decir verdad, los constantes cambios y las necesidades crecientes de tutela ya exhaustivamente tratados hacen que la mirada a otros terrenos jurídicos sea inevitable<sup>526</sup>. A su vez, los 'viejos problemas' (necesidad de certeza, de construcción democrática de los tipos penales, de que el dispositivo penal sea revelador *per se* del comando normado, etc.)

---

<sup>521</sup> Cfr. supra 3.1.

<sup>522</sup> Cfr. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 35.

<sup>523</sup> Tal concepción liberal del principio de legalidad, incluso, choca con la propia justificación del empleo de dicha técnica, pues la necesidad de evitar el anquilosamiento de la normativa en determinados ámbitos y la propia protección de bienes jurídicos supraindividuales e institucionales restarían comprometidas. Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 50-54; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 17-18; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.135-137.

<sup>524</sup> Cfr. supra 3.2.

<sup>525</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª edición. Navarra: Editorial Aranzandi, 2009, p. 81.

<sup>526</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*, 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001, p. 25-26.

confrontados por el Iluminismo retornan ahora con más fuerza. Dichos ‘viejos problemas’ terminan siendo exponenciados por el grado de avance tecnológico alcanzado por la humanidad, de manera que por ello – y a través de él – los límites de la inseguridad son reforzados en aras de un mayor y más eficiente control social. Y aquí es donde se pone de manifiesto el problema ora tratado de las leyes penales en blanco – también un ‘viejo problema’, ya identificado hace décadas por BINDING<sup>527</sup> –, pues de hecho la multitud de disposiciones penales que se sirven de dicha técnica nos hace repensar acerca de la aplicabilidad de las bases principiológicas de antaño.

En efecto, no se puede pensar en las leyes penales en blanco sin objetarlas con el principio de legalidad. Como bien sabemos, la necesidad de aseguramiento de libertades consagradas en la Constitución hace con que el legislador, tras garantizar la legalidad en su sentido formal – como necesidad de ley para la restricción de derechos y garantías –, lo haga también en su concepción material, como búsqueda de su legitimación en el seno social, garantizando en ello la seguridad jurídica para la tutela de relaciones intersubjetivas de los ciudadanos. De ahí se extraen los susomencionados corolarios del principio de legalidad, objetivados en los conocidos axiomas *lex praevia*, *lex restricta* o *certa*, *lex scripta*, *lex stricta* y *ne bis in idem*<sup>528</sup>. Todo ello siempre en aras de establecer baremos para el binomio libertad ciudadana/seguridad social<sup>529</sup>.

¿Pero dichos enunciados están o pueden estar aún vigentes en la actual ‘Sociedad del Riesgo Global’? ¿Están abarcados en el denominado ‘Derecho penal de hoy’? ¿El propio principio de legalidad sigue estando vigente como en los áureos tiempos del Derecho penal

---

<sup>527</sup> Cfr. *infra* 4.3.

<sup>528</sup> Sobre el corolario del *ne bis in idem*, y lo mismo pasa con el de la retroactividad beneficiosa, no es pacífico en la doctrina penal – y tampoco en la jurisprudencia – que pertenezca o que sea subsumible directamente del principio de legalidad penal. Sin embargo, por su naturaleza garantística y tutelar del individuo, así lo concebimos, como fundamentadamente intentaremos sostener *infra* en las subepígrafes 6.2 y 6.3.

<sup>529</sup> A propósito, asevera SILVA SÁNCHEZ que “manifestaciones de la situación de conflictos de fines se advierten ya en las concepciones acerca de la propia configuración formal de los preceptos penales. Desde la perspectiva de la prevención, pueden ser satisfactorias redacciones no muy determinadas, que se adapten con flexibilidad a las necesidades cambiantes de la sociedad. Sin embargo, es evidente que la seguridad jurídica de los ciudadanos requiere justamente lo contrario, la mayor precisión. En el plano doctrinal, se advierte en la actualidad una gran insistencia en la necesidad de otorgar un papel predominante al aspecto garantístico, reduciendo las remisiones a fuentes extralegales o la ambigüedad de los términos legales al mínimo estrictamente necesario”, y añade en lo que concordamos: “Existe acuerdo en que debe optarse, en todo caso, por las modalidades de formulación que, atendiendo a la seguridad jurídica en la mayor medida, no desatiendan el aspecto de las necesidades de protección” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, n.p.p. 285). En semejante sentido: VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 730.

liberal?<sup>530</sup> También las respuestas merecen un detenimiento, empero, tarde o temprano, uno llegará a ellas solamente con vistas al modelo de Estado que se adopte. A decir verdad, si se adopta y consagra – como en el caso español y en el caso brasileño – un Estado social y democrático de Derecho, creemos que no cabe dudas de que dicha ‘Sociedad del Riesgo Global’ no puede sencillamente defenestrar una garantía básica del ciudadano, como el principio de legalidad que, por tanto, debe seguir conformando estructuralmente el aparato represor del Estado. Sin embargo, los moldes de un Estado social son diferentes del liberal – para empezar, los individuos ahora son individuos sociales –, a menudo su finalidad activa, fomentadora de situaciones y de garantías mínimas para el desarrollo de la personalidad humana; y eso hace con que los extremismos sean abandonados y una conformación sistémica que mantenga el máximo de libertad dentro de un mínimo de seguridad<sup>531</sup> se presente como el utópico fin de la Ciencia del Derecho<sup>532</sup>.

En este escenario, en palabras de LUISI, “*ao Staats Recht sobreveio o Staat Sozial. Este, ao contrário de seu antecedente liberal, exerce uma função ativa, sendo o poder eminentemente participativo, exercendo múltiplas funções e atividades. E por via de conseqüências, aparece uma legislação disciplinadora desses novos e variados afazeres do Estado, que pela variedade e números dessas tarefas, implicou no surgimento de normas elásticas, amplamente abrangentes, que dão ao executivo e ao legislativo uma larga discricionariedade, posto que esta faixa discricionária enseja formas diferenciadas de entendimento com conseqüências na sua execução e na sua aplicação. Também nos quadros do Estado Democrático Social a própria concepção do homem adquiriu uma nova conotação. O ‘individuo’ iluminista, foi substituído pela ‘pessoa’ que não é apenas titular de direitos, mas que por viver em sociedade tem deveres para os seus consociados, e para a*

---

<sup>530</sup> A propósito, rotundamente advierte FIGUEIREDO DIAS que “para tutela destes ‘novos’ ou ‘grandes’ riscos – afinal, dos riscos que ameaçam as gerações futuras e que suscitam ao direito penal, no exacto dizer de Shüller-Springorum a propósito do direito penal do ambiente, problemas de ‘mega dimensões’ – não está o direito penal que cultivamos, de dedicada vertente liberal, suficientemente preparado” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 159). Así, también, COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 39.

<sup>531</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique. “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal”. En: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 80.

<sup>532</sup> Como advierte MIR PUIG, “el Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. El Estado social, en cambio, supone el intento de derribar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en motor activo de la vida social” (MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p. 32).

*sociedade como um todo, titular de seus próprios direitos, de natureza transindividual e coletiva*”<sup>533</sup>.

De hecho, dicha contradicción entre Estado social y Estado liberal no existe tal y como se plantea<sup>534</sup>. A nuestro parecer, ambos poseen el mismo desiderátum – el desarrollo de la persona humana –, pero con miradas diferentes – buscándole, respectivamente, desde el Estado o desde el ciudadano individualmente considerado, de *per se* –; y eso hace con que una sistematización y un replanteamiento de los valores de antaño sea posible para mantener las libertades personales, sin intervenciones innecesarias por parte del Estado.

No por otro motivo, y aquí ya ciñendo el tema a nuestro objetivo, vaticina LOPES que “*o princípio nullum crimen sine lege, resultado de uma laboriosa conquista da cultura humana, não pode ser considerado como a culminação de um processo fechado e concluído definitivamente*”<sup>535</sup>, sino que debemos tener en cuenta la necesidad de su reconfiguración en aras de garantizar uno de los principales ideales del propio movimiento ilustrado: la libertad.

Así que, CARVALHO, en lo que compartimos, asevera que “*existem, desde uma visão garantista, condições de flexibilização da legalidade via interpretação material, conformando o que se poderia denominar dogmática penal garantista... Não se pode esquecer a utilidade prática, por exemplo, da clássica fórmula de analogia in bonam partem*”<sup>536</sup>. Debemos añadir que de esto depende la pervivencia del principio de legalidad penal liberal, pero ahora con otros colores: con la mirada hacia la mayor libertad del individuo, pero no del individuo aislado, sino del individuo en sentido colectivo, en aras de garantizar una prestación estatal efectiva, que garantice con un mínimo necesario el máximo posible para los demás.

---

<sup>533</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 30.

<sup>534</sup> “Em verdade entre o princípio da legalidade dos delitos e das penas, e as exigências do estado social não existem reais incompatibilidades. Os ditos Estados democráticos sociais tem inarredáveis compromissos com os valores pregados pelo pensamento iluminista, principalmente a liberdade. E para resguardo do postulado da legalidade penal sem prejuízo da proteção penal dos bens coletivos e da justiça universal, basta, como ensina F. Palazzo, que o ‘legislador saiba traduzir em leis precisas os valores e interesses substanciais’ cuja tutela se propõe” (LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 31)

<sup>535</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 35.

<sup>536</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 87.

Es en este escenario en el cual BRICOLA y MANTOVANI<sup>537</sup>, aunque sostengan la necesidad de mantener la reserva de ley, de dar primacía al principio de legalidad en la estructura persecutoria estatal, lo hacen no más de manera absoluta, sino relativa<sup>538</sup>. En las palabras del primero, dicha legalidad relativa “no implica que la ley discipline total y minuciosamente la disposición normativa, como en el caso de la reserva absoluta, sino que, aun dejando un amplio espacio a las intervenciones del poder ejecutivo, exige que tales intervenciones sean autorizadas por el legislador con ‘suficiente determinación’ de los principios y criterios para el ejercicio del poder discrecional”<sup>539</sup>.

Así igualmente lo sostiene GRAU para quien: “O princípio da legalidade expressa reserva da lei em termos relativos (= reserva da norma), razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule... Resta evidenciado, desta sorte, não importar ofensa ao princípio da legalidade inclusive a imposição, veiculada por regulamento, de que alguém faça ou deixe de fazer algo, desde que isso decorra, isto é, venha, em virtude de lei”<sup>540</sup>.

Para asegurarse una tutela penal de bienes jurídicos colectivos, institucionales, como suele ocurrir en nuestros días, no nos parece sostenible una reserva de ley tal y cual lo

---

<sup>537</sup> Apud LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 22.

<sup>538</sup> SANTANA VEGA habla, otrosí, de “reserva de campo de materia” y de “reserva de campo de disciplina”, a lo que, en sentido amplio, llamamos respectivamente de ‘reserva absoluta’ y ‘reserva relativa’ (SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 37-38).

<sup>539</sup> BRICOLA, Franco. *Teoría general del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 163. Así también lo enseña SANTANA VEGA: “La primera [reserva absoluta] supone que el Poder Legislativo, estatal o autonómico, no puede realizar una delegación de sus competencias exclusivas. Por el contrario, en la reserva relativa tal delegación es lícita siempre que se cumpla determinados requisitos establecidos por el órgano delegante” (SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 38). Así también ARROYO ZAPATERO: “La extensión de la reserva se suele resolver en base a la distinción ente dos clases de la misma, absoluta y relativa, en la que la segunda admite la remisión a reglamentos de ejecución o desarrollo de la ley... La opinión común estima que la reserva de ley ordinaria del 53.1 es una reserva relativa, es decir, admite que la ley reguladora llame al reglamento para desarrollar su contenido normativo o para organizar la ejecución de la ley” (ARROYO ZAPATERO, Luis. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 3, n. 8, mayo-agosto de 1983, p. 31). En lo sumo, dicho principio de legalidad relativo establece “que actos de la autoridad pública de jerarquía inferior a la ley no pueden crear delitos ni penas. Lo que no impide que ellos operen de manera complementaria en el sistema penal como ocurre normalmente en el caso de los reglamentos” (RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. “El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 170-171). En Brasil: LOBATO, José Danilo Tavares. “Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 123.

<sup>540</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 246-247.

plantearon los festejados jusfilósofos del Iluminismo<sup>541</sup>. De hecho, “*esta perspectiva de no negarse de plano a la adaptación del Derecho penal a las nuevas necesidades de protección que surjan... pero exigiendo de forma irrenunciable el mantenimiento de las bases garantistas del sistema que conforman el modelo del Derecho penal de garantías, parece la vía más correcta para enfocar la solución a las cuestiones que centran la polémica en la actualidad*”<sup>542</sup>; e indefectiblemente, por lo tanto, coincidiendo con PALAZZO, “*la legalidad no muere pero si se transforma, requiriéndole al jurista un nuevo empeño*”<sup>543</sup>.

De hecho, un importante sector doctrinal advierte que la técnica analítica de indicar el deber jurídico de actuar sin una pormenorización de la conducta en determinados ámbitos satisface, en la medida de lo posible, las exigencias de la reserva de ley, pues existen determinados ámbitos necesitados de tutela penal de tal modo normatizados que una comprensión rígida o absoluta de aquél principio desvelaría la imposibilidad de la dirección de la acción debida o, incluso, la imposibilidad de efectivamente tutelarlos<sup>544</sup>. Con mayor razón ello justifica el uso de la técnica denominada de ley penal en blanco, más garantística que otros modelos de remisión normativa como, por ejemplo, los elementos normativos jurídicos del tipo o las cláusulas indeterminadas<sup>545</sup>.

El Tribunal Constitucional español ha adoptado dicha posición relativa del principio de legalidad. Verbigracia, en la Sentencia n. 3 de 12 de enero de 1998, ha establecido que “*el art. 25.1 C. E. comprende una doble garantía: La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones*

---

<sup>541</sup> Cfr. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 212-124; SILVA, Pablo Rodrigo Afllen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.135; CARVALHO, Érika Mendes de. “Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do ambiente”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 92, set/out 2011, p. 302.

<sup>542</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 189. En semejante sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 190-192; SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 213-214.

<sup>543</sup> PALAZZO, Francesco. “La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de regla iuris (trad. Irene Melero Sánchez y Susana Barón Quintero)”. En: *Revista Penal*, Valencia, n. 25, janeiro de 2010, p. 116.

<sup>544</sup> Cfr. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 139.

<sup>545</sup> Cfr. PÉREZ ÁVAREZ, Fernando. “Alimentos transgénicos y derecho penal. Apuntes para una reflexión”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen II. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 472-473; ARROYO ZAPATERO, Luis. “Derecho penal económico y Constitución”. En: *Revista Penal*, Barcelona, año 1, número 1, enero de 1998, p. 10.

administrativas, se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, y la segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de aquellas sanciones”, además, “ha confirmado que es necesario, para cumplir con lo querido en el art. 25.1 C. E., que se predeterminen en la norma legal, las conductas ilícitas y las correspondientes sanciones... El art. 25.1 C. E., pues, prohíbe la remisión al reglamento que «haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (STC 83/1984, de 24 de julio) (RTC 1984\83), pero no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora”.

A decir verdad, es irrepreensible la lección de ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR<sup>546</sup> cuando advierten que “es verificable que ninguno de los principios que se mencionan como limitadores del poder punitivo reconoce realización absoluta”, pues “si todos ellos se enunciasen de modo absoluto, sería menester reconocer su violación cotidiana”. En días de hoy, añadimos: si el principio de legalidad fuera considerado de manera absoluta, volveríamos a un Estado de Derecho puro y duro como de antaño; y, de hecho, sería imposible garantizar por intermedio del Derecho penal un Estado social y democrático de Derecho como conformado tanto por la Constitución española, como por la brasilera<sup>547</sup>.

Ahora bien, que se acepte o no una relativización del principio de legalidad es, sin lugar a dudas, un importante punto de partida, pero está lejos de resolver los problemas dogmáticos planteados por la técnica legislativa estudiada. Al no aceptar dicha relativización, es decir, al mantener la posición clásica del principio de legalidad, no hay espacios para un remisión extralegal que sea estructural como suele ocurrir con las leyes en blanco<sup>548</sup>. Al revés, si se acepta dicha relativización, como nos parece el camino más correcto en la actualidad y con

---

<sup>546</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general*, segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 110.

<sup>547</sup> Véase, a propósito, la advertencia de MIR PUIG: “El ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático no puede arruinar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad. Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todos los ciudadanos. El Derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadano” (MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p. 37). En semejante sentido: GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito penal*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 631-632.

<sup>548</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.. *Derecho penal, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991, p. 140; GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 88-90; MESTRE DELGADO, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XLI, Fascículo II, enero-abril 1988, p. 517-518 y 526-527.

nuestras necesidades y ansias devenidas de un Estado social y democrático de Derecho, los límites en los que se relativizaría dicho principio pasa a ser el escollo a debatir – y con ello no se quiere decir que los límites formales para las decisiones normativas serían prescindibles, como, verbigracia, el límite español del rango de Ley Orgánica (art. 81.1 CE)<sup>549</sup> –, a menudo para compatibilizar dicha técnica legislativa con los corolarios *lex scripta, lex restricta* o *certa, lex stricta, ne bis in idem* y, principalmente, *lex praevia*.

### 4.3 El concepto de ley penal en blanco

El concepto “ley penal en blanco” surgió en Alemania en los albores del siglo XX, acuñado por BINDING<sup>550</sup>, cuando la ley del Imperio (*Bund*) dejaba la determinación del supuesto de hecho de la ley – descriptora de la norma derivada punitiva – en manos de los Estados Federados (*Länders*) o de los Municipios<sup>551</sup>. Se concibe como una “autorización” o “delegación” por parte del órgano legislativo superior respecto de órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es sólo válida por virtud de la autorización concedida por la ley penal en blanco. Para el maestro alemán, “*en ellas el tipo de tales leyes penales no repite la definición del comportamiento prohibido por la norma, al contrario, existe un Blankett cuyo contenido se encuentra en las normas el cual, a través de las diferentes disposiciones de la más diversa procedencia, es completado y puede sobrevivir sin modificaciones al cambio de la norma*”<sup>552</sup>.

Al contrario de BINDING, MEZGER<sup>553</sup> aseveraba que “*por leyes penales en blanco, entendemos, en cambio, aquellos tipos que en la forma externa... remiten a complementos que se encuentran fuera de ellos. Esta técnica legal es frecuente en las leyes jurídico-penales accesorias*”, distinguiéndolas en ‘leyes penales en blanco en sentido amplio’ – “*en las cuales*

---

<sup>549</sup> Vale la pena repetir la advertencia de GRAU: “Note-se bem que acatar o princípio da legalidade, no quadro integrado pelos regulamentos, é só admitir o exercício de potestade regulamentar prévia e normativamente (= por lei) atribuída ao Executivo” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 251).

<sup>550</sup> Según JIMÉNEZ DE ASÚA, BINDING puso en “circulación las expresiones leyes en blanco (*Blankettstrafgesetze*) o leyes abiertas (*offene Strafgesetze*) para denominar aquellas leyes penales en las que está determinada la sanción, pero el precepto a que se asocia esa consecuencia no está formulado más que como prohibición genérica, que deberá ser definido por un Reglamento o por una orden de la autoridad, incluso por una ley presente o futura” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo II, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 348-349).

<sup>551</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 24 y ss.

<sup>552</sup> *Apud* SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 15-16.

<sup>553</sup> Cfr. MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. José Arturo Rodríguez Muñoz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 328-329; MEZGER, Edmundo. *Derecho penal, parte general*, libro de estudio (trad. Conrado A. Finzi). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 154.

*el necesario complemento está contenido en la misma ley o, por lo menos, en otra ley emanada de la misma autoridad legislativa” –, y en ‘leyes penales en blanco en sentido estricto’ – “en las cuales el necesario complemento está contenido en una ley emanada de otra autoridad legislativa, por ejemplo, una sanción penal establecida en una ley del Reich contra una infracción a normas del derecho de los Estados”. El primer caso – complemento establecido en la misma ley del precepto de remisión – es rechazado por parte de la doctrina, ante el argumento de que revela nuevas formulas de una misma realidad, pues, como apunta MIR PUIG, “es regla que sea preciso relacionar varios artículos del Código penal para obtener una norma”<sup>554</sup>. Con esto debemos concordar.*

De hecho, tampoco hodiernamente el concepto de ‘ley penal en blanco’ se presenta de manera unívoca en la doctrina, ora aceptándole en acepción estricta o restricta (remisión únicamente heteróloga), ora amplía (remisión heteróloga o homóloga, pero solamente heterovitelina y para una ley no-penal), algunos en amplísimos términos (remisiones homóloga o heteróloga y heterovitelina, incluso para otra ley penal)<sup>555</sup>, y, por fin, otros – siguiendo a MEZGER<sup>556</sup> – en híper-amplísimos términos (todas las remisiones, incluso homovitelina, es decir, para la misma ley penal); ora solamente en los preceptos primarios del enunciado penal (que definen el supuesto de hecho), ora también para los secundarios (que definen la sanción), estando lejos de establecerse un concepto unitario. A decir verdad, aunque autores como MESTRE DELGADO profesan que *“el concepto de leyes penales en blanco puede reservarse, como ya ha señalado la mejor doctrina, a aquellos preceptos en los que el legislador autoriza a otras instancias normativas para configurar la conducta susceptible de represión penal”*<sup>557</sup>; otros, como WARDA, aseveran que *“leyes penales en blanco son aquellas leyes penales que relacionan su amenaza de pena con un comportamiento descrito típicamente de manera total o parcial por otras fuentes jurídicas”*<sup>558</sup>.

---

<sup>554</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal - parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 67.

<sup>555</sup> Cfr. *infra* 3.1.1.

<sup>556</sup> MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. José Arturo Rodríguez Muñoz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 329.

<sup>557</sup> MESTRE DELGADO, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XLI, Fascículo II, enero-abril 1988, n.p.p. 507.

<sup>558</sup> *Apud* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008, p. 124; también: *apud* SCHÜNEMANN, Bernd. “Las reglas de la técnica en derecho penal” (trad. Manuel Cancio Meliá). En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, vol. 47, n 3, set/diez 1994, p. 311.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN<sup>559</sup>, concordando con el autor alemán, vaticinan que “*se entiende por norma penal en blanco aquella cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal*”. Y añaden que “*el hecho de que una vez sea una ley la que determine el supuesto de hecho y otra un reglamento no debe llevar a negar el carácter de norma penal en blanco de estos preceptos cuando la regulación del supuesto de hecho se encuentre en una ley, o a afirmarlo sólo cuando se dé una infracción reglamentaria*”. La mayoría de la doctrina rechaza aquél concepto estricto o restringido de ley penal en blanco, admitiéndole cuando la remisión sea para una fuente no-penal (concepto amplio) o simplemente para otro soporte físico (concepto amplísimo)<sup>560</sup>.

El concepto amplio es sostenido, por ejemplo, por autores como DOVAL PAIS<sup>561</sup> y ABANTO VÁSQUEZ<sup>562</sup>. Dichos autores, aunque no restrinjan el concepto a aquellos casos de remisión a enunciados jurídicos de rango inferior, lo hacen desde un punto de vista restrictivo de la fuente penal. Es decir, será ley penal en blanco tan sólo cuando la remisión fuera para un dispositivo extrapenal, pero no necesariamente extralegal.

No obstante, como hemos diciendo, algunos autores, partiendo del concepto amplio, sostienen uno más laxo para contemplar aquellos casos en que la remisión se genera entre preceptos de rango penal – uno que llamamos amplísimo –, no solamente para leyes de otras ramas; es decir, de ley penal para ley penal (¡pero no entre preceptos de la misma ley!). En este sentido, vaticina ANTÓN ONECA que “*se llaman leyes penales en blanco las que fijan la sanción, pero no el delito, cuya determinación se deja en todo o en parte a otra ley, a un*

---

<sup>559</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª edición. Valencia: Tirante lo Blanch, 2010, p. 38.

<sup>560</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. XVI, 1993, p. 423 y ss.; CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 38; DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 18-19; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 36 y ss.; TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas (trad. Antoni LLabrés Fuster)”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar 2002, p. 73; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 66; CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 151; ALPÍZAR CHAVES, Alberto. “Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza lex certa”. En: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 24, nov. 2006, p. 38; MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 227-228.

<sup>561</sup> Cfr. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 18.

<sup>562</sup> Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.. “El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, año, n. 9, 1999, p. 19 y ss..

reglamento o a una orden de la autoridad; de modo que el contenido puede sufrir modificación con la de estas fuentes, manteniéndose el Código intacto”<sup>563</sup>. Con pocos matices, ratifican dicha posición importante sector doctrinal<sup>564</sup>. También así JIMÉNEZ DE ASÚA, quien advierte que las leyes penales en blanco “*las aceptamos considerando aquellas que se remiten a otra ley, es decir, a la misma instancia legislativa, como casos impropios o lato sensu, y reservamos la estrictez o rigurosidad... para cuando el complemento corresponde a otro instancia legiferante o a la autoridad*”<sup>565</sup>.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y PÉREZ CEPEDA, de manera original, profesan una diferenciada clasificación para las leyes penales en blanco propias y/o impropias, siendo “*en sentido amplio o impropio, aquella norma cuyo complemento se halla contenido en la misma ley penal*” y “*en sentido estricto o propia, que comprende, a su vez, dos grupos de casos: Primero, aquellas en que el supuesto de hecho se complementa mediante una ley de igual rango... Segundo, aquellas normas que deben ser complementadas acudiendo a una disposición de rango inferior a la ley, como son los Reglamentos*”<sup>566</sup>.

A su vez, no son pocos los que rechazan el susodicho concepto amplio, y más rotundamente el concepto amplísimo. Debemos registrar, por primero, que los que defienden un concepto restringido de leyes penales en blanco, admitiéndolas como tal únicamente cuando el precepto remitido se trata de una disposición infralegal, siempre lo hacen con una mirada a

---

<sup>563</sup> ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*, segunda edición (anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino). Madrid: Akal, 1986, p. 108.

<sup>564</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 38/40; SCHÜNEMANN, Bernd. “Las reglas de la técnica en derecho penal” (trad. Manuel Cancio Meliá). En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, vol. 47, n 3, set/dic. 1994, p. 315-/316; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 73; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 66; KREBS, Pedro. “As normas penais em branco e a alteração de seu complemento – uma vez mais”. En: *Revista Ibero-Americana de Direito Penal*, Porto Alegre, v.2, n. 3, mai/ago de 2001, p. 76; CARVALHO JUNIOR, Almério Vieira de. “Da norma penal em branco”. En: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n 46, fev/mar 2012, p. 99; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*, vol. I, tomo I, 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 96. Así también lo sostienen importantes autores en España: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coord.); PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, tomo I. Madrid: Iustel, 2010, p. 44-45; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal*, parte general, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 115.

<sup>565</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo II, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 353.

<sup>566</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coord.); PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, tomo I. Madrid: Iustel, 2010, p. 45.

los problemas dogmáticos que plantean<sup>567</sup>. A propósito, profesora BACIGALUPO que “*la extensión del concepto de ley penal en blanco... no parece tener la menor trascendencia práctica, pues ninguno de los autores que toman parte en la discusión extrae de la ampliación del concepto de ley penal en blanco ninguna consecuencia que esté vinculada con la discusión. La disputa resulta, por lo tanto, puramente nominalista y de reducido interés dogmático*”<sup>568</sup>.

RODRÍGUEZ MOURULLO es aún más rotundo al afirmar que “*con esta ampliación del concepto llegan a confundirse leyes penales en blanco con leyes penales incompletas, nociones que deben ser mantenidas, sin embargo, como distintas... tampoco es correcto hablar de norma penal en blanco en aquellos casos en que una ley nace incompleta en espera de que sea completada por otra disposición jurídica del mismo o equivalente rango. Se tratará entonces del fragmento de una norma cuyas dos partes integrantes no han sido dictadas al mismo tiempo. Falta en estos casos una de las características esenciales de las normas penales en blanco, la remisión a una autoridad inferior a la que se faculta para que rellene el blanco, es decir, especifique el precepto*”<sup>569</sup>.

Parecen irremediables las críticas desferidas por la doctrina dominante cuanto al concepto híper-amplio, sin embargo, desde el punto de vista estructural, no nos parece aceptable que los conceptos estricto, amplio y amplísimo de leyes penales en blanco sean reducidos a problemas diferentes<sup>570</sup>. Es verdad que ellos percatan escollos competenciales diferenciados, a menudo en España, donde hay una división de materias competenciales específicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>571</sup>. Hay leyes, otrosí, que

---

<sup>567</sup> CASABO RUIZ, José R.. “La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. V, año 1982, p. 253-254; TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico, parte general y especial* (trad. Manuel A. Abanto Vázquez et al.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 102; COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.. *Derecho penal, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991, p. 139; CARBONELL MATEUS, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 118; entre otros. En Brasil: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O principio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 156-157.

<sup>568</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 158. En semejante sentido: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 122; GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, vol. I, tomo I, 4ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1972, p. 105.

<sup>569</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 1977, p. 88-89.

<sup>570</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 57; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, n.p.p. 430.

<sup>571</sup> Cfr. SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 59.

reportan la necesidad de complemento de las Directivas de la Unión Europea<sup>572</sup>; y otras leyes que reclaman un trámite específico de labor legislativo: las denominadas Leyes Orgánicas; pero “*cabe señalar que las remisiones... a leyes penales especiales se verían afectadas por los mismos problemas en materia de error que aquellas que remiten a normas extrapenales cuando la norma de remisión sirve a la definición total o parcial del supuesto de hecho*”<sup>573</sup>.

En efecto, y como bien enseña MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, “*resulta indiferente que dicha normativa [de complemento] se halle en leyes o disposiciones de rango inferior; a ello se agrega que tanto en uno como en otro caso se plantean idénticos problemas técnicos en materia de error sobre la normativa extrapenal y en materia de retroactividad de la ley más favorable cuando se modifica el contenido de la disposición extrapenal que rellena el blanco*”<sup>574</sup>. Y es más: tanto en las remisiones extralegales (concepto amplísimo), como en las extrapenales (concepto amplio), o, incluso, como en las infralegales (concepto restricto), los problemas como el rango de Ley Orgánica – en el caso que así lo exija, como ocurre en el ordenamiento español –, el *ne bis in idem* y el error, otrosí, suelen emerger<sup>575</sup>.

A su vez, debemos llamar la atención para otra fórmula de remisión que suele utilizar el legislador: tratase de la remisión de la consecuencia jurídica que a su tiempo JIMÉNEZ DE

---

<sup>572</sup> Sobre el tema, advierte RAMOS TAPIA que “la doctrina del TC puede resumirse así: a) La función de complemento de una ley penal en blanco puede ser realizada por una norma de las Comunidades Autónomas siempre que: haya sido dictada en el marco de las respectivas competencias de las Comunidades Autónomas; que no introduzca divergencias irrazonables ni desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen aplicable en otras partes del territorio; y, por último, que la norma autonómica constituya únicamente un elemento inesencial de la figura delictiva. b) También puede ser complemento de una ley penal en blanco, una norma aprobada por la Unión Europea, pues según el TC ‘una norma del Derecho Comunitario, en atención a su primacía en el ordenamiento interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si ésta exige para su complemento que tenga rango legal’ (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 116). Cfr., otrosí, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. “Hacia la internacionalización del derecho penal”. En: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. SANZ MULAS, Nieves (coord.). *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*. Granada: Comares, 2005, p. 53-58. Incluso ya MAURACH mencionaba dicha posibilidad remisiva a normas de complemento halladas en legislaciones supranacionales (MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. Juan Córdoba Roda). Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 98-99). No obstante, advierte FIGUEIREDO DIAS que “o regulamento [de la normativa supranacional] encontra-se no mesmo plano dos instrumentos legislativos nacionais não legitimados para criar proibições penais” (*Direito penal, parte geral*, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 173).

<sup>573</sup> FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 107.

<sup>574</sup> MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 226.

<sup>575</sup> En sentido semejante: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 67.

ASÚA<sup>576</sup> denominó de ‘ley en blanco al revés’<sup>577</sup>. El ‘revés’ citado por el maestro español es exactamente porque la doctrina suele acudir a la denominación de ley penal en blanco únicamente para los casos en que el legislador remite parte o todo del supuesto de hecho, la acción u omisión típicas y sus circunstancias; y, en aquellos casos identificados por JIMÉNEZ DE ASÚA, el precepto primario se encontraba intacto en la ley ‘en blanco’, faltando, entretanto, parte o toda la consecuencia jurídica que el interprete debería buscar en el precepto remitido.

La doctrina dominante suele defenestrar tal hipótesis de ‘ley en blanco’ porque se trataría de una mera técnica legislativa sin mayores importancias al preverse el precepto primario y dejar el secundario a cargo de una remisión al mismo cuerpo de ley. Así RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>578</sup> y MIR PUIG<sup>579</sup> sostienen que tal expediente no guarda similitud con la problemática emergida del fenómeno de las leyes penales en blanco. RODRÍGUEZ DEVESSA, verbigracia, califica de mera “*pereza legislativa*”<sup>580</sup>, sin mayores complicaciones doctrinales.

Ahora bien, dentro del concepto amplísimo antes defendido se denotan casos como en que el precepto remite a otro enunciado complementador su consecuencia jurídica, en los que la técnica puede ocasionar escollos interpretativos, tanto o más graves que aquellos antedichos, y que, desde luego, no pueden ser concebidos como mera técnica legislativa sin

---

<sup>576</sup> Según JIMÉNEZ DE ASÚA, “como caso interesante, y excepcional, que podríamos llamar de ley en blanco al revés, se ofrece aquel en que la parte no fijada es la pena, en vez de estar en blanco el tipo” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo II, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 352-353).

<sup>577</sup> CURY identifica cuatro hipótesis de ‘ley penal en blanco al revés’: 1. Remisión de la determinación de la pena a otra instancia legislativa de inferior jerarquía, “inadmisibles, tanto con arreglo al derecho positivo en vigor, como de acuerdo al principio *nulla poena* materialmente considerado; 2. Remisión de la determinación de la pena a otro de sus artículos o a una disposición que se encuentra en otra ley formal (sobre el mismo tipo de remisión), donde “ninguno de esos casos plantea problemas de admisibilidad constitucional, y respecto a ellos se puede decirse con justicia que solo constituyen un procedimiento técnico irrelevante”; 3. Remisión de la determinación de la pena a otro artículo de la misma ley o a disposiciones que se encuentran en otra ley formal respecto de un hecho punible distinto del que se tipifica en su precepto, lo que no obstante sea semejante al ejemplo anterior, no es lo mismo, siendo que “tales leyes en blanco ‘al revés’ pueden llegar indirectamente a suscitar problemas semejantes a los que originan las propiamente tales, poniendo en peligro el principio de determinación de los tipos penales”; 4. Remisión de la determinación de la pena a la consagrada en una ley extranjera, las cuales “son complemente inaceptables en el ámbito del ordenamiento jurídico positivo y, además, debe rechazárselas en principio” (CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 43-48).

<sup>578</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 1977, p. 88-89.

<sup>579</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 67.

<sup>580</sup> RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, parte general*, decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 186.

más<sup>581</sup>. En el ordenamiento penal brasileño, por ejemplo, tenemos la Ley del genocidio (Ley Federal n. 2.889 de 1º de octubre de 1956) que expresamente remite la consecuencia jurídica al Código penal, incluso para más de un precepto, a depender del bien jurídico afectado por la conducta prohibida<sup>582</sup>. Se trata de una ley penal en blanco homóloga, pero heterovitelina, es decir, donde se parte de la misma fuente emisora de enunciados jurídicos (el legislador central), pero con complementos ubicados en distintos vehículos introductores de normas jurídicas.

De hecho, el fenómeno de remisión de la consecuencia jurídica no puede ser sin más defenestrado como algo no aparejado con lo que se suele concebir como ley penal en blanco<sup>583</sup>. Como bien señala SILVA, “os problemas resultantes destas são muito mais graves, principalmente quanto à sua constitucionalidade”<sup>584</sup>, de manera que debemos aceptarlo y estudiarlo con el mismo ahínco y en la misma vereda de las demás hipótesis de ley penal en blanco. Tratase a toda evidencia de un caso de remisión de la consecuencia jurídica que está más allá de una pura y simple técnica legislativa sin mayores complicaciones<sup>585</sup>.

El propio ejemplo del que se vale JIMÉNEZ DE ASÚA para acuñar el concepto de ‘ley en blanco al revés’ no nos parece simple técnica legislativa, sino que más bien guarda estrecha similitud con los otros problemas planteados para las diferentes técnicas remisivas de las leyes penales en blanco (a menudo en su aspecto formal). El autor español, en verdad, cita el ejemplo de GRISPINI, en el que el “artículo 4º de la ley sobre ‘fuentes del derecho’,

---

<sup>581</sup> Recordemos, a propósito, la lección de ROXIN: “El principio “no hay delito sin ley” se completa con la fórmula “no hay pena sin ley” (*nulla poena sine lege*). Ello quiere decir que no sólo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho” (ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 138).

<sup>582</sup> Ley Federal brasileña n. 2889/1956, art. 1º: ‘Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo; Será punido: Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a; Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b; Com as penas do art. 270, no caso da letra c; Com as penas do art. 125, no caso da letra d; Com as penas do art. 148, no caso da letra e’.

<sup>583</sup> Pues, no podemos olvidarnos “que el Principio de Legalidad exige, también con relación a la pena, determinación” (ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco. Javier. *Sobre el principio de legalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 36).

<sup>584</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 71.

<sup>585</sup> En semejante sentido, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 47. En contra: SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 28.

emanada del Estado de la Ciudad del Vaticano, de 7 de junio de 1929, en que se dispone que el atentado a los Jefes de los Estados y a los Jefes de Gobierno de Estados extranjeros, será castigado ‘con la misma pena con la que sería penado, si el hecho fuere cometido en el territorio del Estado al cual pertenece la persona contra la cual va dirigido el hecho’<sup>586</sup>. En efecto, no podemos soslayar que el principio de legalidad aquí se encuentra en liza, al igual que en los demás casos de leyes penales en blanco<sup>587</sup>.

Ahora bien, otros autores van más allá del concepto amplísimo sobredicho de acuerdo con la aceptación del concepto de MEZGER sobre las leyes penales en blanco<sup>588</sup>. Como hemos visto, el maestro alemán reconocía existir una ley penal en blanco cuando el precepto remitido se encontraba en una normativa infralegal (concepto restricto o estricto), en una normativa legal extrapenal (concepto amplío), en una normativa extralegal (concepto amplísimo), y, otrosí, en una normativa constante en el propio texto de la ley en blanco (concepto híper-amplio). Como bien apunta al respecto FAKHOURI GÓMEZ, “en opinión de esta doctrina, tanto en el supuesto de remisión a una norma penal como en los restantes – remisión a una norma extrapenal o a una norma que no tiene rango de ley –, la norma de complemento que integra el tipo penal se encontraría fuera del mismo, lo que haría que la norma penal en blanco complementada cumpla, en todos los casos, las funciones propias del tipo, especialmente en lo que respecta a su significado como razón de la antijuridicidad y como objeto de referencia de la culpabilidad”<sup>589</sup>.

---

<sup>586</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo II, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 353.

<sup>587</sup> No por otro motivo, sin embargo limitan la denominación de ‘leyes penales en blanco’ solamente para las remisiones del supuesto de hecho, como profesa RAMOS TAPIA que “la exigencia de *lex certa* no sólo rige para la descripción de las conductas ilícitas sino que también alcanza a las consecuencias jurídicas del delito, es decir, a la determinación de las penas y las medidas de seguridad” (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 123). De ahí concluimos que también las remisiones de la consecuencia jurídica nos trae los mismos problemas que cuando remitiese el supuesto de hecho, de manera que sí se puede hablar en casos específicos de leyes penales en blanco ‘al revés’.

<sup>588</sup> Cfr.: RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, parte general*, decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 188-189; GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. *Curso de Derecho penal, parte general*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 45-46; BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, tomo 1º, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, p. 205; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, vol. 1, 11º edição. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 47; CARVALHO, Érika Mendes de. “Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do ambiente”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, set/out 2011, p. 313-314; GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes ambientais: Comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º a 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 115.

<sup>589</sup> FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 94.

En efecto, es difícil aceptar tal cual está postulado el concepto híper-amplio de leyes penales en blanco porque, como ya se ha explicado, todos los preceptos penales de nuestros Códigos (y también así suele ocurrir con las denominadas leyes penales especiales), de una manera o de otra son ‘incompletos’, exigiendo determinada fórmula de remisión a otros preceptos, ya sea de manera implícita (como suele ocurrir). El caso del precepto que se presenta menos o más completo en el mismo vehículo introductor de la norma no nos parece diferenciarlos de una mera técnica legislativa sin importancia para las elucubraciones del intérprete; al fin y al cabo, como señala SANTANA VEGA, “*no existe ninguna diferencia si la amenaza penal se contiene en el tipo mismo (‘Quien roba será castigado’) o si se remite a una norma de la misma fuente, dando lugar de esta manera a un tipo aparentemente complejo (‘Quien infrinja la prohibición del parágrafo x será castigado’)*”<sup>590</sup>.

Ahora bien, debemos recordar lo que antes hemos dicho sobre determinadas especies de remisiones que denotan verdaderas leyes penales en blanco ‘al revés’, pero no pura y simplemente porque remiten a otro sitio la consecuencia penal, sino porque – como suele ocurrir en las demás categorías de la ley penal en blanco aceptadas por la doctrina mayoritaria – remiten a otro vehículo introductor el precepto secundario, lo que invariablemente ocasionará escollos con las funciones de determinación y/o de motivación de la norma, problemas con el aspecto formal del principio de legalidad (principalmente si remitiese a leyes sin competencia específica, como es exigible en el caso español – art. 81.1 CE –, a una ley sin rango de Ley Orgánica, por ejemplo). Quizá incluso problemas con el error de prohibición<sup>591</sup>. Tal vez el único problema que en esta especie de remisión no tendremos es el relativo al *ne bis in idem*, exactamente porque se remite la consecuencia jurídica y, por lo tanto, no se daría el “bis”.

De hecho, el tema de la definición del concepto de ley penal en blanco está lejos de una unanimidad, pero desde luego debemos concordar con LANDROVE DÍAZ cuando predice que “*modernamente se ha abierto camino una concepción más amplia: las leyes penales en blanco pueden remitirse a otras leyes penales, a leyes de otros sectores del ordenamiento jurídico o a disposiciones de rango inferior a ley, generalmente de carácter*

---

<sup>590</sup> SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 31-32.

<sup>591</sup> Si se acepta que la conciencia de la ilicitud del hecho debe abarcar la consecuencia jurídica sancionatoria, lo que parece defenestrar la doctrina especializada.

*reglamentario*”<sup>592</sup>. De hecho, el concepto moderno de ley penal en blanco, dadas las vicisitudes legislativas que se presentan hoy en día, no cabe más en los estrictos límites delineados en las épocas de aportaciones restrictivas<sup>593</sup>.

En definitiva, es irreparable la aserción de CURY<sup>594</sup> sobre la ley penal en blanco como aquella que termina “*describiendo solo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica*”, definición muy amplia que en principio no hace distinción entre las diferentes clases de leyes en blanco que reconoce la doctrina tradicional, de modo que tal autor concluye no creer “*en que algunas de ellas deban considerarse como puras manifestaciones irrelevantes de técnicas legislativas*”. Pero, al contrario del autor, no podemos subestimar las aportaciones de dudosa constitucionalidad de las denominadas leyes en blanco ‘al revés’, que a nuestro sentir en algunos casos planteados por la doctrina suelen plantear los mismos escollos dogmáticos de las demás especies del fenómeno a estudio<sup>595</sup>.

A la postre, concebimos el fenómeno de las ‘leyes penales en blanco’ como técnica legislativa de dudosa legalidad – lo que no significa que sea ilegal, tampoco que pueda sin más el legislador echar mano de ella en su obrar –, que implica escollos en los ámbitos de los subprincipios del *nullum crimen sine lege scripta*, del *nullum crimen sine lege restricta* o *certa*, del *nullum crimen sine lege stricta* y del *nullum crimen sine lege praevia*; pero imprescindible ante los fenómenos del nuevo Derecho penal, donde el legislador, por razones de política criminal o de conveniencia legislativa, edita enunciado jurídico incompleto en su precepto primario (que revela el supuesto de hecho normativo), en su precepto secundario (que revela la consecuencia jurídica normativa), o en ambos, remitiéndole para otro vehículo introductor de enunciado jurídico, sea de la misma fuente legislativa, sea de otra, incluso administrativa o judicial.

Este concepto se hace con base exclusivamente en dos puntos: remisión de parte del enunciado jurídico penal incriminador y para otro vehículo introductor de normas jurídicas

---

<sup>592</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Introducción al derecho penal español*, 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2004, p. 78.

<sup>593</sup> Así de destaque es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, con un concepto amplísimo de leyes penales en blanco; a menudo por la sentencia n. 127 de 5 de julio de 1990 (cfr. supra 3.3).

<sup>594</sup> CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 38.

<sup>595</sup> Cfr. BULLEMORE G., Vivian R.; MACKINNON R., John R.. *Curso de derecho penal*, tomo I, parte general. Santiago: Lexis Nexis, 2005, p. 71.

(ley en sentido amplio)<sup>596</sup>. Concebirlo así no es aceptarlo sin más, como se verá *infra*, sino reconocerlo como fenómeno del mundo jurídico que merece atención redoblada por los puntos neurálgicos que trastoca. Sin embargo, debemos concluir: dicha técnica legislativa es una realidad ineluctable<sup>597</sup>, sin posibilidad de retorno a los planteamientos clásicos anteriores donde reinaba un principio de legalidad de tintes liberal, que exige un esfuerzo elucubrativo para adecuarla a los límites mínimos de un Estado social y democrático de Derecho.

#### **4.4 La justificación de la ‘ley penal en blanco’ como remisión estructural-limitativa. Toma de postura**

No es posible hablar de justificación de la especie ‘ley penal en blanco’ sin referirse – primero y rápidamente – al género ‘ley penal’. Como bien advierte PAREDES CASTAÑÓN, “*si el contenido de una ley no es determinado de forma racional, entonces, aunque la ley constituya una norma válida perteneciente al Ordenamiento jurídico... no puede haber razones morales (valga la redundancia: racionales) para seguirla*”<sup>598</sup>. Es lo que bien explica FERRAJOLI cuando rotundamente no nos deja olvidar que el Derecho penal exige una legitimidad en doble plano: externa e interna<sup>599</sup>; y en la misma senda cuando ZÚÑIGA

---

<sup>596</sup> A propósito, opina TOMAZINI DE CARVALHO que “nesta acepção [de ley penal en blanco], podemos nos utilizar da classificação elaborada pelo Direito penal, tendo como critério diferenciador o veículo introdutor dos enunciados prescritivos, tomados como suporte físico na construção dos critérios da regra-matriz penal” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 152). En semejante sentido: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Sobre el concepto del derecho penal*. Madrid: Universidad de Madrid, 1981, p. 184-185; YACOBUCCI, Guillermo J.. *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002, p. 262; SALIM, Alexandre Aranalde. *Teoria da norma penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 38.

<sup>597</sup> También así: CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 51-52; SILVA SANCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela*, n. XVI, 1993, p. 423; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 52; entre otros. En contra: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 74; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 159; QUEIROZ, Paulo. “Leis penais em branco e o princípio da reserva legal”. Disponible en internet: <http://pauloqueiroz.net>. Consultado en: 01/04/2014); GÓMEZ URSO, Juan Facundo. *Tipicidad penal*. Buenos Aires: Di Plácido Editor, 2005, p. 133-134; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad”. En: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 313. Específicamente en contra a las leyes penales en blanco propias: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general*, segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 116; GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, vol. I. Niterói: Impetus, 2007, p. 26.

<sup>598</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 48. En semejante sentido, hablando de legitimidad material del precepto legal: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 55-56.

<sup>599</sup> “De ‘legitimidade’ e de ‘legitimação’ do direito penal – bem como do direito positivo em geral e de suas normas e institutos individualmente considerados – pode-se falar em dois sentidos diversos, quais sejam naquele de ‘legitimidade’ e de ‘legitimação externa’ e naquele de ‘legitimidade’ e de ‘legitimação interna’”. Por

RODRÍGUEZ nos advierte sobre los peligros del Estado de perder algo más allá de la legitimación de su actuar: perder su legitimidad democrática, lo que hará con que tarde o temprano la creencia y la aceptación de los individuos en privarse parte de su libertad en aras de una ventaja social mayor se desvanezca<sup>600</sup>.

En efecto, para la justificación penal tenemos, primeramente, el contrato social y político definido en la Constitución y en su modelo de Estado. Concomitantemente, podemos decir que importarán siempre los valores ético-políticos propios de la sociedad, cambiante y plural, o, si se preferir, democrática. De todo ello – en rápido resumen – se pueden sostener así los bordes infranqueables de toda norma penal<sup>601</sup>.

Ahora bien, no basta esa ‘justificación ética’, sino que se hace necesaria una conformación constitucional en aras de garantizar otros vértices de la garantía democrática del Estado. Es necesario un respeto a principios básicos del actuar legiferante; y, en preeminente escalón, un respeto a los principio de legalidad en materia penal. A propósito, es irrepreensible es la opinión de GERPE LANDÍN, señalando que ello “*implica una doble garantía: una, de carácter formal, hace referencia al rango necesario de las normas que tipifican conductas y regulan sanciones; la segunda, de carácter material, se refiere a la necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones, y al contenido que debe adoptar tal predeterminación*”<sup>602</sup>.

De esto no escapa la ley penal en blanco, pues, en un primer momento, debe garantizar su justificación externa – su racionalidad ética –; y, después, su legitimidad interna o intrínseca: su conformación constitucional bajo las exigencias del principio de legalidad

---

legitimação externa ou justificação refiro-me à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico. Por legitimação interna ou legitimação em sentido estrito refiro-me à legitimação do direito penal por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento positivo, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente, intrajurídicos” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2ª edição (trad. Sica/Choukr/Tavares/Gomes). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 199).

<sup>600</sup> Cfr. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001, p. 33-34. En semejante sentido: CARVALHO, Salo de. “Hipótese do fim da violência no discurso da modernidade penal”. En: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: Homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 165-166.

<sup>601</sup> A propósito, alecciona BECHARA: “Assim, uma norma penal apenas é justificável na medida de sua necessidade à proteção das condições de vida de uma sociedade estruturada sobre a base da liberdade da pessoa. O reconhecimento do pluralismo e a proteção da dignidade como elementos materiais essenciais do Estado Democrático de Direito probem, portanto, o estabelecimento de ideais morais ou meras funções como bens jurídicos” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 230).

<sup>602</sup> GERPE LANDÍN, Manuel. “Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, año 1991, vol. III, p. 687.

penal. Así que, como toda norma jurídico-penal, la que subyace en una ley penal en blanco debe reflejar *per se* su objeto formal – el bien jurídico tutelado –; y con mayor acuidad, pues se trata de una técnica legislativa utilizada a menudo para proteger bienes jurídicos inmateriales, normativizados, de difícil – cuando no imposible – percepción sensorial<sup>603</sup>.

En efecto, la cuestión no es si se puede utilizar o no la técnica de las leyes penales en blanco. Ello no plantea mayores divergencias hoy por hoy. Hay casi univocidad en la doctrina en que echar mano de dicha técnica legislativa por ser algo imperioso cuando se proyecta el Derecho penal más allá de los lindes liberales de antaño, cuando se busca proteger bienes jurídicos que no se conforman con el modelo clásico individual<sup>604</sup>. A decir verdad, no es tanto la cuestión de fondo si el legislador se puede valer de dicha técnica legislativa, sino más bien cuándo y cómo hacerlo<sup>605</sup>.

El ‘cómo’ utilizar dicha técnica legislativa ofrece problemas infranqueables con el principio de legalidad, tanto formal como material. Algunos autores, ya en el plano formal, suscitan que *“lo decisivo en la configuración histórica del principio de legalidad penal no fue sólo que toda punición precisara de un fundamento legal, sino que las normas penales fueran elaboradas exclusivamente por los representantes de los ciudadanos”*<sup>606</sup>, lo que zozobraría en las denominadas leyes penales en blanco propias, pues *“pueden resultar contrarias a la Constitución las remisiones normativas que defieran la descripción de sus distintos ilícitos típicos a reglamentos cuya configuración ya no corresponde al Estado”*<sup>607</sup>.

De todos modos, así no nos parece, pues, como hemos visto, algunos bienes jurídicos que recaban protección penal no pueden ser efectivamente protegidos sino con la edición de

---

<sup>603</sup> Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 3, n. 8, mayo-agosto de 1983, p. 34-35; MATA BARRANCO, Norberto J. de la. “Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente”. En: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, primer volumen. Valencia: Universitat de València, 1997, p. 570 y ss.. En Brasil: PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 9ª edição, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 179; GOMES, Luiz Roberto. “Acessoriedade administrativa nos delitos de pesca”. En: *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, n. 13, jul/dez 2010, p. 199-200.

<sup>604</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 51-52.

<sup>605</sup> Cfr. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 138-140; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 21.

<sup>606</sup> MESTRE DELGADO, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XLI, Fascículo II, enero-abril 1988, p. 510.

<sup>607</sup> MESTRE DELGADO, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XLI, Fascículo II, enero-abril 1988, p. 519.

una ley penal en blanco propia<sup>608</sup>. Las idiosincrasias del proceso legislativo penal, que a menudo en España se exigen bajo un criterio cualificado de labor legiferante (art. 81.1 CE), tornarían francamente inviable una ley penal que pretenda ser ‘dinamizable’ tal cual lo exigirían aquellos bienes jurídicos dichos ‘normatizados’<sup>609</sup>. Sólo una remisión externa y heteróloga puede que sea capaz de protegerlos, sin sucumbir al anquilosamiento que devendrá de su propia naturaleza<sup>610</sup>.

A su vez, en el caso de las remisiones de ley penal para ley penal (es decir, cuando haya una remisión externa homóloga y, por supuesto, heterovitelina), tal vez la especialidad del texto y de sus términos compense la pérdida de dinamismo que tendrá que respetar necesariamente el quórum recrudescido de una Ley Orgánica – y ciertamente disminuirá la pérdida de cognoscibilidad del precepto y respetará fielmente el principio de legalidad formal –, pero de todos modos no será una técnica que atienda a la posibilidad del rápido cambio de parámetros, límites o contornos del precepto remitido que, como hemos visto, es el principal reclamo de sus defensores. A decir verdad, se muestra una técnica poco o nada útil<sup>611</sup>, incluso problemática, pues trae consigo algunos de los problemas característicos de toda remisión estructural-limitativa, como el error y la posibilidad de un *bis in idem*.

De hecho, un primer criterio insoslayable para la justificación del uso de una ley penal en blanco es la naturaleza del bien jurídico tutelado<sup>612</sup>. Justificación esta que flexibiliza, incluso, un principio penal infranqueable en un Estado de Derecho como el que presenta el

---

<sup>608</sup> Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 1977, p. 89.

<sup>609</sup> Cfr. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes ambientais: Comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º a 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 113-115.

<sup>610</sup> Y esto vale incluso para remisiones no propiamente a reglamentos administrativos – que como se sabe es lo más dinámico que dispone el legislador –, pues una ley penal en blanco impropia, que remite a otra ley del Poder legislativo (no necesariamente del Poder legislativo central), puede que sea más dinámica en la medida que necesita de criterios legiferantes menos rígidos de aprobación. Verbigracia, en el caso del art. 325 del Código penal español que se remite a leyes de regulación ambientales que, incluso, son de competencia de las Comunidades Autónomas (art. 148.1, 7º y 11º, CE); o, como en el caso brasileiro, donde la ley ambiental se remite a leyes elaboradas por cada Estado de la federación (Ley Federal n. 9.605/98, art. 43, par. único, II).

<sup>611</sup> SANTANA VEGA, incluso, critica el empleo de dicha técnica de ley penal en blanco impropia, pues significaría más bien una tentativa de ‘interpretación auténtica’ por parte del legislador, que se plantearía bajo remisiones más bien estáticas, perdiendo así el propio sentido de la técnica llevada a cabo (SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 30-35).

<sup>612</sup> En indefectible lección, advierte BECHARA que “prohibir y sancionar, por medio de la pena, es un hecho político, es decir, un medio público para la comprensión normativa tanto de los intereses sociales fundamentales, como de la frontera de las libertades individuales. Así, el núcleo político fundamental que trae consigo la norma penal lo constituye tradicionalmente el bien jurídico por ella tutelado, representativo de su componente teleológico (el ‘para que’), que la mantiene vinculada a las valoraciones efectuadas en el proceso de su elaboración legislativa” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. “Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, julho-agosto de 2010, p. 137).

principio de legalidad penal<sup>613</sup>; pues – como bien advierte ZÚÑIGA RODRÍGUEZ – “*el tema de la posible necesidad de “flexibilizar” los principios – cuestión de obligada exigencia, por otra parte, en algunos casos – no se debe sólo a las demandas de eficacia, sino más bien a las configuraciones de las materias en juego, en concreto a las características del bien jurídico, sus formas y sujetos de afectación*”<sup>614</sup>.

De ahí que el propio Tribunal constitucional español ha consignado, como hemos visto, en la necesidad de proteger el bien jurídico tutelado, exigir dicha ‘flexibilización’ en aras de garantizar su protección efectiva, no meramente formal. Debemos tener en cuenta, como bien advierte GERPE LANDIN, que si para la aceptación de una técnica remisiva “*el parámetro es el bien jurídico concreto y la tutela eficaz del mismo, se llega a la permisividad para determinados bienes*”<sup>615</sup>. Y añadimos: si el patrón fuera un principio de legalidad penal liberal, sería inconcebible; pero también lo sería la tutela efectiva de aquellos bienes jurídicos colectivos o de alta normativización. Es lo que justifica un principio de legalidad relativa.

No obstante dicha necesidad y aceptación ‘flexibilizadora’ del principio de legalidad formal – como hemos visto, en una concepción relativa de dicho principio<sup>616</sup> –, debemos tener en cuenta que dicho principio en un Estado social y democrático de Derecho no se perfecciona con la dejación de las formalidades de enunciación legislativa, sino más bien debe atender otrosí a un sesgo material, sustantivo, por donde apunta cuestiones de relieve para el Derecho penal como los criterios de seguridad jurídica, de motivación normativa, de certeza de lo prohibido, etc.<sup>617</sup>. Aquí están los mayores problemas de la materia en estudio<sup>618</sup>, incluso porque, como hemos visto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia n. 127/1990 ha

---

<sup>613</sup> HUERTA TOCILDO, Susana. “Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código Penal”. En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 8, julio de 2001, p. 45.

<sup>614</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una ‘administrativización’ del derecho penal o una ‘penalización’ del derecho administrativo sancionador?” En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen I. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1442.

<sup>615</sup> GERPE LANDÍN, Manuel. “Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, año 1991, vol. III, p. 696.

<sup>616</sup> Cfr. supra 4.2.

<sup>617</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2ª edição (trad. Sica/Choukr/Tavares/Gomes). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 344-350.

<sup>618</sup> Cfr. LOZANO BLANCO, Carlos. *Tratado de Derecho penal español*, tomo I. Barcelona: J.M. Bosch, 2004, p. 148 y ss.

dejado laxos dichos criterios tanto para los legisladores como para los aplicadores del derecho en general<sup>619</sup>.

¿Qué entender por ‘núcleo esencial de la materia de prohibición’? Esta es una de aquellas frases que mucho se dicen pero que poco se aclaran; y tanto es así que autores como GARCIA ARAN<sup>620</sup> señalan que “*el núcleo esencial a que se refiere el TC viene a coincidir con los elementos típicos necesarios para conocer, ya en el redactado de la ley penal, aquello que está prohibido*”, es decir, que “*la conducta punible o lo que conocemos como materia de prohibición, debe quedar lo ‘suficientemente precisada’ en la ley penal, en expresión de esa relación entre garantía formal y garantía material... la certeza sobre lo que se prohíbe queda reservada al legislador*”.

Ahora bien, si el ‘núcleo esencial’ fuera el compendio total de los elementos típicos – como, incluso, hemos visto que coherentemente defiende la autora<sup>621</sup> – sería imposible sostener la posibilidad de una remisión en bloque característica de una ley penal en blanco propia; o, en términos prácticos, los artículos 319.1<sup>622</sup>, 320.1<sup>623</sup>, 325<sup>624</sup>, 334.1<sup>625</sup>, del CP

---

<sup>619</sup> Cfr. GERPE LANDÍN, Manuel. “Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, año 1991, vol. III, p. 698-700.

<sup>620</sup> GARCIA ARAN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 84.

<sup>621</sup> Cfr. GARCIA ARAN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 89; y también supra 4.4.

<sup>622</sup> Código penal español, art. 319.1: ‘Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección’.

<sup>623</sup> Código penal español, art. 320.1: ‘La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro y la de multa de doce a veinticuatro meses’.

<sup>624</sup> Código penal español, art. 325: ‘Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior’.

<sup>625</sup> Código penal español, art. 334.1: ‘El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, o destruya o altere gravemente su hábitat, contraviniendo las

español – por decir algunos – serían irremediabilmente inconstitucionales<sup>626</sup>; debiendo el legislador precisarlos en el propio enunciado penal con las materias antes encomendadas al albedrío del legislador extrapenal. El problema que se deben plantear quienes así lo sostienen es que – tarde o temprano – se dejaría de este modo de tutelar los bienes jurídicos que subyacen en dichas normas, o sea, en pocas palabras, la protección penal ofrecida en los moldes clásicos o se tornaría insuficiente o, peor, se tornaría innecesaria, excesiva o, incluso, injustificada<sup>627</sup>.

En este difícil tema, parece más acertada la posición de aquellos que sostienen que las “*disposiciones inferiores sólo han de cumplir un papel meramente técnico y ejecutivo... en virtud del cual el bien jurídico protegido debe venir fijado enteramente por la ley*”<sup>628</sup>, sin embargo debemos registrar que – aunque cuando cumplan un papel meramente técnico y ejecutivo –, por la naturaleza de los valores en juego en lo penal, siempre el objeto de remisión en bloque será también parte del ‘núcleo de la materia de prohibición’<sup>629</sup>.

Parece incuestionable las premisas fijadas por HUERTA TOCILDO<sup>630</sup> de que “*con la exigencia de que la norma penal contenga dentro de sí el núcleo esencial de prohibición... lo que se pretende es averiguar si la Administración... no ha ido más allá de lo permitido, esto*

---

leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, o comercie o trafique con ellas o con sus restos, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años’.

<sup>626</sup> Así sostienen posiciones ortodoxas en Brasil: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O principio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 158-160 y LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 75-76.

<sup>627</sup> Algunos, como QUEIROZ, sostienen exactamente eso, es decir, que se la materia es tan cambiante, dinámica, que puede que rápidamente revele un anquilosamiento de la ley penal, es porque no se debe tratarla en el ámbito penal, sabidamente la *ultima ratio* (QUEIROZ, Paulo. “Leis penais em branco e o principio da reserva legal”. Disponible en internet: <http://pauloqueiroz.net>. Consultado en: 01/04/2014). En semejante sentido: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O principio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 159.

<sup>628</sup> CASABO RUIZ, José R.. “La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. V, año 1982, p. 260.

<sup>629</sup> Eso es así porque, como bien señala TOMAZINI DE CARVALHO, “são também nucleares do fato todas as proposições que ajudam a delinear os contornos materiais do acontecimento relevante juridicamente, como as construídas do art. 23 [del Código penal brasileño], que dispõem sobre as causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal), na medida em que delimita pela negativa a ação tipificada” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2010, p. 347). A su turno, siguiendo a ARROYO ZAPATERO, se debe tener en cuenta que el que la ley en blanco contenga ya el núcleo esencial de la prohibición “supone que han de describir ya la conducta típica con un grado de taxatividad semejante al que requiere el principio de determinación. Por consiguiente, cuando a esta descripción se añade la remisión a normas sublegislativas, lo que en realidad se está haciendo no es ampliar, sino restringir el ámbito de lo ya prohibido” (ARROYO ZAPATERO, Luis. “Derecho penal económico y Constitución”. En: *Revista Penal*, Barcelona, año 1, número 1, enero de 1998, p. 10).

<sup>630</sup> HUERTA TOCILDO, Susana. “Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código Penal”. En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 8, julio 2001, p. 45-47.

es, no se ha elevado al rango de colegislador penal”; y de que “de admitirse... que la normativa administrativa cumple una función de límite de la tipicidad penal, difícilmente podría ello cohonestarse con la atribución a la misma de un carácter puramente ‘accidental’ o ‘circunstancial’”. Sin embargo, pese a respetar el límite lógico de una norma incompleta, incluso cuando haga parte del núcleo de la materia de prohibición, la norma que se extrae de un enunciado remitido no puede ser considerada el ‘núcleo esencial’. Este deberá venir reflejado en la ley penal: sujeto, objeto y acción, características mínimas de una norma jurídica, aunque incompleta semánticamente<sup>631</sup>.

Bajo dichas premisas, la conclusión que llega aquella autora con respecto al art. 325 del CP español<sup>632</sup>, por ejemplo, no se puede compartir. Sostiene en su lección que la respuesta sobre la constitucionalidad de dicho artículo “*ha de ser forzosamente negativa a la vista de que, obviamente, no puede decirse que... contenga dentro de sí ‘él núcleo esencial de la prohibición’... pues al dejar dicha norma en manos de la normativa administrativa nada más y nada menos que la configuración de un elemento normativo del tipo penal, cuya presencia resulta inexcusable – o, si se prefiere expresarlo así, ‘esencial’ – a efectos de tipicidad de la conducta que en él se define como prohibida, lo que está haciendo es delegar en la potestad reglamentaria un poder de conformación del injusto penal que constitucionalmente no le corresponde*”<sup>633</sup>.

El problema parece encontrarse, de hecho, en el alcance de la expresión ‘núcleo esencial de la materia de prohibición’, lo que – como hemos visto – es diferente a decir

---

<sup>631</sup> Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoría da norma jurídica*, 4ª edição (trad. Fernando Pavan Baptista/Ariani Bueno Sudatti). Bauru: Edipro, 2008, p. 179. No por otro motivo, como vaticina TIEDEMANN, “la jurisprudencia del BVerfG y del BGH exige, por lo que concierne a esa suerte de remisiones a disposiciones administrativas, que la prohibición penal tiene que ser ya previsible a partir de la ley, de modo que únicamente las cuestiones de detalle (Spezifizierung) pueden ser dejadas en manos del titular del poder reglamentario (BVerfGE 14, p. 174 y ss., 185; 14, p. 245 y ss., p. 251 y ss.; 14, p. 254 y ss., p. 257; 22, p. 1 y ss., p. 19; 22, p. 21 y ss., p. 25; 23, p. 265 y ss.; 37, 201 [209]; 41, p. 314 y ss.; 51, p. 60 y ss.; 75, p. 329 y ss.; 76, p. 171 y ss.; BGHSt21, p. 135 y ss., p. 137; de acuerdo KK-OWiG-Rogall par. tercero, n.m. 16; Jescheck. AT, 4. Ed., p. 99; Schönke/Schröder/Eser, par. primero n.m. 8, Tröndle, LK, par. primero n.m. 11)” (TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas” (trad. Antoni LLabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar 2002, p. 76).

<sup>632</sup> Código penal español, art. 325: ‘Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior’.

<sup>633</sup> HUERTA TOCILDO, Susana. “Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código Penal”. En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 8, julio 2001, p. 45.

solamente ‘núcleo de la prohibición’. Si se prefiere, podríamos sostener que lo que hace la norma penal es reflejar un tipo de acción, convencional (o procedimental) de lo que se quiere prohibir u ordenar<sup>634</sup>, que es obtenido en el proceso de construcción signífica de los enunciados normativos ya en su conjunto. Dicho ‘tipo de acción convencional’ es obtenido en el caso del art. 325 del CP español con el análisis de los enunciados remitido y remitido (no hará ‘X’, contraviniendo ‘Z’ que debe limitar ‘X’, so pena del castigo ‘Y’), lo que, a lo mejor, es característica de los enunciados que reflejan normas penales incompletas como suelen ser las normas incriminadoras en general<sup>635</sup>. Así se consagra una reserva que la doctrina ha solido denominar de ‘relativa’<sup>636</sup>; o una accesoriedad del Derecho penal por otras ramas que parece ser algo insoslayable en días de hoy dado que se debe preocupar en la protección de nuevos ámbitos de tutela<sup>637</sup>.

A guisa de aclaración, y tomando por base los términos de la consagrada teoría de la imputación objetiva, podríamos decir también que lo que debe hacer la ley penal en blanco es establecer el riesgo no-permitido, dejando al enunciado remitido la tarea de esclarecer concretamente (de manera estructural) y dentro de dicho marco (limitándole) el riesgo permitido<sup>638</sup>. Ambos conformarían el núcleo de la materia de prohibición, el aspecto material de la regla-matriz de incidencia, aunque solamente aquella puede conformar el núcleo ‘esencial’.

---

<sup>634</sup> Cfr. ROBLES MORCHÓN, Gregorio. “Sobre el concepto de acción en el derecho penal: la acción como procedimiento y el tipo como norma procedimental”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen I. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1291.

<sup>635</sup> A propósito, advierte SANTANA VEGA que “no toda norma incompleta es una norma penal en blanco, si bien toda norma penal en blanco siempre es una norma incompleta” (SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 33).

<sup>636</sup> Cfr. BRICOLA, Franco. *Teoría general del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 163; ARROYO ZAPATERO, Luis. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 3, n. 8, mayo-agosto de 1983, p. 34-35. Esta ‘reserva relativa’ es suficiente para un ‘tipo garantía’, como lo exige CURY (CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 76).

<sup>637</sup> Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª edición. Navarra: Editorial Arazandi, 2009, p. 81.

<sup>638</sup> A propósito, sostiene GRECO “uma conclusão relativa aos limites em que é legítima esta remissão expressa ao direito administrativo: tal será o caso ao menos nas hipóteses em que ela nada mais faça do que concretizar o que é exatamente o risco permitido em determinado dispositivo” (GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da accesoriedade administrativa”. Em: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, janeiro-fevereiro de 2006, p. 170).

No por otro motivo, siguiendo a NUÑEZ<sup>639</sup>, podemos sostener que “*las leyes de esta especie se mantienen en el marco de la legalidad represiva exigida por la división de los poderes, si su complemento está establecido por una ley en sentido constitucional, o por un reglamento del Poder Ejecutivo, que en la configuración concreta de las particulares infracciones, no exceda el marco de lo definido y alcanzado por la ley principal*”. El maestro argentino todavía concluye que “*esto sucede... en los tipos legales... que se limitan a reprimir conductas genéricamente determinadas... Por consiguiente, mientras los reglamentos ejecutivos se constriñan a operar intra legem, desarrollando las individualidades del género legalmente determinado, no serán violatorios de la garantía de legalidad*”.

En la doctrina brasileña, otra no es la enseñanza de REALE JÚNIOR<sup>640</sup>, cuando, primero, nos hace recordar que las “*normas incriminadoras são modelos cerrados, mas podem estar sujeitos a novos significados desde que para limitar o seu âmbito e não para alargá-lo*”; y que, ya específicamente sobre las leyes penales en blanco, “*a conduta, em seus dados essenciais, vem definida na lei penal, mas a especificação sobre quais objetos recai a ação é que é deferida a outra legislação, em geral de plano inferior, como regulamentos ou portarias do Executivo*”.

En semejante sentido, advierte JAKOBS que “*la ley no puede renunciar a cláusulas que se adapten elásticamente a los cambios del orden social, permitiendo tener en cuenta peculiaridades del supuesto concreto. No obstante, a través de estas cláusulas generales la ley no puede convertirse en una norma en blanco que remita a su vez a las normas necesarias para la convivencia, sino que ella misma tiene que indicar qué elementos (bienes, instituciones) pretende proteger*”<sup>641</sup>.

---

<sup>639</sup> NUÑEZ, Ricardo C.. *Manual de Derecho penal, parte general*, 4ª edición (actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González). Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999, p. 66.

<sup>640</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal, parte geral*, vol. I, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 81-103. Así también lo sostienen GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA y BIANCHINI, admitiendo el recurso a dicha técnica legislativa cuando “*a própria disposição penal já contenha o núcleo essencial da proibição, quer dizer, que seja ‘lei descritiva da tipicidade’ e não a norma de inferior categoria hierárquica ou da mesma categoria a que determine a matéria de proibição*” (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito penal*, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 632). En semejante sentido, en España: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal, parte general*, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 148-149.

<sup>641</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 95.

Así que, cuando el art. 325 del CP español sostiene que ‘será castigado con... el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque, o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones... incluso si la conducta es contaminante y susceptible de poner en grave peligro el ‘equilibrio de los sistemas naturales’ o la ‘salud de las personas’’, lo que se extrae como núcleo esencial es algo semejante a ‘no provocarás o realizarás directa o indirectamente vertidos, radiaciones... poniendo en grave peligro ‘X’ o ‘Y’;’ y esto, como vimos, está en la ley en blanco. El acto de contravenir las leyes o otras disposiciones sólo puede ser entendido como ‘limitativo’, y así inesencial (para ser contenido en el seno de la ley penal)<sup>642</sup>; empero será también núcleo de la prohibición, ya que influenciará en lo que sea, en concreto, prohibido. En otras palabras, no se puede decir que sea accidental – como ha advertido HUERTA TOCILDO<sup>643</sup> –, pero sí que es complementario limitativamente<sup>644</sup>.

En el mismo sentido, incluso también analizando el tipo penal del art. 325 del CP español, profesora CARBONELL MATEU que “*cuando, por tanto, la alusión a las normas de rango inferior sea para restringir el ámbito de lo prohibido no puede considerarse que sean contrarias al principio de legalidad ni a la reserva de ley que, no lo olvidemos, constituye una garantía del ciudadano frente al Estado, y no una mera técnica legislativa o una mera cuestión formal de fuentes del ordenamiento*”<sup>645</sup>. A lo sumo, “*sua função é estritamente limitativa, nunca extensiva*”<sup>646</sup>.

---

<sup>642</sup> Porque se fuera ‘extensivo’ o ‘ampliativo’, habrá clara violación al principio de legalidad (VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 53).

<sup>643</sup> HUERTA TOCILDO, Susana. “Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código Penal”. En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 8, julio 2001, p. 47.

<sup>644</sup> En semejante sentido: ARROYO ZAPATERO, Luis. “Derecho penal económico y Constitución”. En: *Revista Penal*, Barcelona, año 1, número 1, enero de 1998, p. 10; CARO CORIA, Dino Carlos. *El derecho penal del ambiente – delitos y técnicas de tipificación –*. Lima: Grafica Horizonte, 1999, p. 233; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal ambiental*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 60-61. También así, pero advirtiendo que “las dificultades surgen cuando se trata de disposiciones o actos de grado inferior posteriores a la ley”, CASABO RUIZ (CASABO RUIZ, José R.. “La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. V, año 1982, p. 257-258). En contra: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad”. En: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 313.

<sup>645</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 123-124. Criticando dicha posición: DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 151-152.

<sup>646</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 166.

El que sea ‘complementario limitativamente’ es relevante porque debemos dejar registrado que además de la norma penal remisorra (que deberá, repetimos, estar reflejada directamente por la ley penal), solo son posibles otras dos formas de normas incompletas: o aclaratoria (caso en que estaríamos ante un elemento normativo jurídico del tipo<sup>647</sup> o ante una cláusula de autorización<sup>648</sup>) o limitativa (caso en que estaríamos ante una genuina ley penal en blanco<sup>649</sup>), so pena de ilogicidad sistémica, pues si así fuera permitido, o sea, una norma remitida ampliativa, en verdad ésta pasaría a ser la remisorra, y la remisorra, a su vez, sería la remitida limitativamente<sup>650</sup>. En este escenario es clara la violación al principio de legalidad, incluso en su vertiente formal (función político-democrática), pues dejaría de ser el cuerpo democráticamente elegido quien editara los enunciados penales<sup>651</sup>.

Si se prefiere, tomemos la clasificación normativa antedicha de normas penales primarias precedentes y normas primarias derivadas<sup>652</sup>. Si tenemos reflejado por los tipos penales una norma primaria precedente, dirigida a los ciudadanos, y una norma primaria derivada punitiva, dirigida a los jueces (y que necesariamente debe prever en su antecedente el incumplimiento de aquella); ya en la precedente debemos ser capaces de identificar una norma de conducta, una norma directa de acción<sup>653</sup>, aunque sea incompleta por remitirse a otro sitio (este, a su vez, puede que sea otra norma de conducta, u otra norma de acción,

---

<sup>647</sup> Cfr. supra 3.2.1.1.

<sup>648</sup> Cfr. supra 3.2.1.2.

<sup>649</sup> Cfr. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, tomo 1º, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, p. 204; MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, volume I, 1ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 1997, p. 190; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 84.

<sup>650</sup> A propósito, enseña con absoluta propiedad FRAGOSO: “O preceito, nas normas penais em branco, apresenta lacunas, que são completadas com as disposições de outra lei ou decreto, que passam a integrar, para todos os efeitos, a norma penal. Como é óbvio, essa integração deve ser feita nos precisos limites fixados pelo preceito genérico da norma em branco, não sendo possível que um ato administrativo, por exemplo, ultrapasse o claro da lei penal, sem ferir o princípio de estrita legalidade dos crimes e das penas (art. 1º CP)” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 85). Así también GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º a 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

<sup>651</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 76/77; TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas” (trad. Antoni Llabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 37, janeiro-março de 2002, p. 77; LOBATO, José Danilo Tavares. “Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 131-133. Así ya lo consagró el Tribunal Constitucional español por la Sentencia n. 42 de 7 de abril de 1987: “La reserva de Ley no excluye «la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» -STC 83/1984, de 24 de julio (RTC 1984/83)-, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes”.

<sup>652</sup> Cfr. supra 1.2.1.4.1.

<sup>653</sup> Cfr. supra 1.2.1.3.

directa o indirecta; entretanto nunca estará encargada de definir la norma de conducta final, sino solamente completarla, sea explicando determinado contenido semántico, sea limitándolo, con función sintáctico-semántica).

En semejante sentido, señala CURY<sup>654</sup> que “*la ley en blanco tiene que describir la acción u omisión de tal manera que ella, por si misma, esté en condiciones de cumplir con la función de un tipo de garantía y, además, de informar sobre la naturaleza del bien jurídico que este tipo, una vez completo, está destinado a proteger*”; y añade, en lo que debemos concordar, que “*el requisito a que me refiero tiene por objeto salvaguardar, como es obvio, el nullum crimen sine lege praevia. Para que el ciudadano sepa que una cierta conducta puede estar, en ciertos presupuestos, amenazada con una sanción criminal, es preciso que se le diga determinadamente cuál es dicha acción u omisión riesgosa*”<sup>655</sup>.

Una ampliación desmedida del núcleo esencial de la prohibición lo permite el art. 319.1 del CP español, pues al establecer que ‘se impondrán las penas... a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, etc.’<sup>656</sup>, “*lo que sucede es que la remisión al Derecho Administrativo se realiza de manera absoluta, porque no se infiere del tipo un resultado material diferente del de la sola vulneración de la normativa sobre usos del suelo*”<sup>657</sup>; o, en la esfera normativa, hay una inversión de papeles que hace zozobrar el principio de legalidad penal, pues lo que era para ser el precepto remitido – la normativa administrativa sobre usos del suelo – se torna el remitido, definiendo el núcleo esencial de la prohibición, dejando a la ley en blanco el precepto remitido y conculcando la propia función protectora de bienes jurídicos de la norma penal.

---

<sup>654</sup> CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 76-77.

<sup>655</sup> En semejante sentido: GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 85. En contra: O’FARREL, quien exige que la ley en blanco “solo deje librado a su reglamentación la descripción de detalles materiales que integran una clara definición de lo reprimido contenida en la ley básica” (O’FARREL, Jorge E. “Reflexiones sobre las leyes penales ‘en blanco’ y la responsabilidad penal objetiva”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley: derecho penal: doctrinas esenciales*, Buenos Aires, 2011, p. 1.100).

<sup>656</sup> Redacción semejante es la del artículo 64 de la Ley Federal n. 9.605 de 1998 del ordenamiento brasileño: ‘Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa’.

<sup>657</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. “Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio”. En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 8, julio 2001, p. 65-66.

A decir verdad, dicho enunciado jurídico es un buen ejemplo de cómo no se respeta el principio de legalidad que termina por justificar una norma penal: cuando se intenta inferir del artículo 319.1 del CP español lo que es de hecho prohibido – ‘construir en zonas prohibidas’ –, se constata que la materia de dicha prohibición está totalmente a cargo del precepto remitido<sup>658</sup>, lo que vulnera aquél principio; por lo cual “*lo que se pretende es examinar si esa remisión a la normativa reglamentaria no ha ‘desdibujado’ o ‘difuminado’ los perfiles del tipo penal hasta el punto de que al ciudadano le resulte imposible conocer con exactitud en qué consiste la conducta prohibida a fin de evitar la realización de conductas penalmente incriminadas*”<sup>659</sup>. Y es más: esta necesidad de ‘certeza’ de lo prohibido ya desde la ley penal posibilita identificar el objetivo de la norma, es decir, el bien jurídico-penalmente relevante que se quiere proteger. En efecto, algo que no se denota en el citado art. 319.1 del CP español, lo cual revela, más bien, una peligrosa funcionalización del Derecho penal. La remisión no revela un límite, sino la propia esencia de lo prohibido<sup>660</sup>.

Otro delito previsto en el CP español que entraña el mismo vicio lo encontramos en el artículo 360 – ‘el que, hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes o Reglamentos respectivos’ –, pues no se extrae de la ley en blanco ni el núcleo esencial de la materia de prohibición (sólo parte de él, lo que podríamos llamar de parte del núcleo esencial: ‘suministrar sustancias o productos’ a que se refiere el artículo anterior), ni el bien jurídico-penalmente relevante (que termina estando ‘funcionalizado’ por el enunciado remitido: se pune la no atención a ellos), restando insuficientemente respetado el principio de legalidad<sup>661</sup>. Sin lugar a dudas, la protección en el ámbito penal se presenta totalmente accesoria al Derecho administrativo, lo cual, a través de la definición del precepto

---

<sup>658</sup> Caso en que lo que se constituye al remitir a una normativa extrapenal es una mera habilitación en blanco del reglamento “para recoger la materia de prohibición” (GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 87).

<sup>659</sup> HUERTA TOCILDO, Susana. “Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código Penal”. En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 8, Julio 2001, p. 45. Verbigracia, con lo que concordamos, profesora GARCIA ARAN que “cuando decimos – y dice el TC – que la materia de prohibición debe quedar recogida en la ley penal con la suficiente certeza, no podemos deducir sino que el legislador debe configurar claramente lo que conocemos como desvalor de acto y desvalor de resultado: la decisión incriminadora básica debe permanecer en manos del legislador” (GARCIA ARAN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 85). En sentido semejante: CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 77.

<sup>660</sup> Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XLI, Fascículo II, enero-abril 1988, p. 517.

<sup>661</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª edición. Valencia: Tirante lo Blanch, 2010, p. 113-114.

remitido, lo que hará es definir no sólo el núcleo esencial de lo prohibido (con el contenido de las ‘Leyes’ o ‘Reglamentos’), como también el objeto formal del delito: su bien jurídico.

En otro orden de cosas, teniendo en cuenta que la pena criminal es el principal rasgo característico del Derecho penal, se pone de relieve sobre el tema la posibilidad de la ley penal en blanco contenga el precepto primario y remita solamente la consecuencia jurídica. De mayor relieve será, incluso, cuando la remisión fuera desde una ley penal en blanco propia. Parece incuestionable la inconstitucionalidad de dicha técnica de remisión de la apódosis, pues más allá del *nullum crimen*, violaría propiamente el *nulla poena*, aún más sensible para el brazo más fuerte del Estado. A decir verdad, las remisiones solamente podrán referirse al supuesto de hecho, nunca a la consecuencia jurídica<sup>662</sup>. Por ello, aunque admita una concepción amplísima sobre la materia, consagra el Tribunal Constitucional español que la ley penal en blanco deberá contener la pena necesariamente, siendo facultado remitir solamente parte del supuesto de hecho y bajo las condiciones ya estudiadas<sup>663</sup>.

En cuanto a la necesidad de ser ‘expresa’ la remisión, no obstante sea prescindible fijar un modelo al legislador para ‘expresar’ la necesidad de remisión (si será ‘contraviniendo Leyes’, ‘sin estar legalmente autorizado’, etc.), no se puede negar que dicha modalidad es importante para aceptar una ley penal en blanco. A decir verdad, sería imposible, bajo las premisas sostenidas en este trabajo, pensar en una remisión en bloque tácita<sup>664</sup>. Una de dos: o sería una remisión aclarativa, característica de los elementos normativos jurídicos del tipo<sup>665</sup>; o sería más bien un tipo penal incompleto, que remitiría al aplicador al mismo soporte físico del precepto remisor, algo distinto de lo que caracteriza una ley penal en blanco<sup>666</sup>.

---

<sup>662</sup> Eso es así porque, como bien señala VICENTE MARTÍNEZ, “no se puede imponer una pena o una medida de seguridad que no haya sido previamente establecida en la ley para sancionar un delito o falta determinados” (VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 33). En semejante sentido: MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición. Montevideo: Editorial B de F, 2003, p. 40.

<sup>663</sup> Cfr. supra 3.3.

<sup>664</sup> En contra, aceptando una ley penal en blanco con remisión en bloque y tácita: CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 50. De hecho, se podría hablar de una remisión en bloque tácita en el caso de seguirse al precepto remisivo otra remisión (remisión de según grado), entretanto, como se rechaza dicha técnica por violación al principio de legalidad, mantenemos posición pela inviabilidad de dicha posibilidad (cfr. supra 3.3).

<sup>665</sup> En semejante sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 449. En contra, entendiendo posible una ley penal en blanco ‘tácita’ y/o ‘interpretativa’: DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 122-125.

<sup>666</sup> Cfr. SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 55; REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Tipicidad*, 6ª edición. Bogotá: Temis, 1999, p. 123-127; MIR PUIG,

Algunos autores, por otro lado, plantean otras ‘soluciones’ para mediar los escollos de la técnica remisiva en bloque con el principio de legalidad. DOVAL PAIS y BACIGALUPO, verbigracia, destacan como posibles medios de aplacar dichos escollos la utilización de la denominada ‘cláusula de remisión inversa’. El primer autor, además, profesa que otra manera de justificarlas sería incrementar el uso de leyes especiales, lo que disminuiría la necesidad de remisiones externas<sup>667</sup>. Sobre la necesidad de una ‘cláusula de remisión inversa’ en las leyes penales en blanco propias, a propósito, el propio Tribunal Constitucional español llegó a sostenerla<sup>668</sup>.

Otros autores, como LUZÓN PEÑA<sup>669</sup>, reclaman un *plus* en el precepto remisor, es decir, que “*la ley no hable de infracción de reglamentos o ley (sobre una materia) sin más*”, sino que aclare “*que se trata de infracciones de las disposiciones de leyes y reglamentos que pretenden evitar peligros para la vida o la salud; y que además, en atención a los principios de ultima ratio, proporcionalidad, etc., la ley se plantee si es adecuado o no restringir el elemento típico infracción legal o reglamentaria, limitándolo p. ej. a las infracciones intencionales, o a las más graves o de múltiples preceptos*”.

Respecto a la cláusula de remisión inversa, no vemos que se puedan solventar los problemas dogmáticos planteados por las leyes penales en blanco propias (el error, el *ne bis in idem*, la retroactividad beneficiosa). A lo mejor indicará que aquél determinado precepto administrativo puede que tenga como consecuencia de su incumplimiento la sanción establecida en el precepto penal a que se refiere, entretanto, los escollos generados por la técnica de las leyes penales en blanco se mantendrán, principalmente porque no es el precepto remitido el que genera los problemas con los límites del Derecho penal, a menudo con el principio de legalidad, sino la propia ley en blanco, la cual, con o sin la ‘remisión inversa’, se mantendrá igual. Por otro lado, tendremos el problema de que, en la mayoría de los casos en que se suele echar mano de la técnica ‘en blanco’, el discurso jurídico se remite a

---

Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición. Montevideo: Editorial B de F, 2003, p. 29 y ss.; también supra 2.3 y 3.2.1.3.

<sup>667</sup> Cfr. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 204-210; BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 68-69.

<sup>668</sup> Tribunal Constitucional español, Sentencia n. 341 de 18 de noviembre de 1993: “Las reglas en las que se configuran ‘obligaciones’ y ‘prohibiciones’ sancionables con arreglo al precepto deberán contener – para asegurar, precisamente estas exigencias de seguridad y certeza – una referencia expresa al precepto legal en cuya virtud aquellos imperativos serán, caso de contravención, calificados de infracción leve y en cuanto tales sancionados”.

<sup>669</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal, parte general*, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 153.

reglas ya existentes, de modo que exigir su modificación en conjunto con la edición del precepto remisor revelaría un exceso burocrático y una demanda temporal que son exactamente lo que la técnica en estudio intenta evitar<sup>670</sup>.

A su vez, respecto a la utilización de leyes penales especiales, el ordenamiento brasileño es un ejemplo claro de que no se resolvería el problema. Brasil, a diferencia de España, descentraliza sus diplomas represivos en diversas leyes especiales y, en general, son exactamente estas leyes especiales las que más se sirven de la técnica de las leyes penales en blanco, no por ser especiales, sino por la materia que tutelan<sup>671</sup>. Verbigracia, la Ley Federal n. 9.605 de 1998, que tutela la protección del medio ambiente en Brasil, prevé 36 infracciones penales (sin contar los ‘tipos’ derivados), donde 26 requieren alguna forma de remisión externa, de modo que echar mano de leyes especiales no es sinónimo de utilizar enunciados completos.

Sobre la necesidad de utilizar indicativos de la magnitud de la lesión al bien jurídico tutelado ya en la ley penal, sin embargo parezca una coherente solución para el aspecto valorativo que debe tener la norma penal – a menudo para evitar, como el legislador español ha hecho en el art. 325 del Código penal, que se ‘funcionalice’ el concepto de bien jurídico –, con razón la crítica de DOVAL PAIS<sup>672</sup>, pues *“no siempre será posible o útil emplear este expediente”*; a decir verdad, *“en los supuestos cuya regulación más necesita de las estructuras en blanco, es decir, en aquellos en los que se trata de recoger penalmente ataques a bienes jurídicos colectivos de carácter difuso (el medio ambiente, por ejemplo), será extraordinariamente difícil, si no imposible, que de la propia ley penal pueda extraerse una configuración del bien jurídico de perfiles precisos y, en consecuencia, que pueda hacerse constar de un modo concreto en qué haya de consistir el ataque al mismo”*.

Otros autores, como CURY y SILVA, exigen que los enunciados remitidos, al pasar a constituir parte del tipo penal, deben atender a los mismos requisitos de publicidad que se exigen en general para las leyes penales. Es decir, a los enunciados a que se remite la eventual ley en blanco se debe exigir la publicación en el B.O.E.. Si es posible, que se haga –

---

<sup>670</sup> Cfr. SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 170.

<sup>671</sup> Cfr. SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 21.

<sup>672</sup> DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 143.

incluso – una publicación conjunta<sup>673</sup>. Esta tal vez sea una medida saludable, incluso de fácil puesta en práctica; entretanto, es casi utópico pretender que la simple publicación en el Boletín Oficial del Estado sea capaz de solventar los problemas, incluso con el error, devenidos de la técnica de remisión heteróloga.

De todos modos, encontramos justificada una ley penal en blanco cuando configura una remisión estructural-limitativa, necesaria por la materia regulada, reveladora, *per se*, de la materia de prohibición y de la certeza de lo prohibido por el legislador. Aunque, en algunos casos – como suele ocurrir con las remisiones heterólogas a reglamentos administrativos – dicha certeza pueda sufrir una disminución para limitar lo prohibido. Es decir, el núcleo esencial de la regla-matriz penal debe ser construido con base en enunciados vehiculados por ley de rango penal, aunque sea innegable la necesidad de buscar individualizar la materia de prohibición – para limitarla – en otras fuentes normativas, incluso de rango no-penal<sup>674</sup>.

Certeramente, ARROYO ZAPATERO<sup>675</sup> y PÉREZ ÁLVAREZ<sup>676</sup> señalan que respetados los límites antedichos, lejos de ser una técnica ofensiva al principio de legalidad, la ley penal en blanco resulta favorecedora de la seguridad jurídica, incluso como una forma de evitar el abuso de los tipos abiertos, con cláusulas indeterminadas o, peor, con cláusulas indeterminables. Sin lugar a dudas, la remisión estructural-limitativa de una verdadera ley penal en blanco garantiza el principio de legalidad penal en la medida que respeta la necesaria seguridad jurídica del ciudadano con una remisión a otro enunciado jurídico, y posibilita una adecuada y eficiente protección de determinados ámbitos necesitados de la tutela penal.

---

<sup>673</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 102-105; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 167-170.

<sup>674</sup> Cfr. SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 77; BRICOLA, Franco. *Teoría general del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 136; CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 153; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 17-18; CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 50-54; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal, parte general*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 107-108.

<sup>675</sup> Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis. “Derecho penal económico y Constitución”. En: *Revista Penal*, Barcelona, año 1, número 1, enero de 1998, p. 10.

<sup>676</sup> Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. “Alimentos transgénicos y derecho penal. Apuntes para una reflexión”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen II. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 472-473.

No obstante, debemos tener en cuenta que la aceptación de dichos requisitos como necesarios y suficientes para conformar una ley penal en blanco en el marco de un Estado social y democrático de Derecho no quiere decir, a toda evidencia, que estarán resueltos todos los problemas devenidos de dicha técnica legislativa. Aún que admítaselo tal y cual lo hicimos, los problemas con el error, con el *ne bis in idem*, con la retroactividad beneficiosa suelen ocurrir y perturbar la dogmática penal, como lo veremos a continuación. Sin embargo, en el intento de solventarlos, debemos tener en cuenta la insoslayable lección de MEZGER: *“El necesario “complemento” es siempre parte integrante del tipo. Pero el tipo ya completado cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, sobre todo en lo que concierne a su significación como fundamento de la antijuricidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal”*<sup>677</sup>.

---

<sup>677</sup> MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. José Arturo Rodríguez Muñoz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 329.

## **5 - PRINCIPIO DE LEGALIDAD, GARANTÍA POLÍTICO-DEMOCRÁTICA Y POLÍTICO-JURÍDICA Y LEYES PENALES EN BLANCO**

Sumario: 5.1 La garantía político-democrática y político-jurídica del principio de legalidad; 5.2 Leyes penales en blanco y *lex scripta*; 5.2.1 Leyes penales en blanco y remisión heteróloga comunitaria y autonómica; 5.2.2 Leyes penales en blanco y la necesidad de Ley Orgánica; 5.3 Leyes penales en blanco y *lex restricta* o *certa* y *stricta*; 5.3.1 El error sobre los preceptos remitidos.

### **5.1 La garantía político-democrática y político-jurídica del principio de legalidad**

El principio de legalidad tiene como una primera garantía necesaria la que emerge de la propia idea de Estado de Derecho, es decir, que se consagra bajo el compromiso asumido en general por la colectividad de que solamente por ley, emanada por el órgano previamente competente y representativo del pueblo, se podrá restringir una libertad que es innata a todos los ciudadanos<sup>678</sup>.

Como bien señala ARROYO ZAPATERO, “*este fundamento político es lo que determina que el principio no se satisfaga de modo puramente formal, en el sentido de la identificación entre Estado de Derecho y Estado de 'leyes', la idea subyacente de la 'voluntad general' sólo se traduce institucionalmente en la asamblea legislativa democráticamente representativa (elegida) de esa voluntad general*”<sup>679</sup>; y de ello se debe concluir tal y cual lo ha hecho a su tiempo FEUERBACH: *nulla poena, nullum crimen, sine lege scripta*<sup>680</sup>.

No obstante, desde las premisas de un principio de legalidad estricto, más allá de la necesidad de una garantía político-democrática, se debe buscar una garantía político-jurídica, con la necesidad de la búsqueda de que los enunciados intenten motivar los ciudadanos a través del conocimiento amplio y claro de su materia de prohibición. Es por ello que profesa

<sup>678</sup> Cfr. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 29; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 107; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 144-145.

<sup>679</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 3, n. 8, mayo-agosto de 1983, p.12.

<sup>680</sup> Cfr. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* (trad. Eugenio Raúl Zaffaroni y Ilma Hagemeyer). Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63.

ROXIN “que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’”<sup>681</sup>. A tela de juicio, la función político-jurídica del principio de legalidad denota la llamada para que el Derecho penal cumpla una función motivadora en los ciudadanos<sup>682</sup>.

A decir verdad, desde un prisma formal clásico, sólo las leyes penales en blanco homólogas podrían pervivir, pues las remisiones heterólogas – cuya característica esencial es exactamente la de remitirse a otro enunciado editado por instancias legiferantes otras – violarían sobradamente la susodicha función político-democrática del principio de legalidad. Hoy en día aún más: la intensa técnica de remisión a la normativa administrativa, autonómica e, incluso, comunitaria, hace con que los problemas sean muchos, delicados y merecedores de un detenimiento.

Por otro lado, bajo las premisas de un principio de legalidad que perviva en un discurso legislativo del riesgo, con nuevos ámbitos necesitados de tutela y en los cuales es ineluctable echar mano de una técnica remisiva, incluso heteróloga, gana relieve la necesidad de una garantía político-jurídica; incluso porque exactamente la técnica de remisión, aunque sea una remisión estructural, termina por producir un innegable déficit de la retentiva humana<sup>683</sup>.

## 5.2 Leyes penales en blanco y *lex scripta*

Como hemos visto, uno de los pilares del principio de legalidad se encuentra en su fundamento político-democrático de garantizar a los ciudadanos que las normas incriminadoras reflejarán la voluntad general devenida de sus representantes democráticamente elegidos y constitucionalmente competentes para ello<sup>684</sup>. Como señala MESTRE DELGADO, “*lo decisivo en la configuración histórica del principio de legalidad*

<sup>681</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 137.

<sup>682</sup> Cfr. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 30.

<sup>683</sup> Cfr. HAFT, Fritjof. “Derecho y lenguaje” (trad. Juan Antonio García Amado). En: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred; ROBLES, Gregorio. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 223.

<sup>684</sup> Así que sostienen ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR que “desde el punto de vista formal la legalidad significa que la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados – y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento que establece la propia Constitución” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general*, segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 112).

penal no fue sólo que toda punición precisara de un fundamento legal, sino que las normas penales fueran elaboradas exclusivamente por los representantes de los ciudadanos”<sup>685</sup>. De ahí que no se puede admitir, ante el principio de legalidad penal, netamente ante su corolario inmediato de la *lex scripta*, que la norma incriminadora se extraiga de la costumbre, o mismo de un enunciado jurídico que no sea vehiculado por Ley en estricto sentido<sup>686</sup>.

No por otro motivo, que no sea el legislador en conformidad con sus poderes enunciativos y de acuerdo con las competencias impartidas por el Texto constitucional es una grave quiebra del contrato social<sup>687</sup>; y que tiene particular relevancia cuando enfrentamos dicha garantía con la técnica legislativa de elaboración de leyes penales en blanco, a menudo de leyes penales en blanco propias.

En dichas leyes en blanco, lo que pasa efectivamente es que al remitir – de manera estructural, sino será más bien un elemento normativo jurídico del tipo o una cláusula de autorización<sup>688</sup> – la completud de la norma penal incriminadora, hay una dejación del núcleo de lo prohibido en las manos de la Administración. Que la Administración lo haga para completar el núcleo esencial de la prohibición o simplemente su núcleo<sup>689</sup> será relevante para que se concluya si hubo una accesoriedad intranormativa y administrativa admisible al

---

<sup>685</sup> MESTRE DELGADO, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XLI, Fascículo II, enero-abril 1988, p. 510.

<sup>686</sup> Así que profesora VICENTE MARTÍNEZ que “la frase acuñada ‘*nulla poena sine lege scripta*’ (no hay pena sin ley escrita), expresa que el Derecho penal es exclusivamente Derecho positivo lo que lleva al rechazo de la costumbre como fuente del Derecho penal” (VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 36). En semejante sentido, señala SCHMIDT: “Como norma restrictiva da liberdade individual, o máximo que um costume poderá desencadear é um argumento de política criminal para a legislação penal futura” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 199-200). Importa destacar, entretanto, la advertencia de TOLEDO: “Da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou a agravamento da pena, como ocorreu no direito romano e medieval. Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 25).

<sup>687</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique. “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal”. En: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 58-59; CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 18.

<sup>688</sup> Cfr. supra 3.2.1.1 y 3.2.1.2.

<sup>689</sup> Esencial, en lo que se sostiene en este trabajo, será el ‘tipo de acción’ suficiente para percatarse el bien jurídico protegido, y para ordenar de determinada manera la dirección de la conducta objeto de la norma. A su vez, el núcleo de la prohibición es toda la conformación normativa responsable por dicha ‘dirección’, o sea, la norma penal completa. En semejante sentido: CARVALHO, Érika Mendes de. “Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do ambiente”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, set/out 2011, p. 315-317. Cfr. supra 3.4.

Derecho penal; y, de hecho, para que se alcance una armonía de dicha técnica con el principio ‘*nullum crimen sine lege scripta*’.

En otras palabras, como hemos visto, la doctrina que acepta el uso de la técnica de las leyes penales en blanco la limita a los supuestos en que el precepto remisor ya contenga definida los lindes de la materia de prohibición<sup>690</sup>. El Tribunal Constitucional español así también lo sostiene<sup>691</sup>. Insta señalar, una vez más<sup>692</sup>, que lo que es exigible del legislador es definir, ya en la ley en blanco, el núcleo esencial – el tipo de acción provisional, lo que, grosso modo, se intenta dirigir como conducta –, y no una completa descripción típica a prescindir de una completud sintáctica por el enunciado remitido. Con éste, por cierto, tendremos un precepto completo, conformador del núcleo – completo – de lo prohibido, aunque lo esencial ya lo encontremos en el precepto remisor.

Algo semejante anotamos en todos los preceptos incriminadores de la Parte especial del Código. Cuando se dice que ‘el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio’ (art. 138 del Código penal español), un precepto que no se encaja en la descripción de una ley penal en blanco, tenemos también en el propio precepto el núcleo esencial de lo prohibido (matar a otro), empero debemos remitir la interpretación a otros sitios – incluso algunos sin un soporte legal, como, p. ej., en los casos de causas de justificación supraleales que son mayoritariamente aceptadas por la doctrina<sup>693</sup> – para tener la certeza de lo prohibido y así dirigir la conducta (principal razón de la actividad normativa)<sup>694</sup>. Recalcando: lo que intenta el legislador es evitar que se mate a otro (núcleo esencial de lo prohibido), sin embargo, otras directrices de la norma penal completa se debe encontrar en otros enunciados, incluso en enunciados no jurídicos; y no se puede sostener que también no conforman parte del núcleo (aunque no-esencial) de la materia prohibida.

---

<sup>690</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 65; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 44-45; SILVA, Pablo Rodrigo Aflenda. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.137.

<sup>691</sup> Cfr. supra 3.3.

<sup>692</sup> Cfr. supra 4.4.

<sup>693</sup> Por todos: RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. “El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 172.

<sup>694</sup> En contra, entendiendo que todo lo que es relevante para el tipo de acción sería ya ‘núcleo esencial de la materia de prohibición’: GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 88-89; DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 167.

Así que, a guisa de conclusión, no viola el *nullum crimen sine lege scripta* la ley penal en blanco, propia o impropia, que contenga en sí misma el núcleo esencial tal y cual delimitado, permitiendo a la regla de complemento aportar aspectos limitativos, aunque sean, en muchos casos, también parte del núcleo de prohibición<sup>695</sup>. En las palabras de FRAGOSO, dicha “*integração deve ser feita nos precisos limites fixados pelo preceito genérico da norma em branco, não sendo possível que um ato administrativo, por exemplo, ultrapasse o claro da lei penal, sem ferir o princípio de estrita legalidade dos crimes e das penas*”<sup>696</sup>.

El caso español exige aún otros matices, lo que debemos tratar en tópico apartado. Sin embargo, aquí ya lo dejamos registrado que la Carta Política que rige en España reclama para la materia penal expresamente el rango de Ley Orgánica (art. 81.1<sup>697</sup>), bien como la

---

<sup>695</sup> Exactamente por el principio ‘*nullum crimen sine lege scripta*’, parte importante de la doctrina suele defenestrar solamente las leyes en blanco propias (muchos, incluso, aseverando que sólo tales serían verdaderas leyes penales en blanco (cfr. supra 4.3), bajo el argumento de que, en las impropias, por resultar el complemento de una actividad también legislativa, la función político-democrática del principio de legalidad estaría respetada, no se presentando significativos escollos para el principio de legalidad penal (así, p. ej., BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 158-159). Es curioso dicho argumento porque, algún autor, incluso, sostiene que son exactamente las leyes penales en blanco propias las que están justificadas en el orden jurídico, pues “son las que permiten subordinarse a los fines de estas estructuras en blanco para cumplir su específica función de previsión (a diferencia de lo que sucede con las remisiones ‘internas’ y con las extrapenales hechas a otras disposiciones insertas en normas de igual o, incluso, superior rango legal” (DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 121). Certera esta argumentación, cabe preguntarse: ¿Justificándolas por remitirlas a normativas de rango infralegal, como sostener exactamente por dicha *ratio* su inconstitucionalidad?

<sup>696</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 85. Así también lo sostiene, con pocos matices: en España, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 123-124; en Colombia, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 76-77; en Argentina, NUÑEZ, Ricardo C.. *Manual de Derecho penal, parte general*, 4ª edición (actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González). Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999, p. 66. También en Brasil, abogan la admisibilidad de una remisión externa en bloque GOMES, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA y BIANCHINI, admitiendo el recurso a dicha técnica legislativa cuando “a própria disposição penal já contenha o núcleo essencial da proibição, quer dizer, que seja ‘lei descritiva da tipicidade’ e não a norma de inferior categoria hierárquica ou da mesma categoria a que determine a matéria de proibição” (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito penal*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 632).

<sup>697</sup> “Art. 81.1 Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”. A propósito, señala PEREZ LUÑO que “la Constitución española de 1978 consagra expresamente este postulado al prescribir que la regulación del ejercicio de los derechos y libertades contenidos en el Capítulo II del Título I se llevará a cabo ‘sólo por ley’ (art. 53.1). Esta garantía se halla además explicitada en el artículo 86.1, que veta la posibilidad de que el Gobierno regule por Derecho-ley cuanto afecte ‘a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I’. Al propio tiempo, nuestro texto constitucional reserva a las leyes orgánicas el ‘desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas’ (art. 81.1), prescribiendo que tales leyes precisan para su aprobación el voto de la mayoría absoluta del Congreso (art. 81.1)” (PEREZ LUÑO, Antonio E.. *Los derechos fundamentales*, 8ª edición. Madrid: Tecnos, 2004, p. 70-71).

competencia privativa del Parlamento Central (art. 149.1.6<sup>698</sup>). En Brasil pasa lo mismo ante la redacción del art. 22, I, de la CFRB<sup>699</sup>, aunque no existe la necesidad de quórum cualificado para la aprobación de la materia. Y esto es, incluso, una garantía indisociable de un Estado plural, democrático y que busca una igualdad más allá del mero formalismo que impregna el término. A propósito, tiene razón CURY cuando señala que “*si ese Estado abriga la pretensión de crear el espacio más amplio posible para la convivencia y conciliación de quienes piensan y creen distinto, es necesario que las prohibiciones y mandatos punitivos procedan de aquel de los poderes cuya configuración, por ser la más pluralista, otorga más posibilidades de expresión a ‘los diferentes’, ofreciéndoles una oportunidad mayor de negociar sus contenidos o, al menos, sus límites*”<sup>700</sup>.

### 5.2.1 Leyes penales en blanco y remisión heteróloga comunitaria y autonómica

De otro lado, antes de que enfrentemos la cuestión del rango especial de ley establecido en la Carta Política de España, es necesario plantear dos posibilidades que podrán sostener dudas al respecto de la *lex scripta*: remisiones estructural-limitativas para reglamento o Ley editada por una Comunidad Autónoma; y remisiones estructural-limitativas para reglamentos o Tratados internacionales<sup>701</sup>.

En cuanto a la primera posibilidad, la doctrina que admite la posibilidad de remisión externa, infralegal, parece no tener problemas en aceptarla. A propósito, DOVAL PAIS señala que se puede “*permitir acomodar la ley penal a necesidades materiales de regulación diversa (es decir, debidas a estrictas exigencias de igualdad) en los casos en que existan fundadas razones para romper el régimen general de uniformidad (formal) de la ley penal*”<sup>702</sup>. Con matices, también aceptan dicha posibilidad CURY<sup>703</sup>, CASABÓ RUIZ<sup>704</sup> y LUZÓN PEÑA<sup>705</sup>.

---

<sup>698</sup> Constitución española, art. 149. 1: ‘El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:... 6ª Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas’.

<sup>699</sup> Constitución brasileña, art. 22: ‘Compete privativamente à União legislar sobre: I. direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho’.

<sup>700</sup> CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 20-21.

<sup>701</sup> Por los límites del trabajo restringimos el análisis a dichas remisiones, pues, a decir verdad, el dinamismo del legislador penal hace con que utilice todas las especies de remisiones en su discurso normativo. Véase lo que pasa con el art. 371. 1 del CP español, donde hay una remisión externa, estática u aclarativa a la normativa internacional; a menudo al cuadro I y cuadro II de la convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

<sup>702</sup> DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 133. En semejante sentido: SANTANA VEGA, Dulce

Sobre el Derecho brasileño, donde la Ley 9.605/1998 también admite la remisión externa a leyes o reglamentos de competencia de los Estados Federados y de los Municipios (p. ej., art. 36<sup>706</sup>), concluye con exactitud CARVALHO que los “*aspectos específicos da própria matéria de regulação (de natureza técnica, biológica, etc.) podem exigir que os tipos penais se adaptem às diversidades regionais, o que só pode ser logrado através do recurso às leis penais em branco. A observância da normativa administrativa local significa, nesses casos, um importante aliado para a adaptação do conteúdo do injusto ambiental à natureza das coisas*”<sup>707</sup>.

A decir verdad, en una remisión estructural-limitativa heteróloga autonómica, los bienes jurídicos protegidos penalmente están protegidos de igual modo en todo territorio español, aunque pueda haber un tratamiento desigual de las circunstancias específicas en que se infringe la prohibición, justificado por vicisitudes regionales y de acuerdo con la normativa extrapenal autonómica<sup>708</sup>.

*Mutatis mutandis*, sobre la posibilidad de remisión externa a la normativa comunitaria europea, advierte MÉNDEZ RODRÍGUEZ que “*el derecho comunitario es imprescindible para integrar los tipos penales nacionales que contienen elementos normativos o se configuran como tipos penales en blanco, de forma que su comprensión y aplicación precisa*

---

María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 36-37; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 76-77.

<sup>703</sup> “Es preciso que la instancia legislativa a la cual la ley en blanco confía la dictación de la disposición complementaria, tenga una potestad extendida a todo el territorio nacional... Por supuesto, nada obsta a que, en determinadas circunstancias, el legislador atienda a las particularidades de una zona determinada y consagre la tipicidad de una conducta solo cuando se la ejecuta en ella” (CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 84-85).

<sup>704</sup> Restringiendo dicha posibilidad remisiva para cuando el precepto remitido ya exista en el momento de enunciación del precepto remisor, CASABÓ RUIZ señala que “indudablemente hay que considerar legítimo el reenvío a actos normativos de rango inferior a la ley, orgánica u ordinaria, cuando estos son anteriores y conocidos por el legislador, porque entonces la Ley asume su contenido. Las dificultades surgen cuando se trata de disposiciones o actos de grado inferior posteriores a la Ley” (CASABÓ RUIZ, José R. “La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. V, año 1982, p. 257-258).

<sup>705</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal, parte general*, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 153.

<sup>706</sup> Ley Federal 9.605/1998, art. 36: ‘Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hídricos, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora’.

<sup>707</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. “Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do ambiente”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, set/out 2011, p. 318.

<sup>708</sup> Cfr. GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 96.

el recurso a la normativa comunitaria”<sup>709</sup>. Además, la propia CE, en su art. 93, refrenda dicha accesividad integrativa, ya que establece que ‘Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución’.

Converge en dicho planteamiento SANTANA VEGA<sup>710</sup>, para quien “en virtud del art. 93 de la Constitución española y del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, la presencia del Derecho comunitario se pone de manifiesto en el Derecho penal, consecuencia del efecto directo y supremacía del Derecho comunitario”, añadiendo que “la normativa comunitaria va a ser acto de presencia en el Derecho penal por la vía de certeza que supone la técnica de las leyes penales en blanco. En este punto, las objeciones constitucionales... no concurren dado la existencia de cobertura constitucional”.

En efecto, se debe admitir dicha técnica, claro que dentro de las competencias *ratione materiae* definidas por el Estado en su conformación constitucional<sup>711</sup> – sea autonómica, sea comunitaria –, pues no suscita problemas en valerse de remisiones externas cuando sean limitativas, como suele ocurrir en las hipótesis de leyes penales en blanco como aquí las justificamos<sup>712</sup>.

---

<sup>709</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. "Hacia la internacionalización del derecho penal". En: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. SANZ MULAS, Nieves (coord.). *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*. Granada: Comares, 2005, p. 55.

<sup>710</sup> SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 84-86. Otrosí, merece destaca la advertencia de BACIGALUPO: "La internalización del principio de legalidad, por tanto, ha llevado consigo una considerable ampliación de las fuentes del Derecho penal, pues ha introducido también las fuentes del Derecho internacional, mucho más amplias, relativizando de esta manera el significado de la legalidad en la idea de seguridad jurídica y, en consecuencia, tanto el requisito de la *lex scripta* como el de la *lex praevia*" (BACIGALUPO, Enrique. "Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal". En: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 60). También así, incluso citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 116.

<sup>711</sup> A propósito, advierte SILVA: "As leis penais em branco não são consideradas inconstitucionais, desde que a sua estrutura venha imposta pela divisão de poderes do Estado, ou seja, sempre e quando o uso da técnica das leis penais em branco não implique uma delegação de poderes, o que ocorre quando se atribui a dispositivo de categoria inferior tão só a individualização da matéria de proibição, ficando portanto dentro do marco estabelecido pela lei, que, por sua vez, deve estar estabelecido de maneira suficiente em decorrência da exigência de *lex certa*" (SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 140).

<sup>712</sup> Así también la advertencia de CURY: "Aunque se abandone el complemento a una norma extranjera o supraestatal, los tipos en blanco siempre deben contener la descripción de la conducta sancionada. En consecuencia, la ley nacional conserva la facultad de determinar el núcleo básico del hecho, entregando a la instancia legislativa foránea solo la de hacer precisiones más de detalle sobre los presupuestos de su punibilidad" (CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 87). En contra: GARCIA ARAN, quien sostiene que "las remisiones en bloque a normas autonómicas, lesionan la competencia

La cuestión merece más debate cuando enfrentamos la necesidad de Ley Orgánica para la material penal, lo que, evidentemente, pone en liza dicha técnica legislativa, a menudo en las remisiones heterólogas.

### 5.2.2 Leyes penales en blanco y la necesidad de Ley Orgánica

Como ha puesto de manifiesto MUÑOZ CONDE, *“la problemática que plantean las leyes penales en blanco en relación al principio de legalidad aparece cuando la remisión se lleva a cabo respecto de una disposición de rango inferior al de la propia ley penal... En tales casos, parte de la definición de la conducta (v. acción, teoría del delito) se contiene en una disposición que, complementando la ley penal, no ha sido dictada por el poder legislativo, con lo que puede resultar infringida la reserva de ley y en su caso la reserva de ley orgánica que afecta a las leyes penales”*<sup>713</sup>. En semejante sentido, SANTANA VEGA nos recuerda que *“la reserva de ley —orgánica— supone una serie de garantías para el ciudadano que se pretende preservar mediante la distribución de competencias entre los poderes del Estado. Sin embargo, en el Estado social de Derecho se aprecia una tendencia a desequilibrar esta balanza. Las leyes penales en blanco son, en el ámbito penal, una manifestación de esta tendencia al desequilibrio y consiguiente inmiscución en la esfera de libertad de los ciudadanos por parte del Poder Ejecutivo”*<sup>714</sup>.

En las palabras siempre acertadas de BACIGALUPO, *“el ejercicio de un derecho fundamental no requiere justificación alguna; lo que requiere justificación es, precisamente, la limitación de un derecho fundamental y, además, que ello sólo es posible mediante una ley orgánica (art. 81.1, CE)”*<sup>715</sup>. En este orden de ideas, podemos afirmar que la potestad legislativa se ha de ejercitarse adaptándose al ordenamiento de las competencias estatales con arreglo a la delimitación preventiva que realiza y, eventualmente, a las directrices de la norma suprema, que lo limita, además, en el artículo 81.1 CE<sup>716</sup>. Es decir, *“a través de la reserva de*

---

exclusiva del Estado en materia penal y el principio de legalidad”, pues “si el delito – o parte del mismo – se define en una norma autonómica, lo desigual se integra completamente en la ley penal, que se convierte en norma desigual” (GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 99).

<sup>713</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; CUADRADO RUIZ, M. A.. “Ley penal en blanco”. En: MONTROYA MELGAR, Alfredo (dir.); LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (coord.). *Enciclopedia jurídica básica*, tomo III. Madrid: Civitas, 1995, p. 4013.

<sup>714</sup> SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 27.

<sup>715</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 27.

<sup>716</sup> GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel. *Derechos fundamentales y estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Dilex, 2007, p. 58.

*Ley Orgánica en materia penal, el Constituyente quería, por un lado, marginar los modos a través de los cuales el aparato normativo penal franquista fue construyendo en España durante cuarenta largos años el Ordenamiento punitivo, y por otro pretendía fijar las líneas dentro de las cuales debía ser elaborada la reforma penal democrática”<sup>717</sup>.*

Sin embargo, como todo lo que pasa con el tema propuesto, parece que la doctrina española está lejos de alcanzar unicidad: mientras una fuerte corriente doctrinaria<sup>718</sup> no admite la edición de leyes penales sino con rango de Ley Orgánica – exactamente por ‘desarrollar’ o ‘limitar’ derechos fundamentales –, otros autores<sup>719</sup> expresamente niegan tal necesidad procedimental; y, por fin, el Tribunal constitucional español<sup>720</sup>, con apoyo en respetable doctrina<sup>721</sup>, asegura que solo algunas leyes penales necesitarían de rango de Ley Orgánica, siendo que a otras, donde no se afectan – de hecho – derechos fundamentales, bastaría Ley Ordinaria.

Así que tres son las tesis actuales sobre la imbricada relación Ley Orgánica/Derecho penal, que debemos rápidamente analizar para alcanzar una posición cuanto a lo que cabe al tema propuesto.

Los que defienden la tesis negadora siempre abrazan el concepto de que ‘limitar’ no es ‘desarrollar’, a la postre en lo que ha querido decir el legislador constituyente con el precepto establecido en el art. 81.1 de la CE. Además, con una interpretación puramente teleológica del texto constitucional han profesorado que la necesidad de cambio, de actualización de la

---

<sup>717</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre el principio de legalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 11.

<sup>718</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 104; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO, José Ramón. *Lecciones de derecho penal, parte general*, 2ª edición. Barcelona: Praxis, 1999, p. 45-46; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 113-114; COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.. *Derecho penal, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991, p. 63; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal, parte general, fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, 3ª edición. Barcelona: Bosch, 1996, p. 402; CARBONELL MATEUS, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 116.

<sup>719</sup> Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1994, n. 52, p. 105; RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, parte general*, decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 180-181.

<sup>720</sup> Sentencia n. 140, de 11 de noviembre de 1986, del Tribunal Constitucional español.

<sup>721</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 110-111; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal, parte general I*. Madrid: Universitas, 1996, p. 141; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 206.

normativa penal, no sobrevive a un intento de fijar la necesidad de limitar la libertad individual, en último plan en ámbito penal, solamente con la edición de Leyes Orgánicas, que, como es sabido, son más morosas y con exigencias que denotan la rigidez del ámbito de actuación del legislador (argumento que se suele utilizar, como hemos visto, para justificar la necesidad de empleo de la técnica de las leyes penales en blanco)<sup>722</sup>.

Junto a esta interpretación negadora de la necesidad de Leyes Orgánicas para el desarrollo de leyes con contenido penal, encontramos los que sí profesan tal necesidad, pero con algunos matices. MIR PUIG<sup>723</sup>, verbigracia, señala que *"el art. 81 no se refiere expresamente al Derecho penal, pero alcanza a este su declaración de que 'son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas'"*, pues *"el Derecho penal afecta casi siempre a tales derechos y libertades en forma directa"*; entretanto, *"es dudoso que ello pueda afirmarse de las penas de inhabilitación especial para profesión u oficio, de privación de derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotor y de privación de Derecho a la tenencia y porte de armas, así como del comiso"*.

En otro orden de cosas, los que defienden la tesis absoluta lo hacen mirando para la *ultima ratio* del control penal y por sus consecuencias de intromisión estatal en la esfera privada. En este derrotero camina POLAINO NAVARRETE, quien advierte que *"a tenor del principio de reserva de ley orgánica, conforme a la Constitución española, todos los actos estatalmente gravosos a los ciudadanos requieren el fundamento de una ley formal: en el ámbito del Derecho penal, las garantías formales del Estado de Derecho alcanzan su máxima fuerza, porque la libertad individual no puede ser amenazada por nada más gravemente que por el actuar arbitrario de la autoridad que se sirva del medio coactivo del poder penal"*<sup>724</sup>.

Esta dominante doctrina, con algunas vicisitudes, comprende que el artículo 81.1 CE no se refiere a la regulación del ejercicio sino al desarrollo de los derechos, lo que ha de ser

---

<sup>722</sup> RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, parte general*, decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 180-181.

<sup>723</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 110-111. En semejante sentido: CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, I, adenda a la 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2006, p. 187.

<sup>724</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal, parte general, fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, 3ª edición. Barcelona: Bosch, 1996, p. 402.

entendido forzosamente con carácter general. Su defensor, CARBONELL MATEU<sup>725</sup> asevera que *“por desarrollo debe entenderse cualquier tipo de regulación general de los derechos, lo que, partiendo de su reconocimiento genérico por la Constitución, nos ha de conducir a la consideración de las normas que impongan límites a los mismos derivados de su necesaria convivencia con el resto de los derechos fundamentales”*, añadiendo que *“la definición, pues, de cualquier delito afecta necesariamente al desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas”*.

La cuestión no es decididamente fácil, como también lejos de una unanimidad se encuentra la posición adoptada por el Tribunal Constitucional español. Tal Tribunal, instado a manifestarse, ha adoptado la tesis intermedia sobredicha. Entretanto, lo ha hecho con un gran debate desde la Sentencia n. 140 de 11 de noviembre de 1986, cuando, expresamente adoptando la tesis negadora, el Magistrado DÍAZ EIMIL ha ceñido su posición en la diferenciación entre ‘desarrollo’ y ‘limitación’ de un derecho fundamental, estableciendo que lo que hace el Derecho penal es limitar, no desarrollar, prescindiendo de los rigurosos procedimientos previstos por el artículo 81.1 de la CE<sup>726</sup>.

Sin embargo, como hemos dicho anteriormente, el Tribunal Constitucional español ha consagrado, aunque por mayoría, el entendimiento de que la materia penal es de rango de Ley Orgánica cuando prevea pena privativa de libertad, de prohibición de residencia o de acercamiento. Tal postura ha tenido amplia mayoría y así quedó sostenida en el juzgamiento. Según ha fallado el Tribunal, *“no cabe duda de que las normas penales (como ha admitido la gran mayoría de nuestra doctrina penalista) suponen un desarrollo del Derecho a la libertad (aparte de otros derechos fundamentales que no son ahora relevantes). El desarrollo legislativo de un Derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste,*

---

<sup>725</sup> CARBONELL MATEUS, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 116.

<sup>726</sup> “Debe distinguirse entre ‘leyes de desarrollo’ y ‘leyes limitativas’, y señalar que las primeras son aquellas que, de manera específica y a su sólo objeto, establecen la configuración del Derecho o libertad, determinando su contenido, forma de ejercicio y garantías procesales, es decir, constituyen el estatuto general del Derecho o libertad que desarrollan, mientras que las segundas, dictadas al margen de todo propósito de regulación de los mismos, son las que inciden en ellos de manera negativa con normas que limitan su ejercicio o incluso lo suprimen temporalmente. Es claro que las leyes penales sustantivas, que establecen delitos y sus penas correspondientes, son leyes que, en relación con el Derecho a la libertad personal, no son incluíbles entre las primeras, pues su objeto no es definir su contenido, sino que pertenecen a las segundas en cuanto inciden en su ejercicio, al autorizar penas que impiden su ejercicio. Es por ello muy discutible que el comentado art. 81.1 imponga reserva de Ley Orgánica a las leyes penales, pues, en contra de lo expuesto, resulta difícil de admitir una categoría jurídica tan forzada como es el de ‘leyes de desarrollo negativo de los derechos fundamentales y libertades políticas’” (Tribunal Constitucional español, Sentencia n. 140 de 11 de noviembre de 1986, declaración de voto del vocal DÍAZ EIMIL).

*precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 de la CE, es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social”*<sup>727</sup>.

Y eso es así, como ha decidido la Corte Constitucional española, porque “*no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí*”, de modo que “*el Código Penal y en general las normas penales, estén en el enmarcadas formalmente, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantías y desarrollo del Derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 de la CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánica*”<sup>728</sup>.

LUZÓN PEÑA, concordando con dicha posición, señala que “*hay que rechazar el argumento de la doc.dom. de que todas las penas y medidas de seguridad afectan al derecho al honor del condenado, pues, aparte de que en el Derecho penal moderno se ha llegado a la supresión de las penas jurídicamente deshonrosas, tampoco todas las penas y medidas tienen un carácter fácticamente deshonroso*”<sup>729</sup>. LASCURAÍN SÁNCHEZ va más lejos en su conclusión. El autor sostiene que tan solamente las leyes penales que prevean pena privativa de libertad deben tener rango de Ley Orgánica – una visión aún más restrictiva de la tesis intermedia –, pero pone de relieve el hecho de que el Código penal como un todo fuera aprobado como Ley Orgánica, mientras posee normas que no desarrollan derechos fundamentales<sup>730</sup>. Advierte que “*su pernicioso efecto es el de bloquear la materia a su cauce natural de regulación (ley ordinaria) hasta que el mismo sea corregido, si lo es, por el Tribunal Constitucional*”<sup>731</sup>.

Pero no creemos así: no se puede recriminar el hecho de que sea el Código penal como un todo establecido por Ley Orgánica, sobre un entendimiento intermedio, en razón de una mayor o menor dificultad de alteración. No es el rango del vehículo introductor de la norma

---

<sup>727</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia n. 140 de 11 de noviembre de 1986.

<sup>728</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia n. 140 de 11 de noviembre de 1986.

<sup>729</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal, parte general*, I. Madrid: Universitas, 1996, p.141.

<sup>730</sup> “La aprobación casi indiferenciada del Código Penal como ley orgánica pueda calificarse como una práctica inconstitucional, una extralimitación de ley orgánica que no provoca la inconstitucionalidad de la regulación en sí, pero sí de su forma. Su pernicioso efecto es el de bloquear la materia a su cauce natural de regulación (ley ordinaria) hasta que el mismo sea corregido, si lo es, por el Tribunal Constitucional” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (coord.). *Introducción al derecho penal*. Pamplona: Thompson Reuters, 2011, p. 75)

<sup>731</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (coord.). *Introducción al derecho penal*. Pamplona: Thompson Reuters, 2011, p. 75.

que desvelará su medio de alteración o su necesario rango de Ley Orgánica; y sí la materia que prevea, el desarrollo de un derecho fundamental (art. 81.1 CE). En el caso de que no sea todo el Código penal abarcador de derechos fundamentales, no vemos dificultad ninguna de que el cambio sea llevado a cabo por intermedio de una Ley Ordinaria<sup>732</sup>.

Ahora bien, no sólo debe decirse que la materia penal es proscrita a vehiculación por intermedio de otro vehículo introductor que no sea de rango de Ley Orgánica, sino también que toda ley penal termina por ser una ley 'relativa al desarrollo de los derechos fundamentales' (art. 81.1 CE). A propósito, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros advierten que *"hubiera sido más consecuente el Tribunal Constitucional si hubiera extendido la reserva de Ley Orgánica a toda la materia penal y no sólo a la afectada por la pena privativa de libertad, pues en primer lugar, la otra pena más común, la de multa, lleva normalmente consigo el arresto sustitutorio en caso de impago; segundo, porque toda ley penal afecta a la libertad personal en general, pues impone prohibiciones o mandatos de actuar y, por último, supone el desarrollo del art. 25.1, que también es un Derecho fundamental"*<sup>733</sup>.

Lo que hace la diferencia, en nuestro análisis, no es aisladamente la consecuencia jurídica, pues de ahí obviamente la tesis intermedia prevalecería. A lo mejor lo que se debe tener en cuenta es la especificidad de lo penal, lo que de hecho se intenta proteger y se logra en ello restringir: la libertad individual de las personas. Y, a la postre, con la restricción de la libertad humana, sabidamente un derecho fundamental consagrado por la CE de 1978, otra conclusión no se alcanza que no la necesidad de Ley Orgánica para todo y cualquier enunciado de materia penal, incluso para las denominadas leyes penales en blanco. A tela de juicio, sea por la consecuencia punitiva (penas restrictiva de libertad, de multa, de inhabilitación, accesoria, restrictiva de derechos, etc.); sea por la mera estructura sistémica,

---

<sup>732</sup> A propósito, alecciona TORRES DE MORAL que "el procedimiento especial con requisitos agravados no confiere mayor jerarquía a las leyes orgánicas... de haber jerarquía según sea más o menos agravado su itinerario legislativo, la ley de armonización sería superior a todas. Pero estos procedimientos no dan lugar a Leyes jerarquizadas, lo mismo que una sentencia de la Audiencia dicen Villar y Suñé con agudeza – no es jerárquicamente superior a otra por el número de magistrados necesarios para dictarla, y como tampoco, cabe añadir, las leyes orgánicas que han aprobado unos estatutos de autonomía son jerárquicamente superiores a las que aprobaron otros por haber sido diferente el procedimiento legislativo, que ha precisado referendo popular en algunos casos" (TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*, 2ª edición. Madrid: Átomo Ediciones, 1988, p. 82).

<sup>733</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO, José Ramón. *Lecciones de derecho penal, parte general*, 2ª edición. Barcelona: Praxis, 1999, p. 45-46.

en lo penal es indudable que hay un desarrollo de la libertad<sup>734</sup>. De ahí que, bajo una necesaria interpretación sistemático-teleológica, el término 'legislación' del art. 25.1 de la CE equivale a Ley Orgánica para efectos de enunciación de una ley penal<sup>735</sup>.

Ahora bien, Ley Orgánica es exigible sólo para los límites del núcleo esencial de la materia de prohibición – no necesariamente para que se deje a cargo de las disposiciones remitidas otros aspectos laterales o limitativos de la materia de prohibición –, pues, como hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, todo lo que limite dicho núcleo esencial puede que sea vehiculado por dispositivo de rango inferior<sup>736</sup>. Lo importante es que el núcleo esencial sea vehiculado por la ley penal, con rango de Ley Orgánica. Sin embargo, el principio de reserva relativa de ley aquí adoptado no impide que otros aspectos también del núcleo de lo prohibido (no-esencial) lo sean vehiculados por reglamentos jerárquicamente inferiores (aquí, como se ha sostenido anteriormente, como una remisión estructural-limitativa).

### **5.3 Leyes penales en blanco y *lex restricta* o *certa* y *stricta***

No obstante sea esencial que el precepto penal sea vehiculado por ley en sentido formal – bajo las determinaciones constitucionales de competencia y procedimiento legiferante –, no lo es suficiente en aras de armonizarse con el principio de legalidad. Es necesario, pues, que las prescripciones del discurso jurídico sean determinadas, taxativas, alejando el discurso decisorio de construcciones analógicas o excesivamente subjetivas. En aras de garantizarlo

---

<sup>734</sup> A propósito, vaticina TAVARES que “todo processo criminalizador visa, de forma direta ou indireta, à supressão da liberdade. A pena, então, constitui um componente necessário nesse processo. Ainda que, hoje, por exemplo, se substitua a pena de prisão por uma pena alternativa, essa mesma pena alternativa, tal como vigora em vários delitos – agora, em especial no uso de droga ilícita –, tem um caráter aflitivo, que implica uma forma de constrangimento. A liberdade, portanto, não deixa de ser afetada quando se vê restringida por imposições de cumprir certas tarefas...” (TAVARES, Juarez. “Os objetos simbólicos da proibição: O que se desvenda a partir da presunção de evidência”. Disponible en internet: [www.juareztavares.com](http://www.juareztavares.com). Consultado en: 28/07/2014, p. 14).

<sup>735</sup> Cfr. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 38-40.

<sup>736</sup> A propósito, profesan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros: “Nada obsta, por el contrario, a que cualquiera de las disposiciones legales citadas inferiores o distintas a la Ley ordinaria y a la Ley Orgánica puedan y deban tener efectos *desincriminadores* en las llamadas leyes penales en blanco, y no sólo porque la incriminación de una conducta requiera un juicio de antijuricidad, es decir, de contradicción de las mismas con todo el Ordenamiento jurídico, sino porque el principio de legalidad es un principio garantizador de la libertad del ciudadano, y la restricción penal de la libertad no puede prevalecer sobre la libertad establecida por cualquier otra disposición legal” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal*, 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010, p. 51). En semejante sentido: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 114.

así, la mejor doctrina consagra los subprincipios *nullum crimen sine lege restricta* o *certa* y *nullum crimen sine lege stricta*<sup>737</sup>.

Así conformado, el principio de legalidad “*del legislador exige que formule las descripciones del delito del modo más preciso posible (nullum crimen sine lege certa)... Del Juez exige que sus condenas se basen en la ley escrita y no en el derecho consuetudinario (nullum crimen sine lege scripta) y que no amplíe la ley escrita en perjuicio del afectado (nullum crimen sine lege stricta)*”<sup>738</sup>. LOPES, rotundamente, advierte: “*O postulado da taxatividade ou determinação, também conhecido por princípio da determinabilidade, exige que a norma penal seja clara, certa e precisa. Não é deferida ao legislador a possibilidade de criar leis penais com redação dúbia, vaga ou contraditória*”<sup>739</sup>.

En efecto, aunque denoten una preocupación por la seguridad jurídica, ambos subprincipios señalan proscipciones a menudo diferentes: en cuanto el *nullum crimen sine lege certa* prohíbe leyes indeterminadas o excesivamente abiertas, el *nullum crimen sine lege stricta* defenestra el subjetivismo excesivo del aplicador de la regla, sea ante una interpretación extensiva<sup>740</sup>, sea ante una exegesis por analogía *in malam partem*<sup>741</sup>. Aquí, una

---

<sup>737</sup> Cfr. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 128; RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. “El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 184; NAVARRO FRÍAS, Irene. *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Granada: Comares, 2010, p. 19-20.

<sup>738</sup> VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 36. También el Tribunal Constitucional español “ha considerado que la cuestión de la determinación estricta o precisa de la ley penal se encuentra vinculada con el alcance del principio de legalidad... el principio de legalidad penal garantiza, por un lado, el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación así como una interpretación analógica de la misma; y por otro la seguridad del ciudadano en cuanto la certeza de la ley penal, cuya exigencia es inherente a dicho principio, le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente” (Sentencia n. 133 de 21 de julio de 1987).

<sup>739</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 123.

<sup>740</sup> Expresamente aceptando, en el ámbito penal, la interpretación extensiva, señala RETTIG ESPINOZA que “no debe confundirse la analogía con la interpretación extensiva de la ley penal. En efecto, mientras la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal, la interpretación extensiva consiste en aplicar la ley penal en un sentido que no desborde o rebase los límites del texto legal. Por lo tanto, la interpretación extensiva es legítima, por cuanto se halla dentro del sentido literal posible del texto legal” (RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. “El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 174-175). Admitiéndola cuando “os casos não previstos expressamente devem ser *a fortiori* abrangidos pelo dispositivo” LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 78. En semejante sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 149; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 115. En contra: VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004,

importante aclaración: “*Há uma diferença elementar entre a interpretação e a integração da lei penal. Na primeira hipótese, o estudioso ou profissional se limita ao processo intelectual de conhecimento da norma, aferindo o seu conteúdo material; na segunda, a norma precisa ser completada por outra norma penal ou extrapenal. Assim ocorre no caso das normas penais em branco*”<sup>742</sup>.

No obstante, de que ambos sean imperiosos para el ejercicio de la libertad de los individuos extraemos una indudable conclusión: dirigido al legislador, el *nullum crimen sine lege certa* busca evitar una indeterminación de lo prohibido en sus discursos normativos; en otras palabras, evitar en lo posible el subjetivismo en el proceso de construcción signica<sup>743</sup>. Y el *nullum crimen sine lege stricta*, mientras busca también evitar dicho ‘subjetivismo’ exagerado, lo hace más bien dirigido al intérprete, proscribiendo expedientes exegéticos incompatibles con el nivel de seguridad jurídica exigido por un discurso normativo penal. Sin

---

p. 36; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Compendio de derecho penal, parte general*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 65-66.

<sup>741</sup> Sobre la analogía y la interpretación, impende registrar la advertencia de TAVARES: “La dificultad de establecer, desde el principio, una diferencia entre analogía e interpretación es prácticamente insalvable. En el fondo, todo proceso de interpretación es un procedimiento analógico” (TAVARES, Juevez. “Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia” (trad. Francisco Muñoz Conde). En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XL, Fascículo III, año MCMLXXXVII, septiembre-diciembre, p. 758). En sentido semejante: “El principio de legalidad no prohíbe la analogía, porque no prohíbe interpretar, sino que prohíbe generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisibles” (JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios superiores del Derecho penal*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 21). Sin embargo la sapiencia de la lección, en general la doctrina suele inadmitir la analogía *in malam partem* y aceptarla cuando en favor del reo: MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. Juan Córdoba Roda). Barcelona: Ariel, 1962, p. 100-101; ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal, parte general*, 8ª edición (trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín). Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 66-70; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición (trad. Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Comares, 2002, p. 142-145; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 156-158; HUERTA TOCILDO, Susana. “El derecho fundamental a la legalidad penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre de 1992, p. 104-106; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 123; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 182-186; LOBATO, José Danilo Tavares. “Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 122). En contra, incluso cuando la analogía fuera *in bonam partem*, JIMENEZ DE ASÚA, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo II, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 524).

<sup>742</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal, parte geral*, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 324.

<sup>743</sup> A propósito, advierte LOPES que “o princípio da legalidade, para ser realmente eficaz, deve ser conexionado com o princípio da taxatividade”, el cual “deve presidir a formulação técnica da lei penal. Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais de ilicitude, a fim de se saber, de modo taxativo, o que é penalmente ilícito ou proibido” (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 130). En semejante sentido: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 235.

embargo, aunque con las diferencias de finalidades, ambos terminan conexionados<sup>744</sup>. En las abalizadas palabras de PALAZZO, se busca “*que la ley sea expresión de la voluntad democrática y por el contrario el juez sea privado de legitimación democrática*”<sup>745</sup>.

Netamente sobre el tema que interesa al trabajo, el análisis coyuntural de dichos subprincipios nos conlleva a importantes consideraciones: si se debe mantener en la ley formal la determinación de la materia de prohibición, según el principio de taxatividad, ¿no lo estamos vulnerando al aceptar una ley penal en blanco propia?<sup>746</sup> A su vez, si debemos restringir en la medida de lo posible la analogía o, incluso, la interpretación extensiva por el aplicador de la regla, ¿no sería más ventajoso una ley penal en blanco propia que un elemento normativo del tipo?<sup>747</sup>

Es obvio que ambos cuestionamientos tendrán respuestas diferentes según la postura que se mantenga en cuanto a la necesidad de protección (y a que costo) de determinados ámbitos jurídicos, a menudo, de bienes jurídicos ‘normativizados’ como los institucionales, los difusos y los colectivos<sup>748</sup>. Verbigracia, mientras algunos autores sostengan que “*en la*

---

<sup>744</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”. En: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (dir.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (coord.). *Constitución y principios de derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 44. Algunos autores, como SCHMIDT, llegan a sugerir que el *nullum crimen sine lege scripta* también está dirigido al legislador: “O *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, portanto, é um limitador formal tanto da atividade legislativa quanto da atividade judicial, visto que, enquanto a proibição está adstrita à existência de um diploma legal formal, a repressão, ademais, está condicionada à aplicação restritiva do Direito” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 147). En semejante sentido: VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 40.

<sup>745</sup> PALAZZO, Francesco. “La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de regla iuris” (trad. Irene Melero Sánchez y Susana Barón Quintero). En: *Revista Penal, Valencia*, n. 25, janeiro de 2010, p. 106.

<sup>746</sup> Respondiendo afirmativamente: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 74; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 159; QUEIROZ, Paulo. “Leis penais em branco e o princípio da reserva legal”. Disponible en internet: <http://pauloqueiroz.net>. Consultado en: 01/04/2014); RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. “El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 184-186.

<sup>747</sup> Así lo sostienen, verbigracia, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 51-52; SILVA SANCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. XVI, 1993, p. 423; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 52-53; NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 93.

<sup>748</sup> Pues, en que pese sea verdadero que “el mandato de determinación proscribire todas las leyes penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible y ordena redacciones lo más precisas posibles de las mismas”, no se puede soslayar que “a nivel técnico resulta a veces dificultoso mantener a ultranza el mandato de taxatividad frente a concretos requerimientos de utilidad”, así como “no se puede siempre evitar el empleo de términos valorativos, pues hay materias en las que sólo estos términos permiten dotar de significado

*regulación de materias complejas en las que es esencial una actuación positiva de los poderes públicos, la remisión a normas específicas de rango inferior puede ayudar a cerrar el tipo – adaptándolo a los distintos intereses en juego – y, por tanto, redundar en una mayor certeza”<sup>749</sup>; otros mantienen una posición clásica del principio de legalidad, señalando que “si esta remisión se dirige a una ley dictada por una legislatura provincial o por una repartición administrativa, sea nacional o provincial, se estaría delegando de manera prohibida la atribución legislativa en materia penal... a pesar de regular materias cambiantes (controles bromatológicos, medicamentos, sanidad animal, etc.)”<sup>750</sup>.*

Ahora bien, primeramente, si se acepta que determinados ámbitos de la sociedad, cambiantes y excesivamente normativizados, merecen la tutela penal; y que dicha tutela no será efectiva sin un mecanismo igualmente dinamizado para el cambio futuro y ciertamente necesario (so pena de anquilosar la respuesta penal)<sup>751</sup>, parece insostenible la posición clásica de que *solamente* la ley penal podrá revelar aspectos de la conducta proscrita u ordenada de la norma. La cuestión sería bajo qué límites<sup>752</sup>.

---

al correspondiente tipo penal” (VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 43). En semejante sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal español*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 352.

<sup>749</sup> MATA BARRANCO, Norberto J. de la. “Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente”. En: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, primer volumen. Valencia: Universitat de València, 1997, p. 589. En semejante sentido: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal ambiental*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 60-61.

<sup>750</sup> GÓMEZ URSO, Juan Facundo. *Tipicidad penal*. Buenos Aires: Di Plácido Editor, 2005, p. 133.

<sup>751</sup> Como desde hace muchos años ha entendido el Tribunal Constitucional español: “Debemos recordar que el artículo 25.1 de la Constitución establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta (o infracción administrativa) de acuerdo con la legislación vigente. Es cierto que el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo interpone conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución, de acuerdo con su artículo 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es la dinámica y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal” (Sentencia n. 62 de 15 de octubre de 1982). Así también parece sostener BACIGALUPO: “Este Derecho penal se diferencia sobre todo del Derecho penal clásico por su 'invisibilidad' y su 'incorporeidad'... Bajo estas condiciones las consecuencias del principio de legalidad (*lex praevia, lex scripta, lex certa, lex stricta*), tienen especiales dificultades, pues han sido desarrolladas preferentemente en relación a delitos 'visibles', que tienen un determinado 'cuerpo de delito' en el sentido de la LECr” (BACIGALUPO, Enrique. “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal”. En: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 69).

<sup>752</sup> Cfr. SCALCON, Raquel Lima. “Promoção de fins por meio de normas penais: possíveis mecanismos de um necessário controle”. En: *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 244, março/2013.

Aquí, de relieve es la lección de TERRADILLOS BASOCO cuando afirma que el *"Garantismo – como en el viejo Derecho penal liberal – y eficiencia – en la sociedad de riesgo – pueden convivir, también en ese controvertido marco que llamamos Derecho penal económico, pero no a costa de una recíproca limitación, sino a través de la potenciación de sus aportes políticos y jurídicos"*<sup>753</sup>. Diríamos no sólo en el Derecho penal económico, sino que en los ‘nuevos’ valores sociales merecedores de una tutela penal y que, por sus propias vicisitudes o las de su regulación, demandan un replanteamiento de las bases principiológicas clásicas.

El primer límite que el *nullum crimen sine lege* debe imponer a la técnica aludida es exactamente que el precepto remitido sea limitativo de una conducta prohibida ya definida en el precepto remitido<sup>754</sup>. No por otro motivo TIEDEMANN es categórico en afirmar que *"sea como fuere, debe ser el propio legislador quien tome la decisión última sobre el posible contenido de la norma de comportamiento. De manera que, en cuanto deja el legislador plena libertad a la Administración para establecer obligaciones de comportamientos, el correspondiente tipo penal o contravencional deviene inconstitucional por vulnerar el art. 103 II o el art. 10 I, primer inciso de la GG (BVerfG, Wistra, 1989, p. 139 y ss)"*<sup>755</sup>.

En el mismo sentido profesa JAKOBS: *"En los reglamentos y decretos, la ley de delegación tiene que estar concretada «en su contenido, objetivo y medida» de modo «que para el ciudadano sean previsibles los presupuestos de la punibilidad y la clase de la pena ya a partir de la delegación y no sólo a partir del reglamento que en ella se apoya» (o decreto). En las leyes en blanco, pues, la propia ley en blanco (u otra ley formal) debe perfilar los presupuestos de la punibilidad, así como determinar la clase de pena, siempre que las normas de complementación no sean a su vez leyes formales"*<sup>756</sup>.

En efecto, no es la técnica remisiva que pone en liza el mandato de determinación o la prohibición de analogía *in malam partem*, sino el uso abusivo de dicha técnica. Tanto es así

---

<sup>753</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 27.

<sup>754</sup> Cfr. supra 4.4.

<sup>755</sup> TIEDEMANN, Klaus. "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas" (trad. Antoni LLabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar 2002, p. 77.

<sup>756</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 88. Así también JESUS: "A lei penal em branco, que defere a outro a fixação de determinadas condições, não é nunca uma carta branca outorgada a esse poder para que assumam funções repressivas, e, sim, o reconhecimento de uma faculdade meramente regulamentar" (JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, parte geral*, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 19).

que se suele plantear en la doctrina<sup>757</sup>, a mi parecer con razón, que las remisiones aclaratorias (características de los elementos normativos del tipo, de los tipos abiertos, de las cláusulas indeterminadas, etc.) son más ofensivas al *nullum crimen sine lege certa* y al *nullum crimen sine lege scripta* que propiamente las denominadas leyes en blanco, aunque en la modalidad heteróloga.

Y esto es así porque indubitablemente “*el primer escollo que impide la consecución de la plena determinación de las leyes penales es que el medio por el cual se acercan a la realidad y mediante el cual se transmiten es el lenguaje*”<sup>758</sup> y, como bien apunta HAFT, “*se suele sumar a los viejos defectos lingüísticos en la formulación actual de las leyes un sistema de remisiones que tiene necesariamente que conducir a errores en la aplicación de la ley, pues rebasa con mucho la capacidad de la retentiva humana*”<sup>759</sup>.

Ahora bien, en un ordenamiento donde se suele aceptar, y incluso justificar por su complejidad (muchas veces incuestionable, por cierto) elementos típicos indeterminados como ‘de manera ilegal’ o ‘sentencia o resolución injusta’<sup>760</sup>; o también normativos culturales como ‘exhibición obscena’, ‘secreto’ o ‘concepto público por graves’<sup>761</sup>; al reflexionar uno se dará cuenta que la técnica de leyes penales en blanco, cuando justificada, está acorde a los reclamos del principio de legalidad<sup>762</sup>. Lo mismo, alias, se puede decir cuando comparada dicha técnica con los delitos imprudentes (cuando la doctrina, en general, remite el tipo objetivo a normas extrapenales del deber objetivo de cuidado) y comisivos por omisión (cuando se acepta una posición de garante fundamentada en normas extrapenales)<sup>763</sup>.

---

<sup>757</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 49; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 64 y 68; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

<sup>758</sup> NAVARRO FRÍAS, Irene. *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Granada: Comares, 2010, p. 79.

<sup>759</sup> HAFT, Fritjof. “Derecho y lenguaje” (trad. Juan Antonio García Amado). En: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred; ROBLES, Gregorio. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 223.

<sup>760</sup> Respectivamente, Código penal español artículos 312.1 y 446.

<sup>761</sup> Respectivamente, Código penal español, artículos 185, 197 y 208.

<sup>762</sup> Cfr. PÉREZ ÁVAREZ, Fernando. “Alimentos transgénicos y derecho penal. Apuntes para una reflexión”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen II. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 472-473; ARROYO ZAPATERO, Luis. “Derecho penal económico y Constitución”. En: *Revista Penal*, Barcelona, año 1, número 1, enero de 1998, p. 10; NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 93.

<sup>763</sup> Cfr. GOMES, Luiz Roberto. “Acessoriedade administrativa nos delitos de pesca”. En: *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, n. 13, jul/dez 2010, p. 201-202.

A decir verdad, manteniendo la descripción del núcleo esencial de la materia de prohibición, tal y cual lo planteamos adrede – como una remisión estructural-limitativa –, no hay porque concebir en una ley penal en blanco una vulneración de los mandatos de determinación y de proscripción de la analogía o, incluso, de una interpretación extensiva<sup>764</sup>. No obstante, dos puntos debemos subrayar: la remisión no puede ser de segundo grado, ni tampoco operarse de manera genérica a otros dispositivos de complementación<sup>765</sup>.

No puede ser de segundo grado, como bien advierte SILVA, porque “*a segurança jurídica pressupõe a precisão e a clareza da lei penal, e esta é colocada em perigo quando a precisão deve ser obtida a partir da remissão a diversos dispositivos de complementação*”<sup>766</sup>. A su vez, esclarece CURY que “*al producirse una sucesión de remisiones, los órganos a los cuales compete en definitiva llenar el blanco están ya muy distantes de los criterios que informaron al legislador formal, y es muy posible que los desnaturalicen incluso desde un punto de vista material*”<sup>767</sup>.

No se puede operar la remisión de manera genérica, otrosí, porque restará comprometido el *nullum crimen*, pues la justificación de una ley penal en blanco exactamente se justifica por la necesidad preeminente de una normativización de determinados ámbitos de control, lo que presupone que será tratado de manera específica por el legislador, es decir, con una normativa identificable sobre el tema, ya existente o futura; pero nunca de modo indeterminado a una compleja estructura normativa<sup>768</sup>.

---

<sup>764</sup> Cfr. CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 73; HUERTA TOCILDO, Susana. “El derecho fundamental a la legalidad penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre de 1992, p. 104; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 150; BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, tomo 1º, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, p. 204; MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, volume I, 1ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 1997, p. 190; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 85; BRICOLA, Franco. *Teoría general del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012, p. 152.

<sup>765</sup> Cfr. supra 4.4.

<sup>766</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 156.

<sup>767</sup> CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 97.

<sup>768</sup> Cfr. SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 155; CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 83-84. A propósito de la indeterminación típica, advierte ROXIN que “una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir... no puede desplegar eficacia preventivogeneral, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad” (ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal).

Así procediendo el legislador, con una remisión estructural-limitativa, de primer grado y dirigida para una identificable normativa de complementación – no necesariamente una remisión estática –, restarán suficientemente respetados los mandatos de determinación y de proscripción de la analogía, pues *“un precepto penal será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador no y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación”*<sup>769</sup>.

Por cierto, guarda la razón MATA BARRANCO<sup>770</sup> al denunciar que *“prescindir de la remisión obligaría a la utilización de cláusulas generales imprecisas o a un establecimiento de límites en la propia legislación penal, también inseguros”*, lo que ahí sí violaría el mandato de determinación y posibilitaría analogías indebidas, de modo que *“la norma en blanco es la única posibilidad de conseguir certeza y seguridad – a través de una más exacta definición de lo prohibido, cuyos contornos quedan precisados en la normativa administrativa – y, en consecuencia, de cumplir el citado principio, máxime, por supuesto, si el reenvío se hiciera a ley formal votada por el Parlamento”*.

Por ende, es cierto afirmar que la aludida técnica no parece conculcar el *nullum crimen sine lege certa* o el *nullum crimen sine lege stricta*, pues, como enseña DOVAL PAIS, *“puede afirmarse que el problema de las leyes penales en blanco está mal planteado”*, ya que *“no puede buscarse la compatibilidad con el principio de legalidad por la vía de exigir una mayor taxatividad o la no remisión de ciertos aspectos, sino que no son – ni pueden llegar a ser – compatibles por la incerteza que genera la clase de materias y bienes jurídicos a que se refieren”*<sup>771</sup>. Así, poniendo de manifiesto VIVES ANTÓN, *“se generaliza para individualizar. No se trata de buscar normas según las cuales puedan resolverse más y más especies de casos, sino, al contrario, de buscar normas que se ajusten mejor a cada caso, que den cuenta con mayor exactitud de sus notas diferenciales”*<sup>772</sup>. De hecho, en las leyes penales

---

Madrid: Civitas, 2006, p.172). En el mismo sentido: VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 42.

<sup>769</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p.172.

<sup>770</sup> MATA BARRANCO, Norberto J. de la. “Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente”. En: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, primer volumen. Valencia: Universitat de València, 1997, p. 594-595.

<sup>771</sup> DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 204.

<sup>772</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Escritos penales: dos problemas del positivismo jurídico*. Valencia: Universidad de Valencia, 1979, p. 359.

en blanco – con remisión estructural-limitativa (única aceptable en aras de garantizar el principio de legalidad penal<sup>773</sup>) –, se *generaliza para individualizar* en determinados ámbitos que, necesitados de tutela penal, no permitirían una formulación típica tal y cual se lo concebía en el Derecho penal liberal.

### 5.3.1 El error sobre los preceptos remitidos

Otro problema que se suele plantear respecto al *nullum crimen sine lege certa* es el relativo a la extensión del elemento subjetivo típico – si alcanza o no a la norma remitida – y, consecuentemente, como se aplica la teoría del error, es decir, si en los casos de desconocimiento de los presupuestos, de los límites o de la existencia de la norma de complemento serían un error de tipo o un error de prohibición<sup>774</sup>.

En un primer momento, y como advierte LOZANO BLANCO<sup>775</sup>, tenemos dos maneras de analizar el tipo derivado de una ley penal en blanco: *"se puede, primeramente, considerar que la conducta de contravenir tal estatuto extrapenal es un elemento puramente objetivo del tipo, una condición objetiva de punibilidad o incluso de perseguibilidad, de forma que no ha de quedar abarcado, para que la conducta típica se concrete, por el dolo del autor"* y *"que la conducta de contravenir el régimen extrapenal se encuadra en el tipo subjetivo, de forma que es exigible, en su caso, para la concreción del comportamiento típico doloso, que queda abarcada por la conciencia y voluntad del sujeto"*.

Partiendo de cada uno de los métodos susodichos, alcanzarían conclusiones disonantes con respecto al error. Olvidándose de teorías minoritarias que profesan el hecho de que las condiciones objetivas de punibilidad también deben ser abarcadas por el dolo del autor, la

---

<sup>773</sup> Algunos autores, diferentemente, buscan conformar dicha técnica con el principio de legalidad a partir ya de la norma remitida, lo que no nos parece acertado. Así, verbigracia, sostiene DÍAZ que "las normas penales en blanco no serán contrarias al principio de legalidad, siempre que se determine con certeza la norma jurídica (legal o complementaria) a la que remite la norma penal en blanco para complementarse. La descripción que se haga de la conducta punible en la norma que complementa a la norma penal en blanco debe cumplir con las exigencias de claridad, concreción y precisión" (DÍAZ, Silvia A. "El principio de legalidad". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley: derecho penal: doctrinas esenciales*, Buenos Aires, 2011, p. 1105). Lo que planteamos, para que sobreviva el principio de legalidad como freno al arbitrio estatal, es que respete ya en la norma de remisión los mandatos de certeza y de determinación, lo que así será únicamente con una remisión estructural-limitativa.

<sup>774</sup> Verbigracia, en el caso del art. 325 del CP español ('... El que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice... vertidos... en las aguas terrestres...'), respectivamente, un error sobre el hecho de estar provocando vertidos en un río, un error sobre las indicaciones limitativas de la norma administrativa sobre cuanto y/o lo que se puede desechar en el río; y un error sobre la existencia de dicha norma administrativa remitida.

<sup>775</sup> LOZANO BLANCO, Carlos. *Tratado de Derecho penal español*, tomo I. Barcelona: J.M. Bosch, 2004, p. 147.

doctrina dominante sostiene que serían irrelevantes para el conocimiento del autor, de modo que no se trataría de un error ante la ausencia de representación del sujeto<sup>776</sup>. A su vez, como elemento típico, la misma situación conduciría a una exención de responsabilidad o, en su caso, a una punición a título de imprudencia (art. 14.1 del Código penal español).

Ahora bien, las susodichas condiciones objetivas de punibilidad representan, como profesa MAPELLI CAFFARENA, “un límite del ámbito de lo punible de una conducta perfecta ya desde la tipicidad y el injusto como conducta de riesgo”<sup>777</sup>; y, como advierte BITTAR, “tratam-se de circunstâncias alheias ao injusto culpável [pues] o tipo, a antijuridicidade e a culpabilidade já estão plenamente caracterizados”<sup>778</sup>. De dichas definiciones no podemos concebir semejanzas con las leyes penales en blanco, pues, en primer lugar, como vimos, éstas constituyen ya la completud de la norma penal, paso anterior para la construcción plena de sentido que desvelará el tipo; en segundo lugar, no se puede defender la idea de que con una remisión estructural-limitativa lo que hace el legislador es meramente establecer un límite a una conducta ya perfecta desde la tipicidad estrictamente penal. Tal vez, en este punto, serían más bien compatibles con la idea las remisiones aclaratorio-limitativas que caracterizan las cláusulas de autorización<sup>779</sup>.

A decir verdad, las leyes penales en blanco son ‘complementadas’ estructuralmente por los enunciados remitidos, siendo dicho complemento parte integrante del tipo. Así las cosas, dicho enunciado remitido debe ser abarcado por el dolo del agente, y, en caso de error, estaremos ante un error de tipo (según la teoría de la culpabilidad)<sup>780</sup>; pues, como bien apunta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO<sup>781</sup>, “en el error de tipo el sujeto desconoce la concurrencia en su hecho de un elemento que resulta pertenecer (lo sepa él o no) a un tipo legal, o, si se prefiere, de una circunstancia que encaja en la descripción de un tipo legal”, algo distinto de

<sup>776</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 68-69; BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.137-148.

<sup>777</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990, p. 12.

<sup>778</sup> BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7 y 137.

<sup>779</sup> Cfr. supra 3.2.1.2.

<sup>780</sup> A principio, para efectos de las investigaciones de este trabajo, sería irrelevante si se adopta la del dolo, pues “para los defensores de la teoría del dolo tanto el error de tipo como el error de prohibición excluyen el dolo (y, si son invencibles, la imprudencia), de modo que, al menos en el plano de las consecuencias jurídicas más inmediatas, sería irrelevante para la teoría del dolo si nos hallamos ante un error de tipo o ante un error de prohibición” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008, p. 189-190).

<sup>781</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008, p. 208.

lo que ocurre, por ejemplo, con el error de subsunción, cuando “*el sujeto cree que el estado de cosas, las circunstancias, no encaja en un precepto (por ejemplo, documento) que resulta ser utilizado (lo sepa el sujeto o no) para definir un elemento típico*”, lo cual, sería, al principio, irrelevante<sup>782</sup>.

La doctrina<sup>783</sup> suele converger que una falsa representación sobre las circunstancias de hecho del precepto remitido se trata de un error de tipo, no de prohibición, ya que – como seguimos diciendo en este trabajo – configura un elemento típico del delito. Eso es así, pues, desde la superada distinción entre ‘*error facti*’ y ‘*error iuris*’ (que conllevaba a consecuencias distintas cuanto al error en los elementos valorativos<sup>784</sup>) ya se lo concebía como error de hecho, por lo tanto, excluyente del dolo<sup>785</sup>.

Parece tener razón SILVA cuando profesa que “*resulta extremadamente difícil determinar o objeto do dolo, pois os tipos da norma de complementação e a lei em branco reúnem-se em um ‘tipo total’, devendo-se estender o dolo aos elementos pertencentes a este*

---

<sup>782</sup> Eso porque “erro de proibição... não se confunde com a ignorância ou a má compreensão da lei. Pode-se ignorar a lei (art. 121 do CP, v.g.) e ao mesmo tempo conhecer a norma, a proibição (saber que matar outro ser humano é juridicamente proibido); de outra parte, pode-se conhecer a lei e ignorar, no caso concreto, a proibição da conduta (isso pode ocorrer no erro de proibição indireto)” (GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 140/141). Ahora bien, merece destaque la advertencia de que “el error de subsunción puede asimismo ser el origen de un error de prohibición, si el autor supone que el hecho que subsume incorrectamente no está prohibido por norma alguna” (BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 326), algo irrelevante para el tema tratado.

<sup>783</sup> Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición (trad. Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Comares, 2002, p. 331; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008, p. 428-431; WELZEL, Hans. *Derecho Penal, parte general* (trad. Carlos Fontán Balestra). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 177-178; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 257-259; CARVALHO, Érika Mendes de. “Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do ambiente”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v 19, n 92, set/out 2011, p. 315.

<sup>784</sup> Sobre la distinción ‘error de hecho/error de derecho’ y ‘error de tipo/error de prohibición’, cfr.: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008, p. 144/146; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 125 y ss.; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 255; GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001; p. 49-51 y 118.

<sup>785</sup> A propósito, señala MEZGER: “El Tribunal del Reich ha sostenido, en jurisprudencia constante, el criterio de que no importa el contenido del conocimiento, sino el fundamento de dicho conocimiento. De acuerdo con este criterio, hace la distinción siguiente: cuando la falta de la conciencia de la antijuridicidad depende de un error extrapenal, esta falta debe proteger al autor contra la pena por culpabilidad dolosa, y si depende, en cambio, de un error jurídico-penal, dicha falta es irrelevante. Por lo tanto, al autor debe serle impuesta, en este último caso, una pena por culpabilidad dolosa, aun en el caso en que su error sea totalmente inocente” (MEZGER, Edmund. *Derecho penal, parte general, libro de estudio* (trad. Conrado A. Finzi). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 248-249).

*tipo total, porém não à existência da lei em branco e da norma de complementação*”<sup>786</sup>. En rigor, no diríamos que los ‘tipos’ de la norma de complementación y de la ‘ley penal en blanco’ se reúnen en un ‘tipo total’. A decir verdad, no son los tipos que se reúnen, sino las normas, como hemos visto<sup>787</sup>, una de remisión – proposicionada desde la ley penal – y otra limitativa – proposicionada desde el enunciado de complemento, que puede ser otra ley (en sentido impropio) o un reglamento (en sentido propio) –, de manera que conformarían, tras la construcción sistémica, el tipo de acción o tipo penal. Empero, a la par de dicha pequeña disonancia conceptual, la conclusión sería la misma: un error sobre las circunstancias fácticas de una norma de remisión sería un error de tipo; sobre su existencia o límites, un error de prohibición.

De todos modos, cuando el sujeto no se represente la concurrencia de los hechos versados en el precepto remitido, estaremos ante un error de tipo<sup>788</sup>, no de prohibición<sup>789</sup>, menos aún de subsunción, pues, haciendo eco de las palabras de FAKHOURI GÓMEZ, “*la idea imperante en la actualidad es que con la lectura conjunta del tipo penal en blanco y de la norma de complemento se llega al mismo resultado que si el legislador hubiera establecido un tipo penal completo*”<sup>790</sup>. En efecto, cuando el art. 335.1 del Código penal español<sup>791</sup> conmina la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial a quienes cace o pesque especies distintas de las indicadas en el art. 334.1<sup>792</sup>, ‘cuando esté

---

<sup>786</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 151-152.

<sup>787</sup> Cfr. supra 2.4.

<sup>788</sup> Pues, como señala CERESO MIR, "al tipo de injusto pertenecen todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva aunque, en algún caso, no estén descritos en la ley y aunque no pertenezcan a la materia de la prohibición o del mandato" (CERESO MIR, José. "El delito como acción típica, evolución del concepto dogmático del delito". En: BARBERO SANTOS, Mariano; CERESO MIR, José; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; NUÑES BARBERO, Ruperto (org.). *Estudios penales: libro homenaje al prof. J. Antón Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 176). Y, según JAKOBS, “el dolo debe referirse a todos los elementos del tipo objetivo” (JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 342).

<sup>789</sup> A propósito, enseña JESCHECK que “frente al error de tipo se encuentra el error acerca de la antijuricidad (error de prohibición) (vid. *infra* § 41 II y III) 65. El error de prohibición consiste en que un comportamiento determinado, correctamente reconocido por el autor en su estado objetivo, está jurídicamente prohibido” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición (trad. Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Comares, 2002, p. 329).

<sup>790</sup> FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 257-258.

<sup>791</sup> Código penal español, art. 335.1: ‘El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años’.

<sup>792</sup> Código penal español, art. 334.1 : ‘El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, o destruya o altere gravemente su hábitat, contraviniendo las

expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca’, el tipo de acción no será connotado únicamente bajo dicha descripción llevada a cabo en la ley penal, sino que desvelará su plenitud con una lectura conjunta de la norma remitida.

No obstante, el problema que se debate en la doctrina es como concebir la teoría del error cuando la no representación del autor fuera sobre la existencia o sobre el límite de la norma remitida<sup>793</sup>. Así que, en cuanto para autores como WELZEL, “*en las leyes penales en blanco, leyes penales que contienen solamente la amenaza de pena, pero remiten a otras normas lo referente al tipo, el no conocimiento de esa norma es lo que hace incurrir en error de prohibición*”<sup>794</sup>, otros, como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, llegan a otra conclusión: “*En los supuestos (limitados) en que una interpretación del tipo en blanco nos lleve a concluir (por su cercanía a un supuesto de desobediencia) que el sentido del mismo exige la inclusión en él de la propia contrariedad a una norma, lo que significa que el dolo habrá de abarcar esa contrariedad (lo que suele describirse como la existencia de la norma de remisión o complemento)*”<sup>795</sup>. Así, el error sobre la propia existencia de la norma remitida sería un error de tipo, no un error de prohibición.

A decir verdad, si se concibe la ley penal en blanco como una disposición normativa que reclama una remisión estructural-limitativa que le va a completar, dando completo sentido deóntico a la norma penal y, por consecuencia, conformando el tipo, creemos más coherente seguir la doctrina dominante, afirmando que, para efectos de la teoría del error, las leyes penales en blanco serán como un elemento descriptivo: en caso de un error sobre las circunstancias de hecho típicas, tendremos un error de tipo; mientras que, cuando la no-

---

leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, o comercio o trafique con ellas o con sus restos, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años’.

<sup>793</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición. Montevideo: Editorial B de F, 2003, p. 39.

<sup>794</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal, parte general* (trad. Carlos Fontán Balestra). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 178. En el mismo sentido: ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 466; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición (trad. Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Comares, 2002, p. 331; ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal, parte general*, 8ª edición (trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín). Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 296-297; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición. Montevideo: Editorial B de F, 2003, p. 39;

<sup>795</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008, p. 432. Así también lo sostiene FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009, p. 489-499.

representación (o falsa) versar sobre la existencia de la norma de remisión o también sobre sus límites, será un error de prohibición<sup>796</sup>.

En el caso del susodicho art. 335.1 del Código penal español, lo que importa para la constatación del error de tipo es si el sujeto tenía consciencia de las circunstancias del hecho, es decir, de estar cazando o pescando determinada especie. A su vez, la falsa representación cuanto a la existencia (incluso cuanto a los límites) de una específica norma de protección de determinada especie no-amenazada actuará en el campo de la ilicitud, no de la configuración del injusto típico<sup>797</sup>. De ello, allí tendremos un error de tipo, aquí un error de prohibición.

En efecto, otra no es la enseñanza de CURY, quien nos propone que *“en el caso de los tipos en blanco, es error de tipo también el que recae sobre aquellas circunstancias del hecho cuya descripción se encuentra en la disposición complementaria. En efecto, como lo puntualizaba MEZGER, una vez que esta última se conecta al tipo en blanco, integra su contenido en todos los aspectos; entonces, también en relación con este. Por el contrario, el error sobre la existencia de la norma de complemento constituye un error de prohibición, puesto que se refiere directamente a la cuestión de si la conducta está o no vedada de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y, por ende, a su licitud”*<sup>798</sup>.

A propósito, si *“las normas de comportamiento del derecho penal tienen que determinar exactamente, con anterioridad al hecho, bajo qué condiciones un comportamiento queda prohibido... sólo son jurídico-penalmente relevantes las representaciones de una persona en tanto se refieran a aquellas propiedades de su concreto comportamiento que satisfacen las condiciones de aplicación de la norma”*<sup>799</sup>, de ahí que, en

---

<sup>796</sup> Importa destacar la advertencia, entretanto, de FIGUEIREDO DIAS: “Se não se exige obviamente que o agente *valore* o substrato no sentido da qualificação jurídica (“erro de subsunção” irrelevante para o dolo do tipo), deve em todo o caso requerer-se o grau máximo de conhecimento, impondo-se que o agente conheça os critérios determinantes da qualificação: um tal conhecimento é infungível para a afirmação do dolo do tipo; porque de outro modo não pode dizer-se a consciência ética do agente suficientemente orientada para o desvalor da ilicitude” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, parte geral*, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 337).

<sup>797</sup> Incluso, como enseña BITENCOURT y bajo las premisas de la teoría de la culpabilidad, el conocimiento de la ilicitud, por tener naturaleza distinta de la naturaleza del dolo, no requiere el mismo grado de consciencia. El conocimiento de la ilicitud no necesita ser actual, bastando que sea potencial (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 376). Así que el error dependerá del objeto analizado: recaído sobre el elemento intelectual del dolo (circunstancias de hecho de la norma remitida, por ejemplo), excluirá el dolo; recaído sobre la potencial consciencia de la ilicitud, es decir, sobre la existencia de la norma remitida, excluirá la antijuridicidad.

<sup>798</sup> CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 128.

<sup>799</sup> KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad*. Buenos Aires: Euros Editores, 2011, p. 04.

el caso de las leyes penales en blanco, estarán representadas desde el precepto remitido – porque expresa la remisión haciéndose parte integrante del tipo<sup>800</sup> –, no necesitando para la configuración típica ulteriores conocimientos sobre su existencia. A su vez, el no conocimiento de la norma remitida o la errónea representación de sus límites, no hacen falta que sean abarcadas por el dolo. A final, como bien apunta BACIGALUPO, “*la conciencia de la antijuricidad es un elemento del delito, pero no un elemento del dolo*”<sup>801</sup>.

---

<sup>800</sup> Cfr. TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas” (trad. Antoni LLabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar 2002, p. 82 y 86-87.

<sup>801</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 51.

## **6 – PRINCIPIO DE LEGALIDAD, GARANTÍA TUTELAR Y LEYES PENALES EN BLANCO**

Sumario: 6.1 La garantía tutelar del principio de legalidad estricta; 6.2 Leyes penales en blanco y *ne bis in idem*; 6.2.1 Toma de postura; 6.3 Leyes penales en blanco y *lex praevia*; 6.3.1 La doctrina restrictiva; 6.3.2 La doctrina extensiva; 6.3.3 La doctrina diferenciadora; 6.3.4 Toma de postura.

### **6.1 La garantía tutelar del principio legalidad estricta**

Como hemos visto, siendo el principio de legalidad penal un importante amparo del ciudadano frente a las actuaciones indebidas del Estado, debe ser comprendido más allá de su pura y simple garantía político-democrática o formal, o mismo más allá de su garantía motivacional, atendiendo a los ciudadanos con parámetros mínimos que debe el Estado respetar en aras de garantizar un control social justo, ecuánime y principalmente justificado.

Es por ello que parte importante de la doctrina sostiene que desde el principio de legalidad se manifiesta una función de delimitación de la propia idea de restricción de la libertad individual, aunque justificada por las otras funciones político-democrática y político-jurídica. A decir verdad, es de una tercera función, la función tutelar del ciudadano, que deviene la incumbencia de mantenerse claro en el intérprete que la ley no puede ser invocada para excluir comandos normativos que, mientras no sean expresos, favorezcan al ciudadano, pues su tutela es el fin último del Derecho<sup>802</sup>. Ambos ponen de manifiesto la necesidad imperiosa de se interpretar las reglas del Derecho en aras de garantizar la máxima libertad del individuo.

Eso es así porque, desde la modernidad y como señala CAMARGO, “*a ciência do Direito passou a ter a função ideológica de justificar as interpretações então vigentes do sistema jurídico, garantidoras do poder político e econômico, legitimando as formas de estrutura social*”<sup>803</sup>, y el baremo para dicha función ideológica lo debemos extraer también del principio de legalidad, en las susodichas funciones político-jurídica – con el control buscando enunciaciones claras, precisas y determinables y la proscripción de interpretaciones

---

<sup>802</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal*, 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010, p. 49.

<sup>803</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 74.

analógicas – y tutelar del individuo – con el control de prohibición de excesos y una inclinación teleológica a la libertad.

## 6.2 Leyes penales en blanco y *ne bis in idem*

No obstante, aun cuando estamos ante una remisión estructural-limitativa a un dispositivo administrativo (leyes en blanco propias), dicha técnica pone de manifiesto una cuestión que suele plantearse la doctrina del derecho sancionatorio que es el cuidado en evitar el odioso *ne bis in idem*, es decir, la doble incriminación de un mismo hecho, con mismo fundamento y que recaiga sobre un mismo sujeto<sup>804</sup>. Como bien advierte DEMETRIO CRESPO, “*además de las garantías genéricas a las que antes hemos hecho referencia, tradicionalmente se hace derivar del principio de legalidad un límite con especial significación en el sistema de sanciones, el llamado ne bis in idem*”<sup>805</sup>.

Por cierto, el principio del *ne bis in idem* tiene dos fundamentos que, incluso, pueden conducir a resultados diferentes. Uno deviene del propio principio de legalidad, en su necesaria tutela de una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos, y que considera inadmisibles una amenaza permanente de diferentes sanciones por el mismo hecho al mismo sujeto. Otro sería el principio de culpabilidad, lo cual proscribiera que por el mismo hecho y al mismo sujeto sea impuesta una sanción, lo que evidentemente excedería el límite proporcional<sup>806</sup>. Tiene, también, dos plasmaciones: una material, buscando evitar una doble punición; y otra más bien procesal, donde lo que se prohíbe es una doble persecución al sujeto sobre un hecho ya perseguido o ya juzgado<sup>807</sup>. Aquí, entretanto, nos interesa sólo su contenido material en cuanto al enfrentamiento a su fundamento en la legalidad sancionatoria, pues de ahí devienen los problemas que se suelen plantear en la técnica en estudio.

---

<sup>804</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 109-110; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 152-158; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal*, 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010, p. 60-63; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 41-42.

<sup>805</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Constitución y sanción penal”. En: *Revista Libertas*, n. 01, junio-2013, p. 77.

<sup>806</sup> Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio: non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 20-57.

<sup>807</sup> Cfr. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 77.

Otro problema que se suele analizar la doctrina es la naturaleza de la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo, ya sea cualitativa<sup>808</sup> o meramente cuantitativa<sup>809</sup>, o si ambos planteamientos son válidos, teniendo relevancia la finalidad del ámbito de regulación<sup>810</sup>, o, incluso, si estamos ante una diferencia meramente formal<sup>811</sup>. Sin embargo, aunque es interesante el debate, los límites del trabajo no nos posibilitan mayores elucubraciones. Entretanto, dejemos registrado que una u otra teoría consignan que de hecho el ilícito penal posee un grado de afectación a la libertad del individuo mayor que el ilícito administrativo, a pesar de que denoten un interés relevante para justificar dicha afectación, igual o distinto ético-socialmente hablando, y a depender de la teoría que se adopte.

Ahora bien, si se concibe un criterio cualitativo – donde lo que diferencia las consecuencias jurídicas es la existencia de un bien jurídico tutelado en lo penal y una exigencia de mera ordenación en el ámbito administrativo – parece admisible una doble incriminación en las leyes penales en blanco propias, puesto que el sujeto violaría dos fundamentos distintos: uno del reglamento administrativo, con función de ordenación; y otro, de la norma penal, con función protetiva del bien jurídico tutelado. A su vez, si se concibe el criterio cuantitativo, el *ne bis in idem* sería inevitable, pues ambos los delitos protegerían un único bien jurídico – con una diferencia de grado –, sin embargo presentasen una diferencia en la afectación (lo que implicaría criterios de subsidiariedad y de fragmentariedad para lo

---

<sup>808</sup> Cfr. GOLDSCHIMIDT, James; WOLF, Erik; SCHMIDT, Eberhard (*Apud* ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 72; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*, 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001, p. 137-137.

<sup>809</sup> Cfr. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, I, adenda a la 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2006, p. 50-64; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 72; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Medio ambiente y funcionarios públicos. Análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*. Barcelona: Bosch, 2000, n.p.p. 237-238; CARVALHO, Érika Mendes de. “Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do ambiente”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, set/out 2011, p. 321.

<sup>810</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal*. Madrid: Iustel, 2012, p. 220-221; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una ‘administrativización’ del derecho penal o una ‘penalización’ del derecho administrativo sancionador?” En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen I. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1425-1428; D’ÁVILA, Fábio Roberto. “Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2006, vol. 14, núm. 60, p. 29-33.

<sup>811</sup> Así, MELLO: “Tendo sido estabelecido que não há diferença qualitativa ou quantitativa entre ilícito administrativo e ilícito penal, cuja criação depende unicamente de um juízo político do legislador, é preciso que se estabeleça uma distinção entre os dois tipos de ilícito com base em critério formal, fundado na análise do regime jurídico de cada qual” (MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 60).

penal). El criterio de la finalidad (teleológico), a su vez, acepta ambas distinciones, aseverando, como nos explica ROXIN, que “*por ello, respecto de la delimitación por su contenido se debería hablar más bien, no de una consideración cuantitativa, sino de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa*”<sup>812</sup>.

A decir verdad, cuando el ordenamiento suele cambiar sus estructuras para acompañar a las evoluciones sociales (y, con ello, a las nuevas exigencias de control), los roces con las garantías de la libertad son inevitables, haciendo con que se deban plantear nuevas concepciones o nuevos retos para los principios liberales. El caso de las leyes penales en blanco, a menudo las propiamente consideradas, es un ejemplo claro, por cuanto, y para evitar un exceso punitivo – garantía tutelar de los individuos –, al permitirse una accesoriadad administrativa se corre el riesgo de permitir una doble punición por el incumplimiento normativo que subyace a la norma penal primaria precedente. La cuestión clave es la difícil – pero necesaria – distinción entre lo que es independiente desde un punto de vista finalístico de la regulación, y lo que no lo es, denotando básicamente una progresión en la actuación represiva estatal.

### 6.2.1 Toma de postura

Independiente de tan dificultosa distinción, como bien apunta OTTAVIANO, “*requerir la identidad de fundamentos para afirmar el ne bis in idem es afirmar que hay casos en que un único hecho atribuido a una misma persona amerita de todos modos una segunda persecución y sanción a partir de determinada consideración normativa adicional*”<sup>813</sup>, lo que evidentemente pone de manifiesto la necesidad de plantearse si en una remisión estructural-limitativa – que justificaría una ley penal en blanco propia – a un reglamento administrativo determinado, cuando se ha infligido la norma penal completa (norma remisora + norma remitida), sería posible una doble punición, administrativa y penal sobre el mismo sujeto<sup>814</sup>.

---

<sup>812</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 73.

<sup>813</sup> OTTAVIANO, Santiago. “Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem”. En: YACOBUCCI, Guillermo Jorge; LAPORTA, Mario H.; RAMÍREZ, Nicolás D. (coord.). *Derecho penal empresario*. Montevideo: B de F, 2010, p. 769.

<sup>814</sup> Cfr. PUERTA, Luiz-Román. “Duplicidad sancionadora, administrativa y penal, ‘non bis in idem’”. En: MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir.). *Extranjeros y derecho penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 45.

Veamos un ejemplo: el artículo 329.1 del Código penal español<sup>815</sup> se trata de una ley penal en blanco, pues establece que *‘la autoridad o funcionario público que... con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen’*, y, es fácil notar que, a par de la pena *‘establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses’*, el sujeto especial habrá necesariamente infringido una disposición disciplinaria de la Administración pública ambiental. De ahí, suele preguntarse: ¿será doblemente sancionado: una vez por el delito y otra por la infracción disciplinaria?

La respuesta debe ser un rotundo no, pues tanto el penal como el administrativo hacen parte de un género mayor: el derecho sancionador. Lo que diferencia uno u otro no puede ser suficiente para arrimar una condena en ámbitos distintos por el mismo hecho, pues, al fin y al cabo, el comando normativo intenta dirigir la conducta humana; y, caso de que sea desatendido, desencadenará una consecuencia negativa para el sujeto.

A decir verdad, que sea de índole administrativa o penal es una cuestión que sobresa a la necesaria consecuencia jurídica; o, si se prefiere, una norma sancionatoria completa sólo puede atribuir una consecuencia negativa una única vez. Penar a un sujeto por lo mismo hecho dos veces bajo el argumento de que las consecuencias son de índoles diferentes es extrapolar los límites de lo proporcional y desmedrar la garantía del Estado de Derecho de restringir la libertad sólo ante lo estrictamente necesario<sup>816</sup>.

A propósito, y siguiendo a la lección de NINO<sup>817</sup>, debemos tener en cuenta que *“si una pena es el máximo mal que puede infligirse para prevenir situaciones que envuelven cierto grado de daño o peligro, no se justifica una penalidad mayor si el grado del daño o peligro generado no se ve alterado por la pluralidad de figuras aplicables o por la pluralidad de acciones”*. Y es más: *“Lo contrario implicaría penar al individuo más de lo que es necesario y admisible para prevenir la situación disvaliosa que ha generado; supondría multiplicar la*

---

<sup>815</sup> Código penal español, art. 329.1: *‘La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiera omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses’*.

<sup>816</sup> Cfr. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 76.

<sup>817</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 443.

*pena no obstante no haberse dado una situación más grave que la que la pena única tiende a prevenir”.*

El supuesto utilizado como ejemplo es propositivamente delicado. La doctrina<sup>818</sup> y también la jurisprudencia<sup>819</sup> suele plantear que no se aplica el límite del *ne bis in idem* cuando haya una *sujeción especial* del sujeto para con la autoridad disciplinaria, entretanto, mientras eso puede que sea relevante, en los casos de las leyes penales en blanco propias no será lo decisivo, a menudo cuando el conflicto abarca, además de una ley penal en blanco, un tipo penal especial.

Como bien señala MATELLANES RODRÍGUEZ – en un proficuo análisis sobre el artículo 329 del Código penal español –, “*el decir que siempre el delito tutela un interés radicalmente diferente a la infracción disciplinaria conlleva una aceptación implícita de que la potestad doméstica de la Administración se mueve bajo unas coordenadas peculiares, fuera del espectro de los principios del ordenamiento jurídico sancionador, y eso no casa con la esencia del Estado de Derecho y su configuración de una Administración Pública al servicio de los intereses de los ciudadanos*”<sup>820</sup>.

En semejante sentido, profesora LUÍS-ROMÁN PUERTA que “*es importante destacar igualmente que, para la licitud de la doble sanción, no basta la existencia de esa especial relación sino que es preciso también que el fundamento de las sanciones sea distinto y, además, que la respuesta sancionatoria, en su conjunto, sea proporcionada a la culpabilidad del sujeto y a la protección debida al bien o interés jurídico de que se trate*”<sup>821</sup>, de manera que pone de relieve no ser suficiente para algunos supuestos el criterio de identidad de fundamento.

---

<sup>818</sup> Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio. *La doctrina jurídica del principio non bis in idem y las relaciones de sujeciones especiales*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 136-148; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 79;

<sup>819</sup> El Tribunal Constitucional español, verbigracia, establece que “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” (Sentencia n. 2 de 30 de enero de 1981). También así: STC n. 94 de 8 de julio de 1986.

<sup>820</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Medio ambiente y funcionarios públicos. Análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 239.

<sup>821</sup> PUERTA, Luiz-Román. “Duplicidad sancionadora, administrativa y penal, ‘non bis in idem’”. En: MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir.). *Extranjeros y derecho penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 43.

En ocasiones, faltará la identidad de fundamento exactamente porque es necesaria una respuesta sancionatoria estatal diferenciada por parte del Estado, como en los casos de prácticas delictivas por funcionarios en tipos penales que no reclamen un elemento objetivo-subjetivo<sup>822</sup>, es decir, “*sólo faltará la identidad de fundamentos si, como consecuencia de un único hecho realizado por un mismo sujeto, el Estado se ve obligado a responder mediante procesos y sanciones separados para realizar fines legítimos, en tanto para la adecuada consecución de esos fines resulte indispensable una respuesta sancionadora distinta*”<sup>823</sup>. No obstante, en los casos de leyes penales en blanco propias con aquellos elementos, debemos analizar el caso concreto para identificar o no una verdadera progresión en las conductas reprochadas – penal y administrativa –, donde debe incidir el *ne bis in idem*.

En dicho sentido es que de manera lapidaria señala MATELLANES RODRÍGUEZ, sobre el antedicho art. 329 del Código penal español – el cual claramente prevé un elemento objetivo-subjetivo –, que “*si la afección a los intereses medioambientales la realiza el funcionario, como decíamos, mediante la infracción de sus deberes, bien por exceso, bien por defecto en su respeto y cumplimiento, lo que existe es una relación de progresión entre el delito y la falta disciplinaria en la que el desvalor penal lleva incorporado el desvalor de la infracción disciplinaria que aparece, así, como un elemento especificador del injusto en el delito*”<sup>824</sup>.

En efecto, es un caso que reclama una remisión estructural-limitativa a una disposición administrativa que, a su vez, cuando infringida, también reclama de la propia Administración un expediente sancionatorio; mas que, por su innegable conformación normativa penal (conformando la norma primaria precedente completa), no puede conllevar a una doble punición. Es, como la susodicha autora, un caso de progresión delictiva, donde para practicar el delito y bajo el mismo fundamento (la protección del medio ambiente o, si se prefiere, de la administración medioambiental) obligatoriamente el sujeto deberá practicar la conducta sancionada administrativamente. A lo sumo, la finalidad sancionatoria es la misma.

---

<sup>822</sup> Que, como bien enseña SALVADOR NETTO, son elementos de sujeción especial del sujeto exigidos en los denominados delitos especiales (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. “Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, julho-agosto de 2010, p. 224-225).

<sup>823</sup> OTTAVIANO, Santiago. “Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem”. En: YACOBUCCI, Guillermo Jorge; LAPORTA, Mario H.; RAMÍREZ, Nicolás D. (coord.). *Derecho penal empresario*. Montevideo: B de F, 2010, p. 773-774.

<sup>824</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Medio ambiente y funcionarios públicos. Análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 240-241.

Sobre el tema, el Tribunal Constitucional español ha desarrollado importante jurisprudencia: “*Si la exigencia de ‘lex praevia’ y ‘lex certa’ que impone el art. 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita*”<sup>825</sup>.

Ya en Brasil la jurisprudencia aun claudica para aceptar la complementariedad sancionadora del ámbito administrativo frente al penal, y se mantiene en la clásica independencia de los ámbitos para rechazar eventual incidencia del *ne bis in idem*<sup>826</sup>. Como nos recuerda VICENTE MARTÍNEZ, dicha “*imposibilidad de imponer dos sanciones, una administrativa y otra penal, por el mismo hecho es relativamente reciente, pues la tradición legal y jurisprudencial española se asentaba en la compatibilidad entre las sanciones administrativas y penales en razón del ‘curioso’ principio de la independencia de la potestad sancionatoria administrativa*”<sup>827</sup>. GUARAGNI muy bien rechaza dicho planteamiento, por lo que “*a ideia tradicional de que podem ser superpostas as reações porque os ramos do direito têm fins distintos se esmaece quando ambas as normas, penal e administrativa, convergem para o escopo de acautelar riscos – e os mesmos riscos. Quando a meta das*

---

<sup>825</sup> Tribunal Constitucional español, Sentencia n. 177 de 11 de octubre de 1999.

<sup>826</sup> Como bien señalan CARVALHO, CARDOSO y SANTIAGO: “No Brasil, conforme se extrai da doutrina e da jurisprudência, a independência das instâncias penal e administrativa significa que o *non bis in idem* impede exclusivamente a imposição de dupla sanção penal presente a tríple identidade. O princípio *non bis in idem* não é concebido em sentido amplo. A intervenção sancionadora da Administração Ambiental só será obstaculizada quando reconhecida a inexistência material do fato. Uma sentença penal condenatória não vedará a posterior instauração de um processo administrativo e a eventual aplicação de uma sanção nessa esfera. Mitiga-se a reiteração sancionadora com o cômputo da sanção penal anteriormente imposta. Eventualmente, se o procedimento administrativo ambiental for iniciado e concluído antes da instauração do processo penal, poderá o juiz levar em consideração a penalidade administrativa aplicada e, quando cabível, efetuar o referido cômputo. Este evitaria, em todo caso, uma violação “substancial” ao *bis in idem*. Quando a regra de preferência da jurisdição penal é infringida, o juiz penal não se vincula ao pronunciamento veiculado no âmbito administrativo. Em resumo, o *non bis in idem*, tal como concebido pelo ordenamento jurídico brasileiro, não proíbe a duplicidade de processos e sanções pela prática de uma conduta prevista simultaneamente como delito e infração administrativa” (CARVALHO, Érika Mendes de; CARDOSO, Sônia Letícia de Mello; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. “Duplicidade de sanções ambientais e o princípio *non bis in idem*”. En: *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, mai./ago. 2013, p. 455). MELLO, incluso, expresamente defiende la corriente de la independencia de las instancias: “O princípio *non bis in idem* não impede a cumulação de sanção administrativa com sanção penal. Uma mesma conduta pode ser tipificada pelo legislador como infração administrativa e como crime. Uma vez configurada, a conduta dará margem à imposição de sanção administrativa pela Administração e à imposição de sanção penal pelo Poder Judiciário” (MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 213).

<sup>827</sup> VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 78.

*normas é igual, torna-se candente a necessidade de afrontar o problema da pena imposta duas vezes pelo mesmo fato*”<sup>828</sup>.

Las Cartas Políticas brasileña y española, sin embargo establezcan la necesidad de protección – incluso penal – del medio ambiente, lo hacen de modo gramaticalmente diverso; entretanto, por el principio de legalidad – netamente por el *ne bis in idem* –, deben ser entendidos sistemáticamente del mismo modo. En cuanto el artículo 45.3 de la CE<sup>829</sup> establece una consecuencia penal o administrativa para los que inflijan daños al medio ambiente<sup>830</sup>, el artículo 225, § 3º, de la CFRB<sup>831</sup> establece una consecuencia penal y administrativa, lo que lleva a recrudescer en el sistema brasileño la idea de independencia de instancias<sup>832</sup>. Aunque la diferencia de redacción constitucional puede dar márgenes a duda, los Textos deben ser leídos de manera sistemática, a lo mejor bajo el principio de legalidad, donde se llegará a la conclusión que aunque haya una ‘y’, ésta deberá ser leída de manera excluyente cuando no haya la tríplice identidad.

Ahora bien, debemos tener en cuenta supuestos distintos, donde no habrá *sujeción especial*, pero el uso de la técnica de remisión externa (que también caracteriza las leyes penales en blanco) dará lugar a dudas cuanto al *ne bis in idem*. Un ejemplo lo tenemos en los delitos fiscales, donde se suelen imponer penas privativas de libertad – art. 305.1 del Código

---

<sup>828</sup> GUARAGNI, Fábio André. “A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais”. En: *Revista Jurídica Cesumar*, vol. 12, n. 1, jan/jun de 2012, n.p.p. 45.

<sup>829</sup> Constitución española, art. 45.3: “Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

<sup>830</sup> Diferentemente de lo que pasa en la Constitución española en cuanto al artículo 45.3 de la Constitución. A propósito, señala CARO CORIA que ‘en materia ambiental, como consecuencia del carácter accesorio o secundario que se otorga al DP, se aprecia entre este y el derecho administrativo una identidad de objetivos y punto de partida para la determinación del objeto de protección. En tal contexto, cobra sentido el reconocimiento expreso del *ne bis in idem* en el art. 45.3 de la CE, norma según la cual, en la protección del ambiente, ‘se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas’. El no uso de la partícula ‘y’ que importa conjunción, sino de la disyuntiva ‘o’, que implica optar por una u otra, la CE solo permite imponer una sanción penal o una sanción administrativa en el control ambiental” (CARO CORIA, Dino Carlos. *El derecho penal del ambiente – delitos y técnicas de tipificación* –. Lima: Grafica Horizonte, 1999, p. 127).

<sup>831</sup> Constitución brasileña, art. 225, § 3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

<sup>832</sup> Sin embargo, como apuntan CARVALHO, CARDOSO y SANTIAGO, “a reiteração sancionadora em matéria ambiental é plenamente admitida pela doutrina e pela jurisprudência, uma vez que a própria Constituição Federal, em seu artigo 225, § 3º, dispõe que ‘as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados’” (CARVALHO, Érika Mendes de; CARDOSO, Sônia Letícia de Mello; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. “Duplicidade de sanções ambientais e o princípio non bis in idem”. En: *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, mai./ago. 2013, p. 454).

penal español<sup>833</sup> y 1º de la Ley 8.137/1990 brasileña<sup>834</sup> – y dos especies de multas por parte del Fisco, una moratoria/resarcitoria y otra sancionatoria/preventiva<sup>835</sup>.

Para solventar la cuestión debemos tener en cuenta, primeramente, que el ordenamiento prevé dos especies diferentes de sanciones, una civil – con finalidad meramente resarcitoria – y otra penal – con las finalidades preventivas, retributivas o mixtas, a depender de la teoría que se adopte<sup>836</sup>. A su vez, para el desiderátum de ordenación social, muchas veces, están previstas sanciones de ámbito administrativo, las cuales merecen especial atención porque suelen aparecer con una u otra finalidad<sup>837</sup>; y, de ahí, podemos extraer importantes conclusiones.

De relieve, es la lección de BARROSO sobre las diferentes especies de sanciones – con sus finalidades intrínsecas – y la especial duplicidad hallada comúnmente en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. El magistrado del Tribunal Constitucional brasileño explica que *“as sanções civis se destinam, comumente, ao restabelecimento do status quo ante, por meio de figuras relacionadas com a invalidade dos atos jurídicos e com o ressarcimento dos danos causados pela conduta ilícita. Já as sanções penais têm o objetivo imediato de punir os transgressores (sem prejuízo de eventual pena acessória de natureza ressarcitória). A sanção administrativa, por sua vez, pode apresentar ora caráter*

---

<sup>833</sup> Código penal español, art. 305.1: “El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo”.

<sup>834</sup> Ley Federal brasileña n. 8137/1990, art. 1º: “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

<sup>835</sup> Cfr. MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 75-81.

<sup>836</sup> Sobre las teorías de la pena en el ámbito criminal: MIR PUIG, Santiago. “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XXXIX, Fascículo I, año MCMLXXXVI, enero-abril, p. 49-58.

<sup>837</sup> A propósito, señala MELLO que en cuanto “a sanção administrativa retributiva esgota-se na aplicação de um mal ao infrator... a sanção administrativa ressarcitória não se esgota na imposição de castigo ao infrator, mas vai além: a medida afliativa imposta pela Administração Pública altera a situação de fato existente, reparando o dano causado à vítima da infração” (MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 76-77).

*ressarcitório, ora caráter retributivo. No primeiro caso, a sanção administrativa se aproximará mais dos princípios do direito civil, no segundo, dos do direito penal”*<sup>838</sup>.

El caso del delito fiscal puede ser emblemático (aunque, en el caso español del art. 305.1 del Código penal, no estamos ante una ley penal en blanco, sino ante elementos normativos jurídicos del tipo), pues, al paso de incidir una multa por impago en el día previsto del tributo, devendrá otra multa sancionatoria administrativa<sup>839</sup>. A su vez, en España, tras pasado el límite establecido por el artículo 305.1 del Código penal, habrá que dar paso a una responsabilización delictiva. De ahí se puede sostener incoherente conminar la multa sancionatoria administrativa (por acto ilícito) y la pena privativa de libertad, en homenaje al principio del *ne bis in idem*; y, a su vez, ser perfectamente posible la conminación de la multa moratoria, pues, al fin y al cabo, posee finalidad distinta, meramente resarcitoria de las arcas públicas – por detención indebida de capital ajeno<sup>840</sup>. Lo mismo se podría sostener en cuanto a determinados delitos ambientales, cuando se establecen multas con fines resarcitorios para la Administración y multas sancionatorias en conjunto con la pena privativa de libertad prevista para el tipo<sup>841</sup>.

Otra manera de enfrentarse al problema sería desde un punto de vista puramente normativo. Como hemos visto, la norma penal derivada punitiva (y también así será con la norma administrativa derivada punitiva) establece en su antecedente la norma primaria precedente – completa – incumplida, y, en su consecuente, la sanción. Tanto en el caso del delito medioambiental (art. 325 del CP español), como también del delito fiscal (art. 305.1 del CP español), la norma primaria precedente establece el incumplimiento de un deber también administrativamente exigible, pero que por deseos políticocriminales el legislador alzó al ámbito penal. A su vez, cuanto a la multa moratoria del delito fiscal (lo mismo se podría sostener cuanto a otra multa administrativa resarcitoria), la realidad que se observa es diferente: la norma primaria precedente incumplida (no pagar en su día el tributo) dará lugar

---

<sup>838</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Devido processo legal e direito administrativo sancionador: algumas notas sobre os limites à atuação da SDE e do Cade”. En: RODAS, João Grandino (coord.). *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 120.

<sup>839</sup> Cfr. DERZI, Mizabel Abreu Machado. “Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 31, julho-setembro de 2000, p. 203.

<sup>840</sup> Cfr. CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 124.

<sup>841</sup> Cfr. CARVALHO, Érika Mendes de; CARDOSO, Sônia Letícia de Mello; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. “Duplicidade de sanções ambientais e o princípio non bis in idem”. En: *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, mai./ago. 2013, p. 451 y ss..

también a otra norma primaria derivada punitiva en el ámbito administrativo, sólo que eminentemente resarcitoria. Aquí, por lo tanto, no significará un *idem*<sup>842</sup>.

Eso es así, como bien señala TOMAZINI DE CARVALHO, porque “*o não pagamento do tributo, enquanto acontecimento social, pode ser elevado à situação de hipótese de várias normas jurídicas. Todas são normas derivadas punitivas, pois descrevem em suas hipóteses um acontecimento ilícito, o inadimplemento da obrigação tributária prescrita no conseqüente de uma norma que lhes é precedente*”<sup>843</sup>. Así que, en las remisiones suscitadas por el fraude fiscal, podemos tener bien clara las hipótesis en que el fundamento será diverso o no, para la aplicación del principio de *ne bis in idem*.

De hecho, en los casos de remisión normativa – con más razón en los casos de leyes penales en blanco propias – debemos tener especial atención con respecto al *ne bis in idem*, teniendo en cuenta los criterios ya consagrados de la tríplice identidad (sujeto, hecho y fundamento) y, en los casos críticos (como los de sujeción especial), si la finalidad y/o la construcción normativa de la norma penal primaria derivada punitiva no revelen una progresión del ilícito administrativo hacia el penal<sup>844</sup>, lo que en caso positivo indicaría una doble incriminación rechazable por el principio de legalidad<sup>845</sup>.

### 6.3 Leyes penales en blanco y *lex praevia*

A su turno, otra tormentosa cuestión acerca de las leyes penales en blanco se presenta en los efectos subsumibles del subprincipio de la *lex praevia*. Como hemos visto, la retroactividad de la ley penal benéfica, la anterioridad de toda y cualquier ley penal y la

---

<sup>842</sup> Cfr. supra 1.2.1.4.1.

<sup>843</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 122.

<sup>844</sup> Que debe plantear algo semejante a los conceptos de delito progresivo y de progresión delictiva, que conllevaría a los mismos resultados exegéticos de aplicación de apenas una norma, la más grave. Sobre los términos, esclarece MASSON que “crime progressivo é o que se opera quando o agente, almejando desde o início alcançar o resultado mais grave, pratica, mediante a reiteração de atos, crescentes violações ao bem jurídico... Progressão criminosa dá-se quando o agente pretende inicialmente produzir um resultado e, depois de alcançá-lo, opta por prosseguir na prática ilícita e reinicia outra conduta, produzindo um evento mais grave” (MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal esquematizado: parte geral*, 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 122). Así también sostiene JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, parte geral*, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 95.

<sup>845</sup> En semejante sentido, advierte CARO CORIA que “la identidad de sujeto y de hecho no son decisivas para el *ne bis in idem*, y la identidad de fundamento, entendida como identidad de bien jurídico o de interés, no garantiza la vigencia del principio en el caso de las infracciones administrativas. Debe dotarse al *ne bis in idem* material de contenido normativo, la prohibición de sancionar más de una vez debe operar siempre que se trate del mismo contenido de injusto o de ilícito, de la misma infracción, sin importar si dicho contenido está reflejado en una norma penal o administrativa” (CARO CORIA, Dino Carlos. “El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, ano 15, julio-agosto de 2007, p. 16).

irretroactividad maléfica, son lados de una misma moneda que se suelen plantear bajo el axioma del *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege poenali*<sup>846</sup>. Dicho corolario del principio de legalidad se encuentra expresamente reclamado en el artículo 25.1 de la CE<sup>847</sup>; y reflejado en el artículo 2º del CP español<sup>848</sup>. En Brasil – con importantes matices, como se verá –, el principio también viene recogido en la CFRB – en su artículo 5º, incisos XXXIX y XL<sup>849</sup> –, y en el artículo 2º del vetusto CP brasileño de 1940 (con importante reforma de su parte general por la Ley 7.209/1984) aún en vigor<sup>850</sup>.

De hecho, el principio de legalidad hace surgir (y nadie lo niega) en el ordenamiento jurídico contemporáneo la prohibición de promulgarse leyes penales con efectos retroactivos. De ahí que, “*desde muy temprano, se incluyese en el principio de legalidad penal el subprincipio de la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales en perjuicio del acusado o condenado, hasta el punto de que hoy no se concibe el uno sin el otro puesto que el principio de legalidad se burlaría si dicha prohibición no se respetase*”<sup>851</sup>. No obstante la imperiosidad de dicho principio, el mismo no suele ser aplicado de manera absoluta, admitiendo una excepción: la retroactividad del comando normativo más benéfico al imputado<sup>852</sup>. Dicha ‘excepción’ posee distintas justificaciones en la doctrina, pues, mientras no esté en España expresamente formulada en el Texto constitucional – como lo hace Brasil (art. 5º, XL) –, algunos autores sostienen que está plasmado en el principio de

---

<sup>846</sup> En contra: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000, p. 31-53; PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 100-102.

<sup>847</sup> Constitución española, artículo 25.1. ‘Nadie puede ser 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’.

<sup>848</sup> Código penal español, artículo 2º. ‘1. 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. 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’.

<sup>849</sup> Constitución brasileña, artículo 5º, respectivamente, incisos XXXIX y XL: ‘Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’ y ‘A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’.

<sup>850</sup> Código penal brasileño, artículo 2º: ‘Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado’.

<sup>851</sup> VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 62.

<sup>852</sup> Cfr. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 88

proporcionalidad, no hallándose formulado bajo el principio del *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege poenali*<sup>853</sup>.

Sin embargo, pese a los respetables argumentos aportados, nos parece evidente que la retroactividad favorable deviene del principio de legalidad e, incluso, tiene asiento constitucional, tanto en Brasil, como en España<sup>854</sup>. Eso es así porque la existencia de normas y principios constitucionales implícitos es algo incuestionable, dada las funciones estructurales y de génesis del aparato estatal y de sus funciones intrínsecamente consideradas, no siendo factible exigir al legislador constitucional que expresamente consigne en su texto todos los comandos normativos – por regla general dotados de extrema abstracción – y principiológicos, que irradiarán por todo el ordenamiento jurídico derivado. *In casu*, la retroactividad benéfica deviene del *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege poenali* en la medida en que del propio fundamento de la irretroactividad gravosa – la función de la pena y el concepto regio de culpabilidad<sup>855</sup> – se extrae la conclusión de que es necesario retrotraer la nueva valoración legislativa sobre el mismo comando jurídico<sup>856</sup>. O sea, es un argumento a *contrario sensu* que no se puede soslayar<sup>857</sup>.

---

<sup>853</sup> Cfr. PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 98-100. También así, a éste propósito, sostiene LASCURAÍN SÁNCHEZ: “La aplicación de la ley posterior más favorable en ciertos casos es una exigencia del principio de proporcionalidad. Si el principio de legalidad tiende a demandar que para la calificación penal de una conducta se aplique la ley vigente en el momento en el que se realizó la misma, y en todo caso que no se aplique una ley posterior desfavorable para su agente, el principio de proporcionalidad puede exigir en algunos supuestos que la norma que se aplique sea una norma posterior al hecho que califica y, por lo tanto, desconocida para su autor cuando lo generó” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000, p. 31). RETTIG ESPINOZA, en semejante sentido, profesa: “La prohibición de la retroactividad de la ley penal admite una excepción constituida por el principio de retroactividad de la ley penal, la cual no es una concreción del principio de legalidad sino del principio de proporcionalidad, cuyo fundamento se encuentra en una exigencia de congruencia entre la reacción punitiva en el momento de la imposición de la pena y la valoración social del merecimiento y necesidad de pena del delito por cuya comisión se condena” (RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. “El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 178).

<sup>854</sup> Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. “El derecho fundamental a la legalidad penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre de 1992, p. 97-100.

<sup>855</sup> Así que sostiene VICENTE MARTÍNEZ, que “la prohibición de retroactividad viene exigida por la función de la pena y por el concepto de culpabilidad. La primera se funda en el posible conocimiento previo de la conducta prohibida y del castigo con que se amenaza, pues de otro modo no se podría obtener el efecto preventivo buscado con la pena; y la segunda, reclama esa posibilidad de conocimiento previo en que se sustenta la motivación... constituye una garantía política para el ciudadano en un doble sentido...., le protege frente a condenas sorpresivas o aumentos de penalidad *ex post ipso*... y... posibilita que los ciudadanos puedan adecuar su conducta a los mandatos y prohibiciones de las leyes, pues resulta materialmente imposible planificar las conductas y prever sus consecuencias si no existe previamente un modelo, un baremo legal que discrimine lo lícito de lo ilícito” (VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 62-63).

<sup>856</sup> A propósito, advierte HUERTA TOCILDO que “en tales casos, la función de garantía de la seguridad jurídica inherente a la prohibición de retroactividad de las normas penales pierde su razón de ser, que no es otra que la de proteger al individuo frente a una aplicación sorpresiva del ius puniendi, y cede el paso a la función de

Como enseña ÁVILA, “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”<sup>858</sup>, de manera que, cuando se analiza el principio de legalidad, se debe tener en cuenta que finalísticamente busca la tutela de libertad del individuo, debe ser prospectivo en dicha finalidad, es decir, su concreta realización (o necesidad) no deviene directamente del texto, sino que va a depender del comportamiento debido en determinada circunstancia concreta y, por eso, requiere una evaluación del estado de cosas que se pretende reglar. En el caso de la irretroactividad más gravosa, es obvio que se lo admite como subprincipio del *nullum crimen* porque sería impensable garantizar la libertad de los ciudadanos por intermedio de edición de ley si, al fin y al cabo, al legislador le fuera dada la posibilidad de *ex post facto* decidir lo que era punible<sup>859</sup>. A *contrario sensu*, también es indigno de una protección de libertad presuponer que el hecho no más punible pueda continuar irradiando efectos penales en contra al reo<sup>860</sup>.

Ahora bien, esto no quiere decir que el principio de proporcionalidad no guarde relevancia cuando el tema es decidir sobre la retroactividad favorable. A decir verdad, y aún más en los casos difíciles como se suelen plantear en las leyes penales en blanco propias, dicho principio es una importante herramienta hermenéutica para alcanzar el fin de la norma penal<sup>861</sup>, a menudo con sus corolarios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en

---

garantía de la libertad individual asimismo implícita en el principio de legalidad, impidiendo que se sigan restringiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando ya no se juzga necesario, o que pervivan unas sanciones cuya gravedad ha sido cuantitativa o cualitativamente atenuada” (HUERTA TOCILDO, Susana. “El derecho fundamental a la legalidad penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre de 1992, p. 97).

<sup>857</sup> Cfr. BORGES, Paulo César Corrêa. “Princípio da retroatividade benéfica”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n 56, set/out 2005, p. 152.

<sup>858</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 85.

<sup>859</sup> Así, bien subraya PELUSO que “dessa forma, inegável que a irretroatividade da lei penal desfavorável está umbilical e vitalmente ligada à ideia de dignidade da pessoa humana, a impedir sua instrumentalização político-jurídica, protegendo conseqüentemente a liberdade (*ius libertatis*) que, de modo essencial, define essa dignidade, razão pela qual é entendimento dominante, tanto na doutrina constitucional como na penal, que a irretroatividade penal é direito fundamental da pessoa humana, verdadeira pedra angular de todo Estado Democrático de Direito” (PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 77).

<sup>860</sup> Cfr. FARIA, A. Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A.Coelho Branco Editor, 1934, p. 40-41; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 64.

<sup>861</sup> A propósito, señala SILVA SÁNCHEZ que “la aplicación retroactiva de normas que eliminan la punibilidad de un hecho o de normas que, al menos, la disminuyen no puede responder sino a una consideración: En el primer caso, a la apreciación, obvia, de que, para el Ordenamiento de que se trate, la pena impuesta anteriormente no cumple ya efecto alguno de prevención general ni de prevención especial... En el segundo

sentido estricto<sup>862</sup>; sin embargo, ello no nos conduce a una conclusión como la que desestima la retroactividad penal benéfica como corolario lógico del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), lo cual, incluso, puede ser materia de amparo constitucional<sup>863</sup>.

El argumento de que la retroactividad benéfica no está prevista en el Texto constitucional tampoco convence, pues otros principios – comúnmente acogidos en la Ley Mayor –, como el propio principio de proporcionalidad y el de *ne bis in idem*<sup>864</sup>, también no se encuentran expresamente determinados en la Constitución, empero, su existencia implícita es algo incuestionable en un Estado de Derecho<sup>865</sup>. Eso es así porque, como hemos dicho, los principios se caracterizan por una mayor abstracción y generalización que lo que se suele encontrar en las reglas, y que podemos encontrarlo bajo el proceso interpretativo de diversos enunciados de la Carta Política (algo que, como hemos visto, es característico del ámbito normativo penal).

---

caso, la nueva norma, al proceder a una reducción de la sanción penal, prueba que la concreta intensidad de la pena impuesta bajo el régimen anterior no es precisa para mantener la eficacia preventivo-general y preventivo-especial del sistema... Así las cosas, el mantenimiento de una pena que el Ordenamiento jurídico considera innecesaria o excesiva en orden a los fines que ese ordenamiento ha de cumplir sólo podría justificarse en la mera retribución del hecho pasado. Pero en tal caso, habría que concluir la vulneración del principio constitucional de prohibición de exceso, y la consiguiente inadmisibilidad de la intervención penal o de esa medida concreta de la intervención” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 428).

<sup>862</sup> A propósito, vaticina LOPERA MESA que “de acuerdo con dicha herramienta, le medida enjuiciada podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos ofensivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa” (LOPERA MESA, Gloria Patricia. “Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal”. En: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (dir.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (coord.). *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 108-109).

<sup>863</sup> Sosteniendo dicho planteamiento: HUERTA TOCILDO, Susana. “El derecho fundamental a la legalidad penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre de 1992, p. 98-100. El Tribunal Constitucional español no posee entendimiento definido sobre el tema: en el ATC n. 876 de 1986 ha establecido que “no existe un derecho de carácter constitucional susceptible de amparo a la aplicación de la ley penal más beneficiosa” y en la Sentencia n. 131 de 1986 también estableció que “el principio de retroactividad de la ley penal más favorable no concede derecho de carácter constitucional susceptible de amparo”. A su vez, en la STC n. 177 de 1994 decidió que “la configuración de un derecho fundamental a la aplicación de la Ley penal más favorable podría, en su caso, encontrar apoyo suficiente merced a una interpretación conjunta de los artículos 9.3 y 17.1 de la Constitución”. Véase ampliamente en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000, p. 56-67.

<sup>864</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª edición. Valencia: Tirante lo Blanch, 2010, p. 108.

<sup>865</sup> Cfr. PEREIRA, Ricardo Souza. “O principio da retroatividade da lei penal benéfica”. En: *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 9, n. 17, jul/dez 2012, p. 158-164.

Pero no es solo su ubicación sistemática la que nos trae disonantes posiciones doctrinales acerca de la retroactividad beneficiosa; hasta mismo su origen es cuestionado en la doctrina<sup>866</sup>. Sobre su fundamentación, otrosí, hay disenso si sería bajo un principio de humanidad y de justicia material<sup>867</sup>, garantista<sup>868</sup>, o, incluso, de igualdad ante la ley y de proporcionalidad<sup>869</sup>.

Suele plantear la mejor doctrina que la irretroactividad de la ley penal tiene su sentido por razones de justicia material, calcados en el principio de legalidad, pues “*se infringiría el mandato de una Justicia más simple si a un comportamiento ya desarrollado se le quisiera imponer posteriormente una pena*”<sup>870</sup>. Eso es incuestionable ya que “*la pena sólo es legítima cuando aparece como el medio necesario para lograr el fin propuesto por el derecho, el cual, a su vez, debe también encontrarse justificado*”<sup>871</sup>. Una tal consecuencia jurídica terminaría por prescindir de su necesidad y de su finalidad; el comando normativo sería humanamente imposible de ser seguido “*ya que faltaría al tiempo de la realización del acto la coacción de la conminación penal*”<sup>872</sup>. Además, como bien señala LUZÓN PEÑA: “*Tiene un sentido humanitario o pietista, similar al de otras regulaciones o construcciones de orientación pro reo*”<sup>873</sup>; es decir, “*tiene una función garantística de los derechos fundamentales del principio de legalidad en general*”<sup>874</sup>.

---

<sup>866</sup> Algunos, como VICENTE MARTÍNEZ, sostienen que “el [principio] de la retroactividad de las disposiciones penales beneficiosas, cuya recepción en los textos internacionales sobre Derechos Humanos se produce más tardíamente, ya en la segunda mitad del siglo XX, mientras que en las Constituciones solo una, la de Portugal, incluye la regla que obliga a aplicar retroactivamente las leyes favorables” (VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 64). Otros, como HUNGRIA, sostienen dicho origen ya en la Edad Media, en el siglo XIV, con MALUMBRANO (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*, vol. I, tomo I, 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 106).

<sup>867</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal, parte general*, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 183; MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. Juan Córdoba Roda). Barcelona: Ariel, 1962, p. 140; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición (trad. Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Comares, 2002, p. 147; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo II, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 557.

<sup>868</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal*, 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010, p. 56-58.

<sup>869</sup> Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000, p. 31-53; PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 100-102.

<sup>870</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición (trad. Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Comares, 2002, p. 147.

<sup>871</sup> SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, vol. I, 10ª. reimpresión total (actualizador Guillermo J. Fierro). Buenos Aires: TEA, 1992, p. 255.

<sup>872</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. Juan Córdoba Roda). Barcelona: Ariel, 1962, p. 140.

<sup>873</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal, parte general*, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 183. En semejante sentido: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA,

Como bien enseña MAXIMILIANO, la irretroactividad consiste en un principio fundamental del Derecho, constituye un precepto para el legislador, una obligación para el juez y una garantía para los ciudadanos<sup>875</sup>. La importancia del *nullum crimen sine praevia lege*, de hecho, es indudable. Como profesora PALAZZO: “Fuera de cuestión está, ante todo, la irrenunciabilidad, es más, la intangibilidad del principio de irretroactividad: su carácter de cualquier manera universal lo pone prácticamente al amparo del relativismo inducido por la crisis de la Ley y de las fuentes”<sup>876</sup>.

A *fortiori*, todas esas justificaciones sirven para también así coronar la necesidad de emprender una retroactividad beneficiosa al reo: no habrá justicia cuando un determinado hecho siga siendo punido cuando ya no más lo valora el legislador; también injusta será si hubiera un cambio parcial, pero que signifique un cambio de la norma de prohibición. Si no falta el comando normativo injustificadamente infringido por el autor, faltaría la necesidad de punir dicho incumplimiento porque expresamente así no más juzga importar el orden jurídico. A su vez, si el Derecho penal debe preocuparse en tutelar la libertad de los ciudadanos, es decir, si se debe acudir a una función garantística del Derecho penal, por supuesto que la retroactividad de la norma incriminadora beneficiosa desempeñará dicha función<sup>877</sup>.

Concordamos, pues, con DOVAL PAIS cuando profesora que “*el principio de legalidad penal, concebido como garantía formal de sujeción del poder ante el núcleo indisponible de las libertades y derechos de los ciudadanos, es decir, como un medio para limitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo del Estado, requiere la juridicidad o legalización de todas las actuaciones del poder público dirigidas a castigar. Pero su*

---

María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 135.

<sup>874</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal*, 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010, p. 57. A propósito, enseña JAKOBS: “Dado que el principio de legalidad ha de ofrecer una garantía de objetividad, la ley tiene que estar vigente ya en el momento del hecho, y ello con doble contenido: La ley tiene que determinar el comportamiento punible y también el marco penal” (JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 111).

<sup>875</sup> Cfr. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 50.

<sup>876</sup> PALAZZO, Francesco. “La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de regla iuris” (trad. Irene Melero Sánchez y Susana Barón Quintero). En: *Revista Penal*, Valencia, n. 25, janeiro de 2010, p. 107.

<sup>877</sup> Cfr. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 64-65; FARIA, A. Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A.Coelho Branco Editor, 1934, p. 40-41.

*significado esencial no se agota con la satisfacción de un mandato formal (la plasmación legal de aquél mensaje), sino que impone, además, ciertas exigencias materiales que impidan eludir su cometido último de salvaguarda de valores básicos como la libertad o, incluso, la igualdad y aporten, de este modo, legitimidad al sistema legal”<sup>878</sup>. En efecto, nos parece de acuerdo con un Estado social y democrático de Derecho sostener que exactamente en la salvaguardia de dichos valores básicos para la sociedad, como la libertad y la igualdad, se encuentra el principio de retroactividad favorable como corolario del principio de legalidad.*

A su vez, de una lectura del artículo 25.1 de la CE y también del artículo 2º del CP – lo mismo pasa en Brasil, leyéndose en conjunto los artículos 5º, XXXIX y XL, de la CFRB, y 2º, del CP vigente –, es fácil concluir que toda y cualquier ley penal posterior más gravosa no podrá concernir a hechos pretéritos, bien como las leyes beneficiadoras deberán operar efectos aún sobre los hechos practicados anteriormente a su vigencia; pero dicha enunciación genera escollos interpretativos: el principio habla siempre de ‘ley penal’, por lo que se encuentra en dudas el intérprete cuando la innovación legislativa recae sobre el dispositivo remitido que no posea rango de ley<sup>879</sup>.

La sencillez (extremadamente formal) del argumento sirve de justificación para parte importante de la doctrina rechazar la retroactividad benéfica de los complementos, pues – como hemos visto – en las leyes penales en blanco propias lo que es objeto de cambio no sería ley en sentido estricto o formal (mientras que, como también lo hemos visto, la conformación normativa yace en el ámbito de la norma, no del enunciado legal). ¿Se puede sostener que cuando el art. 325 del CP español reclama la infracción de leyes o reglamentos como parte del tipo de acción la norma primaria completa (norma remitora + norma remitida) es prescindible para analizar el alcance del principio de retroactividad o de irretroactividad? Parece que la respuesta deberá ser negativa, pues la ley (o el enunciado jurídico) debe ser entendido como el vehículo por lo cual el legislador presenta al sistema la norma jurídica. Esta sí es que será incumbida de dirigir la acción penalmente relevante, y, por ello, ser tenida en cuenta en el análisis principiológico penal.

---

<sup>878</sup> DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 23-24.

<sup>879</sup> A propósito, debemos tener claro que solamente habrá dudas cuando se de un conflicto temporal en leyes en blanco en sentido propio, pues las de sentido impropio, por remitir al contenido de otras leyes, por supuesto abarcará la incidencia del principio de retroactividad sin mayores obstáculos. Además, la irretroactividad más gravosa al reo no resulta problemática, pues tiene amplia aceptación doctrinal. Por cierto, “el problema es la retroactividad del complemento benéfico al reo” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 433).

Tal vez por ello, señala ANTÓN ONECA<sup>880</sup> que “en sentido formal se llaman leyes, en los países que admiten la división de poderes, o de funciones desempeñadas por órganos distintos, las normas emanadas del Poder o de los órganos a los que está especialmente encomendada la función legislativa”, no obstante – en un sentido más amplio de ley – “la ley material puede contenerse no sólo en la ley formal, sino también en otras manifestaciones de la voluntad legisladora del Estado: decretos-leyes, leyes delegadas o decretos legislativos, bandos militares y reglamentos”. Bajo las premisas que sostenemos en este trabajo, debemos añadir que lo que llama el autor ‘ley material’ es la norma, que debe ser ‘interpretada’ desde la ley en su sentido formal (enunciado legal), que puede en general estar contenida en una ley formal – dictada por el órgano legislativo competente –, pero que, por las vicisitudes del ordenamiento jurídico hodierno, puede que no sea posible deducirla solo ahí, siendo menester buscar otros discursos jurídicos, como reglamentos, circulares, directivas, etc.<sup>881</sup>

En efecto – y más allá de distinciones puramente conceptuales –, siempre en aras de garantizar la efectividad de la norma penal incriminadora, una doctrina con base en dicho alcance limitado de la retroactividad benéfica – irradiando efectos solamente a la ley penal, que sería la ‘ley en sentido estricto o formal’ –, la cual llamaremos de doctrina restrictiva<sup>882</sup>, niega la retroactividad beneficiosa a los complementos de una ley penal en blanco propia.

---

<sup>880</sup> ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*, segunda edición (anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino). Madrid: Akal, 1986, p. 107.

<sup>881</sup> Así, en Brasil, sostiene BENTO DE FARIA que “nessa expressão – lei –, em sentido amplo, se compreendem não só as leis propriamente ditas, isto é, os atos emanados do Poder Legislativo, mas também os do Executivo, embora com eles não se confundam, expedidos no uso da faculdade constitucional de assegurar-lhes a execução” (FARIA, A. Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A.Coelho Branco Editor, 1934, p. 13). Dicha posibilidad, incluso, es exactamente lo que justifica en mayor medida la utilización de la técnica de las leyes penales en Blanco. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 431. Dicho planteamiento se puede, incluso, extraer del propio artículo 25.1 de la Constitución española, cuando ha preferido utilizar el signo ‘legislación’, “sin duda alguna menos comprometedor que el término ‘ley’ por ser aquél comprensivo de otro tipo de normas que, no siendo leyes en sentido formal, tienen atribuido rango de Ley” (HUERTA TOCILDO, Susana. “El derecho fundamental a la legalidad penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre de 1992, p. 92).

<sup>882</sup> Cfr. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 300; BINDING, Karl (Apud PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 178; RESTANI, Diogo Alexandre. “Lei Antidrogas: norma penal em branco – utilidade”. Disponible en internet: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br). Consultado en 23/11/2013; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*, vol. I, tomo I, 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 129-130;

Otra parte, mayoritaria y que llamaremos doctrina extensiva<sup>883</sup> – confiere plena aplicación al concepto remitido en cuanto al primado del *nullum crimine, nulla poena, sine praevia lege*.

A su vez, hay otra corriente – que llamaremos doctrina diferenciadora y que suele plantear una flexibilización del principio de retroactividad benéfica cuando toca analizar los cambios operados en las normas de complemento de rango administrativo de las leyes penales en blanco propias – sostiene que el análisis sobre la retroactividad beneficiosa dependerá del caso concreto, es decir, si será un cambio de la valoración jurídica o simplemente de circunstancias del hecho<sup>884</sup>, o, con matices importantes, si se trata de un

---

<sup>883</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Derecho penal, parte general, libro de estudio* (trad. Conrado A. Finzi). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 128-129; MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. Juan Córdoba Roda). Barcelona: Ariel, 1962, n.p.p. 144; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª edición (trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970; STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal, parte general*, I (trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti). Navarra: Editorial Arazandi, 2005, p. 71-72; SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, vol. I, 10ª. reimpresión total (actualizador Guillermo J. Fierro). Buenos Aires: TEA, 1992, p. 262-263; ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal, parte general*, 8ª edición (trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín). Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 77-78; VELÁSQUEZ V., Fernando. *Manual de derecho penal, parte general*, segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 145; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo III, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 661; ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*, segunda edición (anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino). Madrid: Akal, 1986, p. 130; RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, parte general*, decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 214; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal español*, 4ª edición (puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée). Barcelona: PPU, 1994, p. 175-176; CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, I, adenda a la 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2006, p. 221; GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 155; LUCA, Javier Augusto de. *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 89-91; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, parte geral*, 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 50-51; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 187-188; PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 152-153.

<sup>884</sup> Cfr. TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas” (trad. Antoni LLabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar 2002, p. 80; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 168-169; CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 118-126; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000, p. 116-117; Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis. “Derecho penal económico y Constitución”. En: *Revista Penal*, Barcelona, año 1, número 1, enero de 1998, p. 10; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 138; JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, pág. 99; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 62-63; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, vol. 1, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 48; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 118; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42-44; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 77-78; KREBS, Pedro. “As normas penais em branco e a alteração de seu complemento - uma vez mais”. En: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2001, vol. 2, n. 3, p. 84; MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal esquematizado: parte geral*, 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 110.

cambio que afecte o no el fin de protección de la norma<sup>885</sup>. Con dichas tesis diferenciadoras, terminan o por dar una idea de ley temporal o excepcional a las leyes penales en blanco; o por pretender ampliar sistemáticamente el concepto de ‘favorecer al reo’ que pone de manifiesto el principio de retroactividad beneficiosa.

Pasamos, sucintamente, a analizar tales teorías para facilitar nuestra propia posición, en su caso.

### 6.3.1 La doctrina restrictiva

Los defensores de la ‘doctrina clásica’ en materia de retroactividad penal beneficiosa, doctrina que llamamos aquí de ‘restrictiva’, son contrarios a la aplicación retroactiva de las modificaciones favorables habidas en consecuencia de una variación de la normativa extrapenal objeto de remisión de una ley penal en blanco. En Brasil, verbigracia, MAXIMILIANO sostiene rotundamente que los “*postulados extrapenais, que estabelecem as condições de existência do direito violado, não ficam sujeitos às regras sobre Direito Intertemporal Penal; estas regem só a observância dos preceitos propriamente repressivos*”<sup>886</sup>. Dicha conclusión se basa muy a menudo en la aclamada aportación de BINDING sobre la teoría de las normas penales<sup>887</sup>, donde el citado autor concluía que, en verdad, lo que hace el criminal es actuar conforme a la ley penal, pues su conducta es contraria a la norma jurídica, algo distinto, con origen en el Derecho Público general y cronológicamente anterior<sup>888</sup>.

---

<sup>885</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 451-461; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal, parte general*, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 191-192; GÓRRIZ ROYO, Elena. “La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Navarra, vol. 1, n. 1, 1º semestre de 1998, p. 93-94.

<sup>886</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 300.

<sup>887</sup> Esto se concluye porque el autor brasileño, en otra lección, expresamente sostiene que para las leyes temporales sí que deben operar los efectos el principio de retroactividad beneficiosa. Expresamente, así ha vaticinado MAXIMILIANO: “Às vèzes, a própria norma fixa direta ou indiretamente o tempo da sua duração: por exemplo, vedando fabricar pólvora ou exportar cereais durante determinada guerra, externa ou intestina Transcorrido o termo estabelecido para vigorar a regra excepcional ou temporária, cessam as penas pela mesma cominadas; se apenas agravava o castigo, volta-se ao mais brando, imposto pelos antigos postulados. Enfim, reforma-se à lei geral, permanente, comum” (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 301).

<sup>888</sup> Cfr. KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna* (trad. Enrique Bacigalupo; Ernesto Garzón Valdés). Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 04-06.

Esta división conceptual entre ley y norma – que aun hoy se debe sostener, pero con otros matices<sup>889</sup> – conllevó a BINDING también a restringir la retroactividad penal beneficiosa en los casos en que lo que se afecta es propiamente la ley penal, que, como es sabido, confería rasgos distintos de la norma, la cual, por lo tanto, no sería alcanzada por aquél principio. De ahí, concluyó que el cambio – también el beneficioso – del complemento remitido por la ley no puede significar nada en términos de retroactividad o, incluso, de irretroactividad maléfica<sup>890</sup>. En Brasil, también HUNGRÍA, bajo el umbral de dicha concepción normativa, no admite la retroactividad de una alteración benéfica de un complemento normativo extrapenal, pues entiende que la retroactividad sería solamente de la ley penal, nunca de la norma<sup>891</sup>.

Algo semejante sostenía otra doctrina restrictiva apuntada por SILVA SÁNCHEZ: diseñada por KOHLRAUSCH, también consideraba que las normas penales no establecen sus ‘objetos de protección’. Según su punto de partida, “*las normas penales no establecen por sí mismas sus ‘objetos de protección’ (Schutzobjekte), sino que se limitan a prestar protección penal (schützende Normen) a bienes jurídicos definidos fuera de las mismas, en otros sectores del Ordenamiento jurídico*”<sup>892</sup>, de modo que, a guisa de conclusión, sostenía que la retroactividad benéfica solo podría operar en los cambios de ley, nunca del precepto remitido.

### 6.3.2 La doctrina extensiva

A su vez, la denominada ‘doctrina extensiva’ se ha ido consolidando en la posguerra como doctrina dominante, tanto en España<sup>893</sup> como en Brasil<sup>894</sup>. Para sus defensores, la ‘ley

---

<sup>889</sup> Cfr. supra 1.2.1.4 y 2.2.1.

<sup>890</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 426 y 435.

<sup>891</sup> Cfr. HUNGRÍA, Nelson. *Comentários ao Código penal*, vol. I, tomo I, 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 129-130.

<sup>892</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 436.

<sup>893</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, parte general*, decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 214; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 439-440. El Tribunal Supremo español pone de manifiesto dicha ‘doctrina extensiva’ en la Sentencia n. 4583, de 26 de septiembre de 1983, ponente Sr. Huerta y Alvarez de Lara.

<sup>894</sup> Cfr. SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, vol. I, 10ª. reimpresión total (actualizador Guillermo J. Fierro). Buenos Aires: TEA, 1992, p. 93; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 118; GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 155. La jurisprudencia brasilera, sin embargo, ha mantenido una ‘doctrina restrictiva’: STF. Primeira Turma. RE 21132/RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Rel.: Min. Nelson Hungria. Juzgado: 28/08/1952; STF. Segunda Turma. HC 32460/HABEAS CORPUS. Rel.: Min. Rocha Lago. Juzgado

penal' la cual debe incidir el principio de retroactividad benéfica será aquella conformada pela unión de los preceptos remitido y remitido, grosso modo, a la ley penal en blanco propia ya completada por el objeto de remisión. Ejemplo de ello es la lección constante en el Tratado de MAURACH<sup>895</sup>, según la cual “*las leyes situadas fuera del orden punitivo que llenan el blanco de la ley penal... pasan a constituir el precepto de la respectiva ley punitiva*”, es decir, “*toda modificación, pues, de estas leyes determina una mutación del precepto y, por lo tanto, de la ley penal*”, así que “*a partir del momento de entrar en vigencia la nueva ley no penal resulta modificada la ley penal. Existe una nueva ley penal. Y esta nueva ley penal, en virtud del artículo 24 CP [actual artículo 2 del CP español], tendrá efecto retroactivo en cuanto favorezca al reo*”.

Además, advierte el citado autor alemán que “*las leyes situadas fuera del orden penal, si bien en sí mismas, por no constituir leyes penales, no son retroactivas, son retroactivas en cuanto son parte integrante de la ley penal. La bondad de esta conclusión tan sólo puede ser puesta en tela de juicio rechazando la premisa antes sentada; a saber, que las leyes situadas fuera de la ley punitiva que llenan el blanco de la disposición penal pasan a formar parte integrante de la ley penal*”<sup>896</sup>.

En la doctrina española, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ son rotundos en defender dicha posición. Aseveran los autores que “*en la determinación de la ley penal más favorable deben tenerse en cuenta también las llamadas modificaciones extrapenales de la ley penal, pues forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena. La modificación puede aumentar o restringir el ámbito de la tutela penal, dando mayor o menor amplitud al precepto a partir del momento en que la modificación se produce y, en*

---

en: 20/05/1953. STF. Primeira Turma. HC 73168/HABEAS CORPUS. Rel.: Min. Moreira Alves. Juzgado en: 21/11/1995.

<sup>895</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. Juan Córdoba Roda). Barcelona: Ariel, 1962, n.p.p. 144.

<sup>896</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. Juan Córdoba Roda). Barcelona: Ariel, 1962, n.p.p. 144. También así, en la doctrina extranjera: MEZGER, Edmund. *Derecho penal, parte general, libro de estudio* (trad. Conrado A. Finzi). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 128-129; STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal, parte general, I* (trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti). Navarra: Editorial Arazandi, 2005, p. 71-72; SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, vol. I, 10ª. reimpresión total (actualizador Guillermo J. Fierro). Buenos Aires: TEA, 1992, p. 262-263; ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal, parte general*, 8ª edición (trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín). Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 77-78; VELÁSQUEZ V., Fernando. *Manual de derecho penal, parte general*, segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 145.

*consecuencia, habrá de entenderse que entonces estamos ante una ley nueva, a la que es de aplicación lo prevenido en el art. 24 [actual artículo 2 del Código penal español]”<sup>897</sup>.*

En Brasil, posee gran importancia dicha postura, con mayor razón porque la CFRB de 1988<sup>898</sup>, a semejanza de la Constitución portuguesa de 1974<sup>899</sup>, establece expresamente no solamente el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, sino que también el principio de retroactividad benéfica de la norma penal. Incluso, parte importante de la doctrina brasilera – teniendo en cuenta que el Código penal es anterior a la Carta Magna – sostiene que las excepciones a dicho principio de ‘leyes temporales’ y ‘leyes excepcionales’ previstas en el artículo 3º del Estatuto Represor no fueron acogidas en el seno constitucional, siendo, por lo tanto, materialmente inconstitucionales<sup>900</sup>.

Específicamente sobre el tema de la retroactividad de complementos benéficos en leyes penales en blanco, SANTOS advierte que *“este problema práctico é resolvido pela retroatividade da lei penal mais benigna porque o complemento da lei penal em branco é elemento do tipo objetivo e, portanto, integra a lei penal, segundo a seguinte lógica: se o tipo de injusto não existe sem o complemento legal ou administrativo – e o Poder Legislativo, independentemente da inconstitucionalidade da delegação de poderes, autoriza a edição do complemento da lei penal, por outra lei ou por ato administrativo –, então o complemento é*

---

<sup>897</sup> RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, parte general*, decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 214. También así, en la doctrina española: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo III, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 661; ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*, segunda edición (anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino). Madrid: Akal, 1986, p. 130; BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal español*, 4ª edición (puesta al día por Hernán Hormazábal Malaré). Barcelona: PPU, 1994, p. 175-176; CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, I, adenda a la 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2006, p. 221.

<sup>898</sup> Constitución brasileña de 1988, artículo 5º, XL: ‘A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’.

<sup>899</sup> Constitución portuguesa de 1974, artículo 29.4: ‘Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido’.

<sup>900</sup> Profesa PELUSO, sobre dicha inconstitucionalidad de los comandos dichos ‘excepcionales’ de la retroactividad penal benéfica que: “Parece claro que as leis penais temporárias ou excepcionais, previstas no art. 3º do Código Penal, não foram integralmente recebidas pela nova ordem constitucional de 1988, já que norma infraconstitucional (o Código Penal) não tem o condão de restringir norma constitucional material de direitos fundamentais, que, pois, lhe é hierarquicamente e normativamente superior, sendo, para o deslinde da questão, dogmáticamente irrelevantes as questões infraconstitucionais que justificam sua existência... Em apenas uma hipótese constitucional tais leis temporárias e excepcionais – técnica legislativa – seriam autorizadas pela ordem constitucional e valeriam como restrição válida à regra constitucional material de direito fundamental, qual seja, nos momentos de crise institucional de ‘defesa do Estado e das instituições democráticas’ (Título V da Constituição Federal)” (PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 142-144). También así: LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 29-30; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, parte geral*, 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 49-50.

*elemento do tipo de injusto e, na hipótese de complemento posterior mais favorável, retroativo*”<sup>901</sup>.

También sobre el tema, vaticina LUCA<sup>902</sup> que “*la ley se integra con la reglamentación; si luego cambia la reglamentación y en virtud de la revaloración de las circunstancias los hechos atrapados por la primera dejan de ser ilícitos, el tema no pasa por la ultraactividad de la primera. El tema pasa porque la segunda expresamente prevea que no se aplica a las infracciones cometidas durante la vigencia de la primera, lo cual soluciona los temores de la doctrina*”; de manera que “*la aplicación del principio de la ley penal más benigna en leyes penales en blanco, sólo puede evitarse cuando la nueva norma que llena de contenido al tipo penal en blanco, expresamente prevé que la antigua subsistirá para los hechos acaecidos durante su vigencia*”.

Dicho planteamiento, otrosí, parece sostener en su obra JAKOBS, entretanto con un importante matiz. El maestro alemán, para aquellos supuestos en que la ley penal en blanco se refiere a un ‘complemento de obediencia’, defiende la retroactividad beneficiosa. A su vez, cuando se tratar más bien de un ‘complemento de regulación’, no se daría el mismo efecto<sup>903</sup>.

Se podría – bajo dicha clasificación – plantear que dicho autor defiende una ‘doctrina diferenciadora’, sin embargo, como se caracteriza aquí las leyes penales en blanco – como técnica legislativa de remisión estructural-limitativa –, sólo hablaríamos de ‘remisión de obediencia’, porque la ‘remisión de regulación’ sería más bien una remisión aclarativa característica de los elementos normativos jurídicos del tipo<sup>904</sup>.

---

<sup>901</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, parte geral*, 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 50-51. Así también PELUSO: “Se o complemento, após sua edição, se torna e constitui parte integrante do tipo penal objetivo – da norma penal em branco – e, portanto, passa a ser considerado a própria norma penal, negar sua retroatividade corresponderia a estabelecer eventuais restrições em desconformidade com a própria *ratio* da proibição de excesso albergada pela Constituição, restrições, ademais, que careceriam de explícita justificação constitucional, e, pois, de credencial constitucional” (PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 153). También así: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 155; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 187-188.

<sup>902</sup> LUCA, Javier Augusto de. *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 82 y 90.

<sup>903</sup> Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 121/122.

<sup>904</sup> Pues, como bien analiza dicha posición SILVA SÁNCHEZ, “la modificación de la norma de complemento dará lugar a una aplicación retroactiva del nuevo precepto cuando el precepto en blanco tiene por objeto asegurar de modo inmediato la obediencia a la norma de referencia. En cambio, si la ley en blanco se limita a asegurar indirectamente un efecto de la regulación (*Regelungseffekt*) pretendida por la norma a que se remite, un

De hecho, JAKOBS, sobre las primeras, aclara que cuando la ‘ley en blanco’ lo que hace es asegurar “*la obediencia de la norma complementaria, la derogación de la norma complementaria tiene efecto retroactivo al igual que, por lo demás, lo tiene la derogación de una prohibición*”<sup>905</sup>. Por eso parece acertado que también el autor, a decir verdad, propone una doctrina extensiva del principio de retroactividad, a lo mejor cuando se sostiene, como hacemos aquí, que las leyes penales en blanco sólo son aquellas que utilizan una remisión estructural-limitativa. Se puede discutir el vaticinio del maestro alemán, entretanto, no se puede hacerlo cuando a que parte de los preceptos remisivos, independientemente del rango, deben irradiar la retroactividad favorable al reo.

### 6.3.3 La doctrina diferenciadora

No obstante la relevancia de dichos argumentos de la ‘doctrina extensiva’, gana terreno hoy en día la ‘doctrina diferenciadora’, que, a decir verdad, es más de una doctrina. Sin embargo, para todas lo que importa es analizar la conformación normativa caso a caso<sup>906</sup>. Así lo sostiene, verbigracia, TIEDEMANN<sup>907</sup>, para quien “*el hecho de que este injusto se vea ‘afectado’ por un cambio normativo ulterior constituye una cuestión relativa a la necesidad de pena*”, pues “*lo correcto será constatar en los casos límite, con un criterio ya utilizado por la jurisprudencia del RG, si tiene o no lugar un cambio de valoración*”<sup>908</sup>.

YACOBUCCI, en Argentina, también así lo defiende, advirtiendo que “*la única posibilidad de diferenciar una real sustitución del tipo penal de una simple modificación de las circunstancias de hecho (en las que se incluye la consideración de la reforma reglamentaria) parece ser, a los efectos de la aplicación retroactiva de mayor benignidad,*

---

cambio de ésta en sentido favorable al reo no implicará la aplicación retroactiva del nuevo precepto” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. In *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 448/449).

<sup>905</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 122.

<sup>906</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 138.

<sup>907</sup> TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas” (trad. Antoni Llabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar 2002, p. 80.

<sup>908</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 441-442.

analizar si ha cambiado la valoración del legislador frente a los comportamientos socialmente relevantes para el bien jurídico que se pretende proteger”<sup>909</sup>.

Utilizando, en general, dicha fundamentación de ‘cambio de circunstancias’ y ‘cambio de valoración’, otros autores fundamentan una tesis diferenciadora para objetar la retroactividad beneficiosa en las leyes penales en blanco propias calcada en un concepto ‘amplio’ de leyes temporales para justificar la excepción al principio tal y cual establece el artículo 2.3 del Código penal español. Así, verbigracia, establecen que la ley penal en blanco propia, por ser aplicada en ámbitos cambiantes (como las legislaciones ambiental, socioeconómica, de manipulación genética, del consumidor, etc.), sería una ‘ley temporaria’ o ‘excepcional’, lo que haría con que la retroactividad beneficiosa de la regla de complemento fuera irrelevante, aplicándose en el caso aquella norma de excepción<sup>910</sup>.

A propósito, esa es la tesis adoptada por CURY<sup>911</sup>, quien, exactamente por los motivos que justifican el uso de las técnicas de leyes penales en blanco propias (en especial su naturaleza eminentemente cambiante), profesa que “*la modificación de la norma integrativa no constituye una verdadera revaluación éticosocial del hecho*”, pues, “*en las circunstancias en que se lo ejecutó, sigue siendo reprobable y atentatorio para el bien jurídico protegido de manera permanente por el tipo en blanco*”. Así, sin embargo “*la conducta del caso ya no requiere ser reprimida, porque el objeto de protección no es lesionado por ella y a veces, incluso, hasta puede llegar a ser deseable estimular su ejecución*”, en efecto “*eso no implica una alteración del juicio que recae sobre la que se realizó en el período precedente, durante el cual era necesario prohibirla a fin de salvaguardar el interés jurídico comprometido e invariablemente valorado como merecedor de protección penal*”. Y concluye el autor: “*Por*

---

<sup>909</sup> YACOBUCCI, Guillermo J.. *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002, p. 270.

<sup>910</sup> Cfr. Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis. “Derecho penal económico y Constitución”. En: *Revista Penal*, Barcelona, año 1, número 1, enero de 1998, p. 10; PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 180; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 62-63; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, vol. 1, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 48; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 118; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42-44; KREBS, Pedro. “As normas penais em branco e a alteração de seu complemento - uma vez mais”. En: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2001, vol. 2, n. 3, p. 84; BENTO DE FARIA, A.. *Código penal brasileiro (comentado)*, vol. I. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora, 1958, p. 54.

<sup>911</sup> CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 125. Así también: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000, p. 76. Parece sostener la misma posición: ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 168-169.

*eso, en este punto las leyes en blanco propias se deben considerar como leyes temporales, de tal manera que la simple modificación de la disposición complementaria más benigna no es aplicable en forma retroactiva”*<sup>912</sup>.

Ahora bien, para analizar dicha doctrina diferenciadora, es decir, que se debe rechazar la retroactividad beneficiosa de un cambio en un complemento de una ley penal en blanco propia cuando esta se revestir de las características de una ‘ley temporaria’ o de una ‘ley excepcional’, por obvio, debemos analizar más allá de dichos conceptos jurídicos, lo que plantea la legislación aplicable. En Brasil, por ejemplo, el inciso XL del art. 5º de la CFRB de 1988 expresamente prevé como regla la retroactividad benéfica de la ley penal. A su vez, el artículo 3º del CP brasileño establece, como excepción, que *‘a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência’*.

Como hemos visto, la Constitución española no consigna expresamente la retroactividad benéfica, sin embargo, debemos tenerla como implícita al principio de legalidad estricta<sup>913</sup>. A su turno, el Código penal español, en el apartado 3, *in fine*, del artículo

---

<sup>912</sup> A propósito, en la doctrina brasileña, MASSON señala que, sin embargo en las alteraciones ocurridas en las leyes penales en blanco propias “a descrição do tipo penal continua a mesma, mas a conduta praticada pelo agente não mais encontra adequação típica, em face de não mais se enquadrar no complemento a que anteriormente se sujeitava”, para resolverse la cuestión debemos aplicar la regla excepcional que vale para las ‘leyes temporales y excepcionales’, pues “o complemento da lei penal em branco pode assumir duas faces distintas: normalidade e anormalidade”, de manera que “quando o complemento revestir-se de situação de normalidade, a sua modificação favorável ao réu revela a alteração do tratamento penal dispensado ao caso”, a su vez, “quando o complemento se inserir em um contexto de anormalidade, de excepcionalidade, a sua modificação, ainda que benéfica ao réu, não pode retroagir. Fundamenta-se essa posição na ultratividade das leis penais excepcionais, alicerçada no art. 3º do Código Penal” (MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal esquematizado: parte geral*, 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 110). Posición semejante sostiene NUCCI, para quien “as normas penais em branco não ofendem a legalidade, porque se pode encontrar o complemento da lei penal em outra fonte legislativa extrapenal, previamente determinada e conhecida. É preciso, no entanto, que se diga que o complemento da norma em branco é, como regra, de natureza intermitente, feito para durar apenas por um determinado período. Uma tabela de preços, por exemplo, tem caráter temporário. Assim, valendo-se desse caso, quando o complemento tiver caráter secundário à própria norma penal, utiliza-se o dispositivo no art. 3o.: ele é sempre ultrativo... Por outro lado, quando o complemento da lei penal em branco for a parte essencial da norma, vale dizer, é mais importante conhecê-lo do que a própria descrição da norma penal, não é possível aplicar o art. 3o., mas sim o art. 2o. Ex: se alguém traz consigo substância entorpecente, definida como ilícita em portaria de órgão vinculado ao Ministério da Saúde, uma vez que a droga seja retirada dessa relação, é natural que haja retroatividade benéfica. O mais importante, no caso do crime de porte de entorpecente, é saber o que é substância entorpecente e quais são as enumeradas na referida portaria de caráter administrativo, ao passo que no delito de transgredir tabela de preços é secundário saber qual é o preço. Concluindo: quando o complemento da norma em branco for secundário (v.g., tabela de preços), ele é ultrativo; quando o complemento for fundamental para a compreensão do crime (v.g., substância entorpecente), ele pode retroagir para beneficiar o réu” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 77-78).

<sup>913</sup> Cfr. LEAL, João José. “Multa de trânsito: lei n. 11.334/2006 e a retroatividade da norma administrativa penal mais favorável”. En: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n 17, abr/mai

2º, como el brasileño también establece una regla de excepción para la retroactividad benéfica, aunque no prevea la división conceptual entre ‘leyes temporales’ y ‘excepcionales’. Reza dicho precepto que ‘Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario’.

Sin discutir la relevante cuestión de la inconstitucionalidad material del antedicho artículo 3º del Código penal brasileño – que, como vaticina importante sector de la doctrina<sup>914</sup>, es anterior a la Constitución y esta no ha hecho ninguna salvedad sobre el principio de retroactividad benéfico –, tomándolo por constitucional, y aunque no se sostenga la posición de quienes, como nosotros, encuentren en el Texto constitucional español la plasmación del principio de retroactividad benéfica de la ley penal, en efecto, no se puede sostener como lo hace la doctrina diferenciadora que el fundamento para el rechazo de la retroactividad sea la equiparación de las leyes penales en blanco propias con ‘leyes temporales’, aunque en sentido amplio.

En la doctrina brasileña hay univocidad en considerar ‘ley temporal’ aquella que establece tajantemente en su seno su tiempo de validez temporal. A su vez, ‘ley excepcional’ es aquella que tiene dicha validez temporal establecida por una situación anormal específica, la cual, al terminar o cesar, hará con que la ley excepcional igualmente tenga su validez cesada<sup>915</sup>. A su vez, en la doctrina española se suele conceptuar una ley temporal en sentido amplio, que abarcaría las antedichas excepcionales; y ley temporal en sentido estricto, que sería la que posee fecha para su propia abrogación<sup>916</sup>. Dicha aparente diferencia, en verdad,

---

2007, p. 54; críticamente: BORGES, Paulo César Corrêa. “Princípio da retroatividade benéfica”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n 56, set/out 2005, p. 152-155.

<sup>914</sup> Cfr. BORGES, Paulo César Corrêa. “Princípio da retroatividade benéfica”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n 56, set/out 2005, p. 161-162. PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 142-144; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. “A lei penal em relação ao tempo e a pessoas que desempenham determinadas funções”. En: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n 15, ago/set 2002, p. 45; LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 29-30; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, parte geral*, 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 49-50.

<sup>915</sup> Cfr. KREBS, Pedro. “As normas penais em branco e a alteração de seu complemento - uma vez mais”. En: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2001, vol. 2, n. 3, p. 80; MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal esquematizado: parte geral*, 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 108.

<sup>916</sup> A propósito, profesan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: “Son leyes temporales aquéllas que nacen con un período limitado de vigencia establecido taxativamente en la propia ley que fija la fecha que dejará de estar en vigor. Las denominadas leyes excepcionales son también leyes temporales, en la medida en que tienen limitada su vigencia, pero tal límite no se establece de manera fija sino remitiéndolo al cese de las circunstancias en virtud de las que se promulga la ley” (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª edición. Valencia: Tirante lo Blanch, 2010, p. 147). En el mismo sentido: RODRIGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, parte general*, decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994, p. 215; SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, vol. I, 10ª. reimpresión

es reflejo de una misma concepción: tratar la materia de la vigencia extemporánea de una ley que se aleja de la regla para garantizar la protección efectiva que se intenta lograr con el comando normativo. Es decir, si bien el ordenamiento brasileño prefiere separar los conceptos en ‘leyes temporales en sentido estricto’ y ‘leyes extraordinarias’, el español prefiere economizar los términos para abarcar ambos bajo un concepto único que sería de ‘ley temporal en sentido amplio’<sup>917</sup>.

En la doctrina alemana, ROXIN no discrepa de dicho entendimiento. Para el citado autor alemán, “*leyes temporales son aquellas leyes que de antemano sólo van a estar vigentes ‘en un determinado periodo de tiempo’; ya sea porque la fecha en que dejarán de estar en vigor esté fijada en la propia ley con arreglo a un calendario o coincidiendo con un determinado acontecimiento (leyes temporales en sentido estricto), o bien porque sea reconocible que las mismas se ciñen a situaciones temporales especiales y quedarán sin objeto con la desaparición de éstas (leyes temporales en sentido amplio)*”<sup>918</sup>.

No obstante la claridad de las doctrinas citadas, señala TIEDEMANN sobre el tema que hoy parte de la doctrina “*sostiene como punto de partida una concepción aún más amplia, según la cual se reputa ley temporal no sólo a la regulación de circunstancias excepcionales limitadas en el tiempo, sino a toda regulación de circunstancias (económicas) temporalmente cambiantes*”<sup>919</sup>. Fundamento que se utiliza la aludida doctrina y que no podemos aceptar, por flagrante violación al principio de legalidad, a menudo de su corolario de *nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*.

---

total (actualizador Guillermo J. Fierro). Buenos Aires: TEA, 1992, p. 262; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal, parte general*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 116; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 114.

<sup>917</sup> Así vaticina VELÁSQUEZ V.: “son *leyes temporales* las que tienen prefijado el término de su vigencia, por lo que se les denomina *leyes penales temporales en sentido estricto* (confróntese artículos 44 y 46 de la ley 782 de 2002); ellas difieren de las *excepcionales*, que tratan de satisfacer circunstancias especiales o necesidades del Estado, causadas por situaciones de anormalidad (guerras, terremotos, epidemias, alzamientos armados, etc.), conocidas también como *leyes penales temporales en sentido amplio*” (VELÁSQUEZ V., Fernando. *Manual de derecho penal, parte general*, segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 146). Así también ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal, parte general*, 8ª edición (trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín). Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 77; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 192; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 140.

<sup>918</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 168.

<sup>919</sup> TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas” (trad. Antoni Llabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar 2002, p. 84.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, por ejemplo, sostiene que la necesidad de protección del bien jurídico tutelado por la norma penal, aunque tras una alteración de la norma de complemento, conlleva a un replanteamiento de la manera de interpretarse el artículo 2º del Código penal español, confiriéndole una concepción más amplia. Para el citado autor, “*la técnica de remisión dinámica expresada... constituye normalmente un intento de adaptar la regulación penal a contextos peculiarmente cambiantes y por ello acaba constituyendo simultáneamente una técnica de concatenación de leyes penales temporales... Dicho de otro modo: las leyes penales finalmente resultantes son leyes penales temporales, por de pronto, porque parte de sus elementos son leyes no penales temporales*”<sup>920</sup>.

Otra doctrina diferenciadora se ubica no en una ‘ampliación’ del concepto de ‘leyes temporales’, mas rechazándola. SILVA SÁNCHEZ es el exponente de una nueva doctrina diferenciadora. Profesa la necesidad de una interpretación teleológica, que alcance un significado más coetáneo con las finalidades preventivo-general y preventivo-especial del Derecho penal, alcanzando la conclusión de que interpretar teleológicamente el art. 2º del CP español significa restringir el concepto de ‘favorezcan’ de manera que no comprenda determinadas alteraciones legislativas que disminuyan o incluso extingan la punibilidad del reo. *In verbis*, señala que dicha “*restricción teleológica del art. 24 [actual artículo 2º] no supone, según creo, vulneración alguna de los principios garantísticos fundamentales que inspiran la intervención penal*”<sup>921</sup>.

El autor barcelonés, de hecho, vaticina otro fundamento para la irretroactividad de eventual norma de complemento benéfica al reo. Al sostener lo que denomina de necesidad de una interpretación teleológica del comando normativo – para garantizar la función de prevención de nuevos delitos (prevención general y especial positivas) –, lo que hace es conferir un alcance del signo ‘favorezcan’ que no lo encontramos dentro de los límites lingüísticos en que esta empleado el término. Es decir, le interpreta en aras de ‘favorecer’ a través de la ‘lente sistemática del Estado’ el reo (lo que denomina de ‘contenido

---

<sup>920</sup> Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000, p. 76 y 97.

<sup>921</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p.456-457.

favorecedor’), aunque de ello signifique desechar otra interpretación que evita o desmerece la respuesta negativa consubstanciada en la pena (la ‘apariencia favorecedora’)<sup>922</sup>.

La conclusión llevada a cabo por el autor merece detenimiento. SILVA SÁNCHEZ nos trae una incontrastable realidad epistémica de la razonabilidad en aplicarse o no un precepto penal más benéfico – basado, incluso, en una teoría de la función de la pena que no se puede soslayar –; además, incluye en su aportación la necesidad de una interpretación teleológica del sistema, a menudo del principio de retroactividad benéfica, – repetimos, que denomina de ‘favorecimiento en su contenido’ –, en aras de garantizar, en las palabras del autor<sup>923</sup>, no una interpretación “*que evidentemente favorece al reo la ley que no incrimina conductas que eran punibles según la antigua legislación*”, sino otra que lleve a cabo “*un punto de vista material*” que estime como benéfica al reo una “*modificación legal que hace desaparecer la necesidad preventivo-general y preventivo-especial de pena para el hecho que cometió en el momento anterior a la variación legislativa*”.

En España, un importante sector doctrinal acoge dicha doctrina diferenciadora, siempre en el sentido de que “*debe hacerse una interpretación teleológica del art. 24 CP 1944 (o del art. 2.2 CP 1995), dado que el fin de éste es impedir la aplicación de la ley penal vigente en el momento del hecho cuando ya no hay necesidad preventiva (general y especial) de pena o*

---

<sup>922</sup> Así lo enseña SILVA SÁNCHEZ: “El factor decisivo es que el hecho cometido en el pasado siga viéndose como un hecho peligroso para el bien jurídico, como algo de cuya comisión en el futuro debe tratarse de disuadir tanto al sujeto responsable como a otros autores potenciales. La interpretación teleológica tendrá su punto de anclaje, en el caso del art. 24 del CP español, en el término ‘favorezcan’. En efecto, el referido precepto limita la eficacia retroactiva al caso de las leyes penales ‘en cuanto favorezcan al reo’. La cuestión es, entonces, determinar qué modificaciones legales (incluida la normativa penal o extrapenal de referencia de un tipo) ‘favorecen’ al reo. A tal cuestión se suele responder señalando, para el caso que aquí más interesa, que evidentemente favorece al reo la ley que no incrimina conductas que eran punibles según la antigua legislación. Sin embargo, es preciso distinguir entre la apariencia favorecedora y el contenido. Desde un punto de vista material sólo puede estimarse que favorece al reo una modificación legal que hace desaparecer la necesidad preventivo-general y preventivo-especial de pena para el hecho que cometió en el momento anterior a la variación legislativa. Esto, y no un favorecimiento aparente, es lo decisivo. La expresión legal que restringe la aplicación retroactiva a las leyes que ‘favorezcan’ al reo es, pues, a mi juicio, el punto de anclaje de la restricción teleológica del art. 24 CP, pues la misma sólo puede entenderse en relación con el fundamento material de la institución de la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 461).

<sup>923</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 461.

de tanta pena”<sup>924</sup>, cierto que en estos casos “la imposición de una pena no es excesiva ni desproporcionada sino necesaria”<sup>925</sup>.

#### 6.3.4 Toma de postura

Como hemos visto, a la par de la doctrina extensiva, que admitiendo el complemento de la ley penal en blanco como parte integrante del tipo, sostiene la retroactividad sin más de las alteraciones beneficiosas – en una extensión del sentido del principio –, tenemos doctrinas restrictivas – que repudian dicho efecto – y diferenciadoras – que con matices también lo rechazan.

*A priori*, nos parece insostenible la doctrina restrictiva. Los conceptos de ‘norma’ y de ‘ley’ son de veras distintos, a cierta manera, incluso, cronológicamente; entretanto, no se puede aceptar una conclusión que aleja de la norma penal su característica de valoración del bien jurídico tutelado y de establecer, *per se*, el comando imperativo de dirigir una determinada y valiosa conducta humana. Así, concibiendo la norma como el resultado del proceso de construcción de sentido de la ley, no puede ser defendible una posición que establezca como límite de la retroactividad las palabras contenidas en dicha ley, que los defensores de la doctrina restrictiva la conciben en sentido estricto. Lo que no tiene aplicabilidad hacia a hechos pasados debe ser el comando normativo completo, no el enunciado aisladamente considerado.

A propósito – y como bien explica SILVA SÁNCHEZ<sup>926</sup> –, cuando el artículo 2º del CP español dice el término ‘ley penal’, a decir verdad, lo que hace es comprender “*todos los complementos jurídico-normativos extrapenales de los tipos*”, pues dicho artículo “*no establece, en su literalidad, distinción alguna en cuanto a la aplicación retroactiva de ‘leyes penales’ favorables al reo*”. Es más: si lo que se pretende con la enunciación penal (ley penal en sentido estricto, formal) es de ahí extraer norma jurídica que dirija una conducta intersubjetiva de los ciudadanos – sea para garantizar la protección de bienes jurídicos de

---

<sup>924</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal, parte general*, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 192.

<sup>925</sup> GÓRRIZ ROYO, Elena. “La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Navarra, vol. 1, n. 1, 1º semestre de 1998, p. 93.

<sup>926</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 454-455.

extrema relevancia<sup>927</sup>, sea para proteger los valores ético-sociales relevantes<sup>928</sup>, sea para reafirmar el contenido normativo<sup>929</sup> –, y, si por motivos de justicia material, dicha finalidad normativa debe respetar a los primados del principio de legalidad, parece obvio que lo que se tutela no puede ser sin más la ley formal (o simplemente ley, en la doctrina bindingniana), sino el comando normativo<sup>930</sup>, y aquí, completo. Eso es, incluso, uno de los motivos por los cuales se suele reprochar de la teoría de las normas de BINDING, que entendía que las normas interpretadas a partir de las leyes penales no serían propiamente penales, sino más bien de Derecho público general, sustrayendo del ámbito penal la capacidad de dirigir las conductas intersubjetivas en aras de garantizar sus fines, concluyendo que dichos fines serían alzados a condiciones de bienes jurídicos por otras ramas<sup>931</sup>.

Los mismos argumentos en contra de la teoría bindingniana valen para la doctrina que establece como límite para la retroactividad la diferencia también entre norma y ley penal, pero con el matiz de que solamente esta última sería responsable por el ‘objeto de protección’, es decir, por describir el bien jurídico tutelado. Parece que lo que hace dicha doctrina es confundir los conceptos de ‘bien jurídico’ – como objeto de protección de la norma – y ‘objeto material’ – como persona o cosas sobre los cuales recae la conducta proscrita en la norma<sup>932</sup>. Este puede que sea definido (y en general lo es) por el complemento de una ley penal en blanco propia, pero aquél siempre será definido desde la norma penal primaria precedente extraída de la interpretación de la ley penal formal (protección que debe ser subsumible de lo que llamamos de ‘núcleo esencial de la prohibición’)<sup>933</sup>.

---

<sup>927</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 50-51.

<sup>928</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª edición (trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 11-17.

<sup>929</sup> Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 44-47.

<sup>930</sup> Critica que también hace ARMIN KAUFMANN (*Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna* (trad. Enrique Bacigalupo; Ernesto Garzón Valdés). Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 07)

<sup>931</sup> Así también la crítica de ÁLVAREZ GARCÍA sobre la teoría de las normas de BINDING, pues “la consecuencia que se extrae de este sistema es que el Derecho penal carece de contenido propio, pues aunque otorga carácter jurídico a sus normas las priva a un tiempo de una identidad que las singularice frente a otras” (ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 41). En semejante sentido: CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 86-87; SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, vol. I, 10ª. reimpresión total (actualizador Guillermo J. Fierro). Buenos Aires: TEA, 1992, p. 142 y ss..

<sup>932</sup> Cfr. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Tipicidad*, 6ª edición. Bogotá: Temis, 1999, p. 67-88.

<sup>933</sup> Como bien enseña TAVARES, “os bens jurídicos... servem de suporte à norma jurídico-penal, como expressão mediatizada de interesses concretos das classes sociais dominantes” (TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 109). No por otro motivo,

A propósito, enseña JAKOBS que “en virtud del principio del hecho, desde luego sólo concurre un hecho penal cuando tiene lugar un suceso externo, perceptible por los sentidos. Pero el objeto de este comportamiento exterior no es el bien jurídico-penal, sino que más bien han de distinguirse bien jurídico-penal y objeto de la acción (sería más exacto decir: objeto del comportamiento)”<sup>934</sup>; advirtiendo ROXIN que “a veces parecen coincidir objeto de la acción y bien jurídico... pero esto sólo es así aparentemente; pues el objeto de la acción es la persona concreta [p.ej., en el homicidio] cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal. Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción”<sup>935</sup>.

Así que con la razón MEZGER<sup>936</sup>, cuando advierte que “la total distinción dentro de la ‘ley’... es arbitraria y carece de fundamento en el Derecho positivo, siendo, por otra parte, irrealizable”. Según el maestro alemán, en lo que debemos concordar, “el Código, al emplear la palabra ‘ley’ se refiere, como ya antes destacamos, al total estado jurídico en el que descansa la punibilidad, y a su posible modificación”, de modo que “este estado jurídico comprende tanto la norma y los preceptos jurídicos referentes al ‘objeto de protección (bien jurídico)’, como la ‘norma protectora’, esto es, la ‘ley penal en sentido estricto’”.

En efecto, no se puede sostener las posiciones de la ‘doctrina restrictiva’, pues no es la ‘ley’, como ley formal, la que debe estar bajo el principio de retroactividad, sino la norma jurídica incriminadora, la cual, para ser completa, debe ser entendida tras un proceso de interpretación sîgnica de todo el ordenamiento jurídico que le sea aplicable. El hecho de que el tipo de acción convencional (p.ej., en el art. 325 del CP: provocar o realizar directa o indirectamente emisiones... al medio ambiente... que puedan perjudicar gravemente el equilibrio...) sea ya definible en la norma primaria precedente no significa que toda la conducta esté también ahí definida, sino que sus rasgos esenciales lo estarán (comando

---

rotundamente profesa TOMAZINI DE CARVALHO que “a forma que o direito se utiliza para valorar estes ‘bens’, necessários à coexistência social, consiste em prescrevê-los como de cumprimento obrigatório por todos, no conseqüente de normas precedentes e elevando a sua não-observância como hipótese de normas penais, as quais implicam, como conseqüência, uma pena. Neste sentido, a norma precedente determina o bem jurídico tutelado pelo direito penal” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 88).

<sup>934</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 47.

<sup>935</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006, p. 63.

<sup>936</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho penal, parte general, libro de estudio* (trad. Conrado A. Finzi). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 128.

normativo – ‘no provocar emisiones al medio ambiente que puedan perjudicar gravemente el equilibrio’ –, definición del bien jurídico – ‘medio ambiente’ –, destinatario – ‘sujeto penalmente imputable’ –, consecuencia jurídica).

Como hemos visto, no hay problema para que otros rasgos importantes para el tipo de acción definitivo sean definibles por otras normas (las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente), bajo la interpretación conjunta con otros soportes normativos incluso de rango inferior. Sin embargo no haya problema en dicha accesoriadad, por su propia fundamentación garantística, la retroactividad solo puede irradiar efectos sobre el tipo de acción ya definido (provocar dichas emisiones contraviniendo...), es decir, sobre la construcción normativa completa. De ahí que no es la ‘ley’ la que importará para el susodicho principio, sino que la norma, y la norma completa, de manera que no se puede sostener ni una ni otra fundamentación de la ‘doctrina restrictiva’<sup>937</sup>.

Las tesis diferenciadoras, otrosí, plantean problemas. La mayoría de la doctrina sigue una que propone una diferenciación entre las alteraciones complementarias que denoten un ‘cambio de circunstancias’ y las que presenten un ‘cambio de valoración jurídica’; no obstante, cuando son examinados los diversos supuestos dónde el legislador suele echar mano de la técnica remisiva, se presentan escollos insuplantables. El problema de dicha teoría parece ser propiamente la dificultad de verificar el significado de ‘cambios de circunstancias’ y ‘cambios de valoración’<sup>938</sup>, incluso presentando lagunas importantes.

Se suele utilizar para justificarla el ejemplo del delito de falsificación de moneda (art. 386.1 del CP español<sup>939</sup>), sosteniendo que sería injustificable el hecho de conferir efectos

---

<sup>937</sup> A propósito, profesora SILVA SÁNCHEZ que “siempre que la modificación de la norma extrapenal redunda en una reducción del ámbito de lo penalmente típico, se estima que nos hallamos ante la ‘*mildestes Gesetz*’ y procede, en consecuencia, su aplicación retroactiva” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 438). En la doctrina brasileña, sostiene FRAGOSO que “a proibição da retroatividade de que aqui se cogita, refere-se a todas as características do fato, no conjunto de todas as normas jurídicas que o qualificam e estabelecem consequências para o mesmo” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 105). En sentido semejante, GARCIA: “A nosso ver, a disposição extra-penal de que se entretece a norma penal em branco – corpo à procura de alma, como se exprimia BINDING – impregna-se do cunho penal, como parte que passa a constituir da figura delituosa. E por isso a retroatividade benéfica se impõe” (GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, vol. I, tomo I, 4ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1972, p. 157).

<sup>938</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal, parte general*, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 192; GÓRRIZ ROYO, Elena. “La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Navarra, vol. 1, n. 1, 1º semestre de 1998, p. 94-95.

<sup>939</sup> Código penal español, artículo 386.1: ‘Será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda: 1º. El que altere la moneda o fabrique moneda falsa’.

retroactivos a un complemento que simplemente cambiase una determinada moneda por otra<sup>940</sup>. *In casu*, y con acierto, se sostiene que la regla de complemento no puede irradiar efectos retroactivos, pues lo que ha hecho fue un mero cambio en el objeto material de la norma, no en su objeto jurídico<sup>941</sup>. Ahora bien, dicho argumento cupo para el citado artículo 386.1 – ‘El que altere la moneda o fabrique moneda falsa’ –, evidentemente una remisión aclaratoria característica de un elemento normativo jurídico del tipo<sup>942</sup>, pero no se puede sostener la misma *ratio* para las remisiones estructural-limitativas que caracterizan las leyes penales en blanco (hipotéticamente: ‘el que altere la moneda contraviniendo Leyes o Reglamentos’, y el cambio fuera en dichas ‘Leyes’ o ‘Reglamentos’).

En el primero ejemplo (de una remisión aclaratoria), el objeto de remisión, aunque cambiante, no conformará el tipo de acción; a su vez, en el segundo (de una remisión estructural-limitativa), como hemos sostenido, sí. Exactamente porque aquí el objeto de remisión conforma el tipo es que no podemos utilizar el argumento de ‘cambio de circunstancias’, pues, a decir verdad, sea como fuere, será siempre un cambio de valoración por parte del legislador: una valoración que va más allá de la simple circunstancia fáctica, que conforma los límites de lo prohibido (y por eso estructural-limitativo)<sup>943</sup>.

Como bien señala SILVA SÁNCHEZ, hay algunas situaciones, incluso, que habiendo un ‘cambio de valoración jurídica’ del precepto remitido no se puede sostener la retroactividad beneficiosa, a nuestro sentir, exactamente porque lo que importa no es la ‘valoración’ del legislador, sino la conformación típica de la ley penal; es decir, si será mediante una remisión aclarativa – característica de un elemento normativo jurídico del tipo –, o mediante una remisión estructural-limitativa – característica de la ley penal en blanco<sup>944</sup>.

---

<sup>940</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal, parte general*, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 192; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43-44; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, vol. 1, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 77-78; RESTANI, Diogo Alexandre. “Lei Antidrogas: norma penal em branco – utilidade”. Disponible en internet: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br). Consultado en 23/11/2013.

<sup>941</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 106-107. JAKOBS, en semejante sentido, profesa un mero cambio de la regulación ‘medio de pago’, lo que no serviría para irradiar los efectos de la retroactividad favorable (JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 122).

<sup>942</sup> Cfr. supra 3.2.1.1.

<sup>943</sup> Cfr. supra 4.4.

<sup>944</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 448-450.

Magistral para desestimar dicho criterio es el ejemplo del susodicho autor referente al artículo 457 del Código penal español – ‘El que... simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente’ –; pues el hecho de que una alteración posterior de la norma remitida (la que define lo que sea infracción penal) descriminalice la ‘infracción penal’ simulada es irrelevante para la retroactividad, sin embargo evidentemente se trate de un ‘cambio de valoración’<sup>945</sup>. En las ineluctables palabras de SILVA SÁNCHEZ, “*la despenalización de un hecho, no obsta, así, a mantener la sanción por ‘simulación de delito’ a quien aparentó su comisión antes de tal reforma legal*”<sup>946</sup>.

Tampoco parece acertada la tesis de que se debe ampliar el concepto clásico de ‘leyes temporales’ para abarcar las leyes penales en blanco propias. A nuestro sentir, abrir la mano de la interpretación restrictiva de los preceptos penales, más que un expediente peligroso, no nos parece compatible con un Estado de Derecho. Las leyes temporales son aquellas que indican, *per se*, una validez última, de manera que exactamente por su vicisitud temporal es que se debe expresamente consignar una excepción al principio de retroactividad beneficiosa. Lo mismo se puede sostener para las ‘leyes excepcionales’, que indican su necesidad por una anomalía que merece detenimiento del Derecho penal, pero que, otrosí, con condición cierta de invalidez. Ampliar dichos conceptos, aunque sea para alcanzar una ‘justicia material’, no nos parece aceptable.

Así que, haciendo eco a la lección de JAKOBS<sup>947</sup>, “*para una ley temporal no basta que se actualice la dependencia temporal general, posible casi en relación con toda norma, sino que más bien sólo es ley temporal la ley dependiente de un modo especial de una circunstancia transitoria*”, de hecho, “*la definición legal como ley temporal obliga en favor del autor*”. Y atañe el maestro alemán: “*Cuando un amplio sector, además, reconoce leyes temporales en sentido amplio, en las que la línea de separación no se menciona, sino que ha de determinarse con arreglo al contexto sistemático del precepto, en caso de aplicación desfavorable para el autor, ello no puede compatibilizarse con el principio de legalidad*”.

De hecho, la importancia de las ‘leyes penales temporales’ no se puede negar, y de ella es que se extrae una ponderación tal que posibilite mitigar un principio tan caro para el

<sup>945</sup> Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 121.

<sup>946</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 450.

<sup>947</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 118.

Estado de Derecho como el de retroactividad benéfica. Como hemos dicho, las ‘leyes penales temporales’ poseen su *ratio* en que se debe tratar determinadas materias bajo una vigencia extemporánea que se aleje de la regla de la retroactividad para garantizar la protección efectiva que se intenta lograr con el comando normativo en determinadas circunstancias fácticas de crisis. Situaciones específicas de flexibilidad de derechos y garantías, incluso, suelen ser autorizadas por los Textos constitucionales bajo el fundamento de estados de excepción o de sitio, que son, como regla general, desencadenados por circunstancias anormales y que desde luego se sabe que cesarán<sup>948</sup>.

De hecho, como rotundamente advierte LUCA, “*la Ley transitoria rige para los hechos ocurridos durante su vigencia, y sigue rigiendo para ellos luego del plazo de vigencia, porque no hay otra ley que la modifique o derogue. Nada tiene que ver aquí el principio de ley penal más benigna, ni el de las leyes penales en blanco. No juega aquí la demostración: ‘la misma conducta antes era delito y ahora no’, porque la propia ley, que no es permanente, nos sigue diciendo que la ‘conciencia colectiva’, o más modernamente el ‘merecimiento de pena’, se mantiene incólume y requiere la represión de los hechos acaecidos durante su vigencia*”<sup>949</sup>. Algo distinto se presenta en una ley penal en blanco.

Como apunta MAURACH, la idea de las ‘leyes temporales’ previstas en los digestos no es lejana. Según dicho autor “*son leyes que, desde un principio, tan sólo quieren regir durante un determinado período de tiempo o que han sido creadas para una determinada situación de necesidad, presentándose, por lo tanto, como una regulación provisional*”<sup>950</sup>. Así también parece sostener WELZEL<sup>951</sup>, a menudo cuando hace una separación de fundamentos para la retroactividad de las leyes penales y para la irretroactividad cuando sean leyes temporales. Según el maestro de la teoría finalista de la acción, los primeros “*como una atenuación o desaparición de la punibilidad se basan, por regla general, en una atenuación de la valoración ético-social del hecho*”, a su vez, “*completamente distinto es en las leyes temporarias: su supresión se basa en la desaparición de la situación de necesidad (p. ej.: el cese de la peste); la valoración ético-social del hecho (p. ej.: la desaprobación de la*

---

<sup>948</sup> Constitución española, Capítulo V, ‘De la suspensión de los derechos y libertades’, art. 55. Constitución brasileña, Capítulo I, del Título V, ‘Do estado de defesa e do estado de sitio’, art. 136 y ss..

<sup>949</sup> LUCA, Javier Augusto de. *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 85.

<sup>950</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. Juan Córdoba Roda). Barcelona: Ariel, 1962, p. 145-146.

<sup>951</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal, parte general* (trad. Carlos Fontán Balestra). Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 30.

*importación o exportación durante una peste) permanece intacta y fundamenta la punibilidad del hecho anteriormente cometido”.*

De hecho, lejos está el fundamento que yace en una ley en blanco propia, pues, aunque se sostenga su necesidad para evitar el anquilosamiento de la ley penal, el carácter cambiante no se da por el hecho de estar en crisis o en una situación anormal<sup>952</sup>. Tal vez la anormalidad sea del propio Derecho penal, al intentar tutelar dichas materias, pero eso no conlleva a sostener un carácter de ‘ley temporal’ donde no exista. En suma, no se puede sostener una ampliación del concepto de ‘leyes temporales’ para abarcar la normativa complementadora de una ley penal en blanco propia, aunque la materia versada en ella sea cambiante. La excepción a la retroactividad, *de lege lata*, sirve solamente para las leyes temporales o excepcionales, no para los complementos de preceptos remitidos. De no proceder así, estaremos ante un procedimiento analógico *in malam partem* desafiador del principio de legalidad<sup>953</sup>.

A propósito, otra no es la opinión de VELÁSQUEZ V., quien advierte que “*de lege lata, por imperar sin cortapisas el beneficio de la favorabilidad, siempre debe aplicarse la ley más benigna, sea de carácter común, especial, intermedia, excepcional o extraordinaria; cualquier distinción al respecto es arbitraria y caprichosa*”<sup>954</sup>. También así, en la doctrina brasileña, KREBS rotundamente señala que “*modificar os conceitos das normas temporárias (saliente-se que norma temporária é aquela que possui prazo de vigência predeterminada) ou excepcionais (que decorrem de uma situação anormal) significa alterar o conceito de normas penais incriminadoras que excepcionam o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, e, portanto, capaz de traduzir um raciocínio flagrantemente inconstitucional*”<sup>955</sup>.

---

<sup>952</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 139-140.

<sup>953</sup> Cfr. supra 5.3.

<sup>954</sup> VELÁSQUEZ V., Fernando. *Manual de derecho penal, parte general*, segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 146.

<sup>955</sup> KREBS, Pedro. “As normas penais em branco e a alteração de seu complemento - uma vez mais”. En: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2001, vol. 2, n. 3, p. 84.

En España, nos interesa hacer una pequeña digresión: antes de la entrada en vigor del actual Código penal (con fecha de 1995), el antiguo art. 24 del estatuto represor español<sup>956</sup> – que aludía la retroactividad beneficiosa – nada decía sobre la excepción a la regla de ‘leyes temporales’, así que se sostenía una interpretación restrictiva del mismo, lo que conllevaría a no aceptarse, por lo tanto, la equiparación de las leyes en blanco con las leyes temporales<sup>957</sup>. Hoy, como hemos visto, sí que se prevé la excepción el ordenamiento español; sin embargo, la interpretación restrictiva aún debe permanecer (puesto que intrínseca a la idea de un Derecho penal en un Estado de Derecho), así que válida la lección de antaño de SILVA SÁNCHEZ: “De que se opte por una interpretación literal del art. 24, que no prevé expresamente excepción alguna al principio de retroactividad de las leyes favorables, o, por el contrario, por una restricción teleológica del mismo precepto”<sup>958</sup>. En efecto, de una interpretación restrictiva o teleológica, no se puede extraer del actual artículo 2º del Código penal español, o mismo del artículo 3º del Código penal brasileño, un fundamento para la excepción a la regla de la retroactividad beneficiosa en las leyes en blanco. Los que lo hacen, ponen de manifiesto una analogía prohibida en Derecho penal.

Tampoco parece justificada la doctrina diferenciadora sostenida por SILVA SÁNCHEZ, pues, aunque ‘materialmente’ pueda parecer incuestionable que en algunos casos de alteración benéfica de las disposiciones remetidas por las leyes en blanco la retroactividad sin más signifique un desprestigio o una carencia funcional a la protección de determinado bien jurídico, el planteamiento de interpretarse el signo ‘favorezcan’ de manera teleológica no puede – en un Estado social y democrático de Derecho – conducir a la conclusión de que estará ‘favorecido’ el reo por la no-conminación del precepto benéfico. Utilizando los términos aportados por SILVA SÁNCHEZ, la interpretación que conduce el término ‘favorezcan’ a un contenido material traspasa los bordes de una interpretación teleológica, pasando a un expediente analógico que, como el propio autor concuerda, solo puede conllevar a una conminación *in bonam partem*<sup>959</sup>.

---

<sup>956</sup> Antigo Código penal español, artículo 24: ‘Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena’.

<sup>957</sup> Cfr., críticamente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000, p. 69-72.

<sup>958</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 447.

<sup>959</sup> A propósito, vaticina el autor que “no toda interpretación restrictiva de preceptos favorecedores del reo puede estimarse penalmente vetada, sino sólo aquélla que pudiera calificarse como constitutiva de una analogía ‘in malam partem’” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de

Como no se puede soslayar, el uso del lenguaje es algo imprescindible en días de hoy, y al jurista no se le ha dado desconocer las reglas del lenguaje<sup>960</sup>. Sin embargo, como ya tuvimos oportunidad de decir, en el Derecho, y aún más en el Derecho penal, “*el uso del lenguaje ordinario está asociado también al esclarecimiento del sentido léxico de sus términos, con base en lo que se denomina definición de dominios*”, así que, al interpretar los discursos jurídicos no podemos olvidarnos de que “*las palabras deben ser comprendidas según su uso contextual, lo que lleva a la redefinición de los términos, de modo de permitir una determinación axiológica*”<sup>961</sup>. A tela de juicio, el ‘favorezcan’ que sostiene el artículo 2º del Código penal español no puede ser concebido como que si significase ‘favorezcan a la sociedad’, sino que es una regla de excepción al *tempus regit actum* que solamente puede favorecer al reo, ya que dicha regla – *tempus regit actum* – ya lo fuera concebida como garantía de la sociedad, y no haría sentido entender una excepción con el mismo desiderátum de la regla exceptuada.

Merece atención, aquí, que el principio de legalidad – además de inspirar toda decisión en el ámbito penal – no posibilita al intérprete ir más allá de los bordes de la ley, de manera que se consagra la interpretación restrictiva, *in favor rei*, y que el límite de la ley penal está en el sentido específico de cada palabra<sup>962</sup>. El sentido de ‘favorezcan’, en el artículo 2º del Código penal español, está limitado al favorecimiento del reo, mostrándose irrelevante para la construcción signíca del sentido de dicho enunciado la función protectora de bienes jurídicos de otros enunciados sancionatorios, como parece pretender SILVA SÁNCHEZ.

Imperioso, en este sentido, es el vaticinio de TOMAZINI DE CARVALHO, para la cual “*a construção da norma é um trabalho hermenêutico, mas este trabalho encontra-se limitado pelo próprio texto. O sujeito cognoscente encontra limitações objetivas nos textos jurídicos que servem como suporte para usas investigações. No caso das normas penais, o princípio da estrita legalidade penal é um limite objetivo determinado pelo direito*”<sup>963</sup>.

---

disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p.456-457)

<sup>960</sup> Cfr. CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 71 y 103-105.

<sup>961</sup> TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal*, segunda edición (trad. Mario Pereira). Buenos Aires: B de F, 2010, p. 28. Bajo otra abordaje: BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 36-54.

<sup>962</sup> Cfr. CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 85-87.

<sup>963</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Direito penal tributário*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 89.

A propósito, como se extrae de la propia idea de Estado social y democrático de Derecho, a menudo de la fundamentación tutelar del individuo que nos brinda el principio de legalidad penal<sup>964</sup>, más allá de la función protectora de bienes jurídicos, se debe exigir, al lado de la normatización expresa de todas las actuaciones persecutorias del Estado, garantías materiales de salvaguardia de valores básicos como la libertad y la igualdad<sup>965</sup>, porque solo así restará legitimado el control social formalizado<sup>966</sup>. Y lo alcanzaremos – como intérpretes del ordenamiento y constructores del sistema jurídico – solamente si y cuando, como advierte ZAFFARONI, tengamos en cuenta los tres principios más importantes en cualquier análisis de la ley penal: “*La proscripción de la integración analógica, la comprensión restrictiva como criterio orientador primario y la intrascendencia de la pena*”<sup>967</sup>.

Cuando se busca – mismo que en aras de garantizar la función de protección de bienes jurídicos, incluso bajo una justificable protección por dicha interpretación teleológica – una ampliación de la materia de prohibición, no se puede sostener (a menudo bajo una comprensión lingüística) que se va a favorecer el reo. Favorecer el reo significa alcanzar la menor incidencia penal punitiva, lo que por supuesto debe encontrar límites, sin embargo ellos no pueden ser ‘encontrados’ por el intérprete bajo un expediente puramente interpretativo, aunque teleológico-sistemático. A propósito, indemne de dudas es la lección de FERNANDEZ CARRASQUILLA<sup>968</sup> cuando profesa que “*en Derecho penal se adiciona a la teoría de la interpretación el límite del "sentido literal posible" como garantía inquebrantable del ciudadano frente a los órganos del Estado*”, de manera que “*todo lo que en materia incriminadora sobrepase el tenor literal de la ley en su máximo sentido de expansión, constituye para el Derecho penal analogía prohibida, cualquiera que sea el fin políticocriminal que se persiga o la razón personal o de Estado en que se inspire*”.

---

<sup>964</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal*, 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010, p. 48-49. También así, LOPES: “Qualquer que seja o prisma ideológico, o Direito Penal para cumprir seus fins democráticos orienta-se sempre no sentido da liberdade e, portanto, a metodologia leva a interpretar restritivamente as normas restritivas da liberdade” (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 125)

<sup>965</sup> No por otro motivo, señala RETTIG ESPINOZA que “el principio de legalidad expresa los dos valores básicos de todo ordenamiento jurídico: la libertad y la igualdad” (RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. “El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 167).

<sup>966</sup> Cfr. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 23-24.

<sup>967</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 302.

<sup>968</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2002, p. 132-133.

El hecho de que se desvanecerá la prevención general positiva y, incluso, la especial, con determinadas retroactividades beneficiosas de complementos en leyes en blanco no puede significar que una reducción de lo prohibido sea algo ‘favorecedor’ al sujeto imputado. Considerar tal manera de pensar será una peligrosa vía eufemística para consagrar futuramente una analogía *in malam partem* en aras de un bien común<sup>969</sup>, algo semejante, incluso, a lo que ya se paso en tiempos enturbiados del Estado de Derecho. CERESO MIR nos recuerda que ya los positivistas clásicos aludían a necesidades politicocriminales para defenestrar, incluso, el principio de irretroactividad del precepto más grave, pues “*señalaban que la ley nueva es la que mejor se adapta a las exigencias actuales de la defensa social y debe aplicarse, por ello, con carácter retroactivo*”<sup>970</sup>. Lo que plantea SILVA SÁNCHEZ es – en efecto – no aplicar el principio de retroactividad beneficiosa en aras de garantizar, otrosí, exigencias actuales de la norma penal, que sin embargo no sean propiamente el desiderátum de la defensa social, pero significan también las funciones que hoy se consagra al *ius puniendi*.

A prevalecer dicha ‘interpretación teleológica’, puede que sea un regreso de décadas en la lucha por un Estado de Derecho, que ha establecido entre sus bases la idea de que la libertad es la regla, siendo su excepción la punibilidad establecida previamente, de manera clara, precisa, y por los poderes confiados por la propia sociedad<sup>971</sup>. De ahí que – en las avaladas palabras de BACIGALUPO – “*no es el ‘sentido posible del texto’ lo que dará el límite de la interpretación, sino el ‘sentido más restringido del texto’*. *De esta manera la ley puede ser realmente una barrera que no debe superar la política criminal*”<sup>972</sup>.

A decir verdad, si se debe utilizar una interpretación que sea teleológica, primero deberá ser restrictiva en los términos establecidos por ley. Es decir, partiendo de los fundamentos del principio interpretado – de retroactividad beneficiosa –, dentro del límite

---

<sup>969</sup> A propósito, profesan JESCHECK y WEINGEND que “si se sobrepasan los límites del sentido de la Ley ya no estamos en presencia de una interpretación, sino ante una analogía que, como actividad creativa del Derecho, está prohibida en Derecho penal si se ejercita en perjuicio del acusado” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición (trad. Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Comares, 2002, p. 169).

<sup>970</sup> CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, I, adenda a la 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2006, p. 219.

<sup>971</sup> Como bien enseña LUCA, “si una cláusula puede tener varios significados, no es correcto seguir el camino que restringe esos derechos fundamentales en favor de la pretensión punitiva del Estado” (LUCA, Javier Augusto de. *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 87).

<sup>972</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 96.

infranqueable del sentido literal posible de los enunciados jurídicos que lo plasman, debemos alcanzar el significado de la norma aplicable. De la interpretación dicha ‘teleológica’ de aquél principio lo que se extrae es el máximo beneficio para el reo, salvo que expresamente la ley consigne el contrario, establezca, como lo hace para las susodichas leyes temporales, una excepción a la regla. Esto es así, como bien apuntan ZAFFARONI y PIERANGELI, porque *“o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica encontra o seu fundamento na própria natureza do direito penal... disso resulta que já não tem sentido a intervenção do Estado, por desnecessária, não se podendo sustentar apenas no fato de que foi considerada necessária no momento em que o autor cometeu o delito”*<sup>973</sup>.

Así, no hay reparos en las críticas llevadas a cabo por LASCURAÍN SÁNCHEZ<sup>974</sup> a dicho posicionamiento ‘teleológico’, pues *“si se parte así del entendimiento de que se da una sucesión de leyes y de que la anterior y la nueva son materialmente aplicables al comportamiento enjuiciado, sólo bajo ciertos presupuestos difícilmente asumibles parece posible afirmar que la pena mayor socialmente necesaria es mejor – más benigna, según un calificativo que se suele asimilar a favorable – que la menor o que la inexistente, no para la sociedad, sino para el que la sufre”*. El entendimiento contrario, como muy bien concluye el susodicho autor, *“sólo parece posible si se da la espalda a la comprensión común del lenguaje y de cuál son normalmente los intereses de las personas; si, con una visión ciertamente optimista de la realidad penal y penitenciaria, se considera que la pena beneficia al penado; y si con una perspectiva paternalista – contraria además a lo que sugiere el texto actual con la audiencia del reo (art. 2.2 CP) – se sustituye la valoración del reo de lo que es mejor por la correspondiente valoración de la sociedad acerca de lo que le favorece”*.

Incluso bajo una interpretación teleológica del principio de retroactividad en España, la conclusión a la que se llegaría sería otra. Como bien señala SUÁREZ COLLÍA, se suelen identificar cinco posibilidades de entender los efectos del tiempo en el Derecho penal: ultraactividad, retroactividad, irretroactividad, extractividad e híper-retroactividad, siendo cierto que el legislador puede elegir entre ellos los que más bien se conforme en su ordenamiento. El legislador español, expresamente, ha elegido la híper-retroactividad, es

---

<sup>973</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henríque. “A lei penal em relação ao tempo e a pessoas que desempenham determinadas funções”. En: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n 15, ago/set 2002, p. 44-45.

<sup>974</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000, p. 74.

decir, expresamente en España la retroactividad debe de tener el máximo alcance, debe cubrir, incluso, los hechos acerca de los cuales ha recaído sentencia firme<sup>975</sup>.

A propósito, RAMOS TAPIA señala que *“en Derecho español, la retroactividad de las disposiciones favorables tienen un alcance muy amplio, pues no sólo se establece la aplicación retroactiva de la nueva ley a los hechos que están pendientes de ser enjuiciados, sino también a los que ya han sido objeto de sentencia e, incluso, a los casos en que la sentencia de condena se está ejecutando. Por el contrario, otros ordenamientos jurídicos de países de nuestro entorno geográfico y cultural detienen el efecto retroactivo de la ley penal más favorable ante la ‘santidad de la cosa juzgada’, porque – se afirma – si recayó sentencia, y esta es ya firme, la nueva ley más benigna no puede favorecer al condenado. En este sentido restrictivo, por ejemplo, el parágrafo 2 StGB”*<sup>976</sup>.

Podríamos suscitar otros ejemplos que denotan que en España el legislador penal mira hacia la libertad máxima del ciudadano, como ocurre, verbigracia, con la expresa posibilidad de aplicación de circunstancia de análoga significación de las atenuantes expresas en el artículo 21 del Código penal. En efecto, si se debe proponer una interpretación teleológica, que lo sea sistemática, con lo cual – en España – toda interpretación deberá consagrar la máxima libertad y restringir la actuación represiva estatal, dentro del límite semántico ofrecido por la regla.

Eso es así, pues, como bien advierte ZAFFARONI<sup>977</sup>, *“debemos tener en cuenta que el derecho penal es un sistema discontinuo de prohibiciones, porque su injerencia es completamente excepcional en el campo inmensamente más amplio de la antijuridicidad”*; de manera que *“esta característica (sancionadora) del derecho penal no puede pasar del todo inadvertida para el intérprete”*. Y concluye el maestro argentino: *“Esta general excepcionalidad de la injerencia penal nos debe llevar siempre que nos encontramos con una expresión legal de alcance dudoso, a inclinarnos primariamente a entenderla en la forma*

---

<sup>975</sup> Cfr. SUÁREZ COLLÍA, José María. *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*. Madrid: Actas, 1991, p. 07-11.

<sup>976</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 136.

<sup>977</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 314.

*más restrictiva de la punibilidad. El aforismo **favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda** funcionará de este modo como un **criterio indicador primario**”<sup>978</sup>.*

Ahora bien, si es verdad que no se puede limitar la retroactividad benéfica más allá de los términos del propio artículo 2º del Código penal español – lo mismo pasa en Brasil, con el artículo 3º del estatuto represor –, también lo es que, en determinados supuestos, la retroactividad sin más del complemento de una ley en blanco propia significaría un desprecio al bien jurídico tutelado, incluso – dadas algunas vicisitudes – un desmerecimiento hacia el propio comando normativo como directiva de conductas intersubjetivas.

Pensemos en el ejemplo dado por SILVA SÁNCHEZ cuanto al artículo 325 del Código penal. Narra el autor el caso de que alguien haya producido emanaciones de anhídrido sulfuroso en un determinado río y en una cantidad ‘X’, cuando la normativa administrativa establecía como límite ‘X-1’. Conformada la violación tipológica e incoado el reo, ante una mejora de la situación medioambiental, la Administración aumenta el límite tolerado para ‘X+1’, es decir, en la conformación tipológica *in abstracto*, deja de ser una conducta delictiva la que ha practicado el reo. A la pregunta de si se tiene sentido que se aplique retroactivamente al sujeto la nueva configuración del artículo 325 del CP, responde el autor incisivamente que no, pues “*pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un individuo que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo (por la especial contaminación ambiental), realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar*”<sup>979</sup>.

La conclusión que llega SILVA SÁNCHEZ es irreprochable, pues evidentemente, en dicho caso, no hubo una alteración del bien jurídico protegido – el medioambiente –, o mismo sobre las necesidades preventivo-especiales en contra al autor, que definitivamente no ha cumplido, a su tiempo, el comando normativo, de manera que ‘merecía’ y sigue mereciendo una consecuencia negativa por su incumplimiento que, tras la alteración,

---

<sup>978</sup> También así, HUNGRIA, para quien “desde que não seja possível descobrir-se a *volunta legis*, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*, vol. I, tomo I, 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, p. 86). En el mismo sentido: SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal, parte geral*, tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947, p. 138; DOTTE, René Ariel. *Curso de direito penal, parte geral*, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 325-326.

<sup>979</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 456.

continúa siendo punible. El problema nos parece estar, entretanto, en otro sitio: está en los límites del *ius puniendi*, que en un Estado de Derecho se encuentra en la legalidad estricta, en la interpretación restrictiva de las normas penales incriminadoras y extensiva de las que garanticen un margen de libertad para el individuo<sup>980</sup>.

El hecho de que el artículo 25.1 de la CE reclame la legalidad penal estricta, en aras de garantizar la libertad y la igualdad ciudadana, confluyendo en la irretroactividad maléfica y en la retroactividad beneficiosa, plasmados en el comando normativo del art. 2º del CP español, *per se*, reclama la retroactividad siempre y cuando lo sea ‘favorable’ al ciudadano. El legislador ha previsto una única excepción: en el caso de leyes temporales, al cual no se subsume el concepto de leyes en blanco propias, como hemos visto. Así que, *de lege lata*, la única posibilidad en un Estado social y democrático de Derecho será la retroactividad beneficiosa, mismo que esto venga a significar un menoscabo a la protección última de los bienes jurídicos penalmente relevantes. Es un caso dudoso para el intérprete, pero que debe resolverse en pro de la libertad, pues *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*<sup>981</sup>.

Eso no quiere decir, a su vez, que esté correcto – desde un punto de vista de justicia material – dicho planteamiento. Debemos recordar que lagunas de punibilidad suelen ocurrir en los ordenamientos<sup>982</sup>, entretanto, lo que no se puede aceptar es que por vía interpretativa en contra del reo los aplicadores de la regla las colmen<sup>983</sup>. Creemos que, *de lege ferenda*, se debería prever en el ordenamiento una posibilidad de evitar en dichos casos la retroactividad. ANTOLISEI, en su obra, enseña el caso del ordenamiento italiano, que en la Ley n. 4 de 7 de enero de 1929 disciplinaba las denominadas ‘leyes financieras’, y que establecía en su artículo 20 que “*las materias reguladas por dichas leyes se aplican siempre las normas vigentes en el momento del hecho, aunque hayan sido modificadas o abrogadas en el tiempo de su aplicación*”<sup>984</sup>. Se trata de una salvedad que respeta el principio de legalidad, que no consagra una analogía *in malam partem*, que permite al aplicador de la regla actuar bajo un

---

<sup>980</sup> Que garantice un ‘Estado de distância’: PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Retroatividade penal mais benéfica: a conjugação de leis penais sob a ótica constitucional”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 88, jan/fev 2011, p. 154).

<sup>981</sup> Cfr. SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 187; PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 153.

<sup>982</sup> Cfr. ZIPF, Heinze. *Introducción a la política criminal* (trad. Miguel Izquierdo Macias-Picavea). Madrid: Edersa, 1979, p. 43.

<sup>983</sup> Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*, volumen I (trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Barcelona: Bosch, 1981, p. 181).

<sup>984</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal, parte general*, 8ª edición (trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín). Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 77-78.

sendero de justicia material; y que, por supuesto, no significa una interpretación extensiva porque lo que hace es simplemente aplicar una salvedad *de lege lata*<sup>985</sup>.

En suma: como están configuradas las legislaciones penales españolas y brasileñas, no hay otra solución que la de aplicar la retroactividad beneficiosa a todo caso en que una alteración complementaria en una ley en blanco refleje una situación favorable al reo<sup>986</sup>. La única excepción sería, por supuesto, el caso de que una ley en blanco ya sea editada bajo una situación de estado de defensa o de sitio – donde la propia ley en blanco sería una ley penal excepcional –, o que se encuadre en las hipótesis de una ley temporaria estricto sensu (es decir, que tenga su validez temporal previamente fijada)<sup>987</sup>. En el caso español, todavía se puede recurrir el aplicador de la norma a una propuesta *de lege ferenda* para que se consigne en la propia ley o en la parte general del Código penal español una salvedad para las alteraciones de complemento remisivo que sean beneficiosas al reo, sin embargo, para una mayor protección del bien jurídico-penalmente relevante (art. 4, apartados 2 y 3, del CP<sup>988</sup>).

---

<sup>985</sup> En semejante sentido: LUCA, Javier Augusto de. *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 82.

<sup>986</sup> Cfr. SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 187; BACIGALUPO, Enrique. “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal”. En: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 73; PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Norma penal em branco: retroatividade benéfica”. En: *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 100, mar/2001; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, parte geral*, 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 50-51.

<sup>987</sup> Cfr. DE LUCA, Javier Augusto. *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 84-85; PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 152-153.

<sup>988</sup> Código penal español, art. 4: ‘2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de 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. 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo’.

## CONCLUSIONES

Como hemos visto, y desde una concepción del Derecho penal como necesario para regular conductas intersubjetivas en aras de garantizar los valores preeminentes en una sociedad (en un contexto histórico dado), los conceptos de la tutela penal en los nuevos ámbitos necesitados de protección, así como la idea de garantizar a los individuos frente a un actuar represivo estatal desmedido, exigen un análisis del problema a partir de la teoría de las normas, pasando por una somera conclusión de los moldes y límites del discurso normativo de un Estado social y democrático de Derecho, para de ahí, entonces, reflejar los planteamientos necesarios relativos a los escollos dogmáticos que se suelen plantear respecto de las leyes penales en blanco, frecuentemente con los lindes del principio de legalidad. A lo largo del trabajo, ya hicimos algunas tomas de postura, de manera que pasamos, a guisa de conclusión, a realizar alguna reiteración, remitiendo el lector a los respectivos epígrafes para una general aportación investigadora.

### I

Desde los romanos se reconoce la necesidad de previa proscripción de un determinado hecho para que lo censure el Estado. CICERÓN ya exigía la necesidad de una prohibición previa para adoptar una consecuencia penal ante su incumplimiento, aunque dicha consecuencia pudiera revelarse *a posteriori* y al albedrío de los juzgadores. Era la consagración primigenia del *nullum crimen*, aunque sin su actual conocida doble cara: el *nulla poena*.

Con el Iluminismo se puso de manifiesto la necesidad de remediar la injusticia y las disparidades de un sistema punitivo que no establecía modelos seguros de punibilidad, editados por el pueblo y para el pueblo, zozobrando el concepto de delito-pecado y de deificación de los detentores del Poder. Era la necesidad de ir más allá de la previa definición de la conducta: se percataba la exigencia de una previa definición de la conducta y de la consecuencia por el incumplimiento normativo. De ahí que se haya puesto de manifiesto la importancia del *nulla poena*, con lo cual, amalgamado al *nullum crimen*, emergió el principio de legalidad penal, piedra fundamental del Derecho penal de un Estado de Derecho.

El principio de legalidad penal exige, como regla general, que el delito sea consagrado por una ley, y que esta sea editada conforme el procedimiento previamente establecido para ello y por los representantes del pueblo, a quienes, al fin y al cabo, se considera el verdadero detentor del poder y, al mismo tiempo, destinatario único de las medidas llevadas a cabo para la armonización social. Esta es la función político-democrática del principio, a la cual siguen otras dos funciones: la político-dogmática y la tutelar del individuo, igualmente importantes y que ponen de relieve una necesidad no solo de control social, sino de ponderarlo en aras de proporcionar la mayor libertad con el menor coste social. Sólo así tendremos un desarrollo de la persona humana. Las leyes penales en blanco, cimentándose en el escenario jurídico-penal, recaban la necesidad de un replanteamiento de dichas funciones, pues se presenta inocuo – e incluso ilógico – pretender utilizar viejas estructuras para salvaguardar nuevas necesidades.

Se debe tener en cuenta que la complejidad de las interacciones sociales llevadas a cabo por la sociedad, al igual que la complejidad de las relaciones jurídicas dignas de tutela, hacen con que sea casi imposible adoptar un esquema rígido de enunciaciones para, minuciosamente, establecer todos los matices que se debe disciplinar.

Ello, unido a la idea de riesgo que conlleva a un generalizado sentimiento de inseguridad, en la mayor parte de los casos meramente objetivo – ni siempre empíricamente justificable (pero generada por un principio de prevención) o, incluso, sostenible (pero generada por un principio de precaución) –, desencadena un discurso legislativo igualmente novedoso, dónde el legislador no se detiene en la tarea de garantizar los bienes jurídicos individuales más importantes, sino que incursiona en un terreno muy volatilizado de nuevos bienes jurídicos llamados colectivos o supraindividuales, los cuales, aunque desde un punto de vista individual no sean dignos de tutela, lo son cuando analizados a la luz de una concepción sistemática y teleológica de la sociedad. Dichos nuevos bienes jurídicos se caracterizan por la normativización de sus conceptos y por la necesidad de dinamización de la tutela (siempre cambiante valorativamente como también reclama las idiosincrasias de la sociedad actual), lo que *per se* ya recaba una necesidad de uso de diferentes técnicas discursivas, netamente la técnica remisiva, en la cual se destaca la ley en blanco.

De esta característica del Derecho penal de hoy – de intentar garantizar bienes jurídicos antes no abarcables por sus premisas, y con la preeminente necesidad de un dinamismo en dicha tutela –, sólo se puede concluir que no hay otro remedio que echar mano de una técnica de remisión, incluso, en ocasiones, de una remisión heteróloga; es decir, de servir al Derecho

penal con una accesoriadad devenida por otros ámbitos del ordenamiento. A lo sumo, la novedad, el riesgo, el dinamismo, la volatilidad conceptual, son rasgos de los tiempos actuales que convulsionan una concepción clásica del principio de legalidad de tal manera que, de seguir concibiéndole de modo absoluto, el anquilosamiento del brazo más fuerte del Estado restará ineluctable. Por ello compartimos un concepto de legalidad penal más coetáneo con los nuevos *desideratums* del ámbito penal, relativo y justificado por la ampliación de los bienes jurídicos dignos de protección penal que ha conllevado el marco constitucional de un Estado social; que debe, sin embargo, reconocer los límites intrínsecos de un Estado que pretenda ser también de Derecho, replanteándolos en aras de tutelar el individuo ante las desmedidas actuaciones estatales.

## II

Si es verdad que el fin último de la ley penal es la salvaguarda de determinados bienes jurídicos de mayor relevancia (su objeto de protección), en aras de garantizar el desarrollo de los individuos (su función: prevención general y especial), dicho desiderátum será alcanzado no por una regla, sino por una directiva de conducta, construida desde la interpretación, pero que con ella no se confunde. La ley penal – el enunciado lingüístico editado por el legislador competente y bajo el procedimiento establecido – es el soporte físico necesitado de interpretación para la conformación de la directiva, es decir, para la construcción signica que se debe entender como una norma; y que, por la posibilidad potencial de coacción sistémica, recibe el adjetivo de jurídica. De ahí que el enunciado jurídico no puede ser concebido como sinónimo de norma jurídica. Son realidades distintas y que merecen tratamientos principiológico y dogmático distintos.

Algo semejante pasa con el concepto de tipo, pero con importantes matices dadas las diversas concepciones que la doctrina penal suele plantear acerca de dicho término. Hemos visto que se puede concebir el tipo analíticamente, como rasgo estructural del delito, como el supuesto de hecho o hipótesis normativa, como tipo de acción (sistemático) o, incluso, como un tipo de garantía donde abarcaría, además del antecedente normativo, la consecuencia jurídica sancionatoria.

De todas esas conceptualizaciones, para separar el concepto de otros igualmente relevantes y guardando una congruencia con el concepto de tipo como aquél generalizador de

una determinada especie – de lo cual se vale la Teoría General del Derecho –, es preferible concebirlo como ‘tipo de acción’, sistemático, es decir, como la generalización de las características de una determinada conducta prohibida u ordenada por el Derecho penal; algo más allá de la descripción objetiva del enunciado, incluso más allá de su construcción de sentido normativo, ya en una conformación sistémica (de coordinación entre las diversas normas que directa o indirectamente deben dirigir determinadas acciones jurídico-penalmente relevantes).

Así que decir que un tipo penal sea ‘en blanco’ será igualmente incongruente en la medida que ‘el blanco’ no está en el tipo (y nunca podrá estar), sino en el enunciado jurídico, que es otra cosa, anterior y avalorado sistemáticamente.

A la postre, parece impropio hablar indistintamente de ‘tipo penal en blanco’ y de ‘norma penal en blanco’ como criterio clasificatorio de un determinado fenómeno del discurso jurídico, pues, en rigor, lo que se plantea cuando el legislador se sirve de una ley penal en blanco es remitir la completa construcción enunciativa, mediante una remisión a otro dispositivo legal (sea, o no, de rango de ley o proveniente de la misma instancia legislativa); no una completa construcción semántica, que es lo que se espera de una norma jurídica o de un tipo penal de acción. En definitiva, ‘el blanco’ no está en la norma o en el tipo, sino en la ley. Aquellos podrán ser, respectivamente, completos o incompletos, cerrados o abiertos, pero nunca ‘en blanco’.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que, desde una gama enorme de posibilidades y técnicas remisivas (y el legislador suele ser muy creativo en esta labor), la ley penal en blanco se caracteriza por una ellas. Aquí, si el enunciado sufre una mutación en la técnica en blanco, y si el principio de legalidad es una garantía del ciudadano frente a los abusos del Estado, debemos tener en cuenta que es la posibilidad de una conformación normativa la que deberá ser objeto de dicho principio, no pura y simplemente de edición legal. La ley penal en blanco deberá reflejar algo característico de todas las leyes penales incriminadoras: una norma penal incompleta, que va a ser complementada semánticamente con la integración con otras normas. Así que se pone de manifiesto el criterio diferenciador de las remisiones exactamente pautado en las tres posibilidades únicas de concebir una norma jurídica incompleta:

- (i) todo enunciado será remisivo cuando no revele una norma jurídica completa, es decir, una proposición de sentido completo para determinada conducta; y se completará de dos formas:
- (ii) aclarativamente, cuando se remita para delimitar determinado concepto o término; y
- (iii) limitativamente, cuando se remita para restringir el campo de actuación de una directiva de conducta aparentemente completa.

Pues bien: si se justifica una remisión normativa por el objeto de protección de la norma – el bien jurídico tutelado – y por la función de ella – de prevención de nuevos ataques a dichos objetos –; y si la libertad ciudadana merece determinados ámbitos de salvaguarda, una remisión característica de una ley en blanco en el ámbito penal, aunque justificadamente sea estructural, sólo podrá ser limitativa.

Caso contrario, si ampliativa, la norma incompleta interpretada de la ley en blanco será aclarativa o limitativa de otra, hallada allende, lo que sí vulneraría el principio de legalidad.

Ese es el límite principal de un principio de legalidad relativo, abarcador de las nuevas necesidades normativas de una sociedad que se pretende de un Estado social y democrático de Derecho.

### III

De todos modos, de aceptarse o no una legalidad penal, digamos relativa, la propia extensión del concepto de las ‘leyes penales en blanco’ es dudosa, pues, como vimos, entre las diferencias de las enseñanzas de BINDING y de MEZGER, la doctrina todavía hoy se divide en la concepción de una verdadera ley penal en blanco como un enunciado que se remite a otro de rango inferior (concepto restricto), a cualquier enunciado jurídico, e incluso enunciado dentro de la misma ley penal (concepto híper-amplio).

Algunos autores señalan que la característica principal es que el legislador deja parte de la acción prohibida u ordenada en otro enunciado, sea o no de rango legal, con que no sea de otra fuente legislativa (concepto amplio). No han faltado, otrosí, los que han puesto de relieve que los problemas dogmáticos surgen de la remisión que se dirige a partir de un soporte legal

distinto de lo que se remite, indistintamente, sea para completar el supuesto de hecho, sea para completar la consecuencia jurídica (concepto amplísimo). Así lo entiende, a propósito, el propio Tribunal Constitucional español.

Sin lugar a dudas, estableciendo como criterio clasificatorio la existencia de una remisión estructural, y que va más allá de la simple interpretación de los términos, es decir, que genere problemas con el principio de legalidad en sus funciones político-democrática, político-jurídica y tutelar del individuo, no nos parece diferenciable una remisión externa heteróloga de una remisión externa homóloga, tampoco una remisión de la consecuencia jurídica.

Que la ley penal se remita a un precepto contenido en un reglamento administrativo no generará mayor inseguridad jurídica que cuando lo haga a otra ley, sea o no de rango penal; puede ser que los problemas surjan en términos de norma de determinación o de salvaguarda del *ne bis in idem*.

A tela de juicio, el principio de legalidad estará en liza tanto en una remisión de la apódosis como en una remisión de la prótasis, pues a la par de revelar la consecuencia jurídica el rasgo característico del Derecho penal, no puede olvidar que la gran conquista del principio de legalidad iluminista fue el *nulla poena*. Así que, en determinados supuestos, muy común en países que adoptan la técnica de leyes especiales como Brasil, se suele remitir la consecuencia jurídica para equipararla con otras figuras delictivas que están previstas en el Código penal. A nuestro sentir, dicha técnica revela tantos problemas como la remisión del supuesto de hecho, con la salvedad obvia del *ne bis in idem* y del error.

A la postre, concebimos el fenómeno de las ‘leyes penales en blanco’ como una técnica legislativa imprescindible en días de hoy, ante los fenómenos del nuevo Derecho penal y las pretensiones de un Estado social, donde el legislador, por razones de política criminal o de conveniencia legislativa, edita un enunciado jurídico incompleto en su precepto primario (que revela el supuesto de hecho normativo), en su precepto secundario (que revela la consecuencia jurídica normativa), o en ambos, remitiéndolo para otro vehículo introductor de enunciado jurídico, sea de la misma fuente legislativa, sea de otra, incluso administrativa o judicial.

El concepto se hace con base exclusivamente en dos puntos: remisión de parte del enunciado jurídico penal incriminador y para otro vehículo introductor de normas jurídicas (ley en sentido amplio). Y por ello se puede concluir que dicha técnica legislativa es una realidad ineluctable en un Estado social, sin posibilidad de marcha a tras, de modo que exige un esfuerzo elucubrativo para adecuarla a los límites mínimos de un principio de legalidad relativo.

Para justificar dicha técnica en un Estado de Derecho, el precepto remisor deberá contener el núcleo esencial de la prohibición, definiendo el riesgo no-permitido, lo que no significa que el precepto remitido – sea de cualquier rango – no pueda definir el riesgo permitido, es decir, una limitación de aquél, lo que conformará el núcleo de prohibición, aunque no-esencial.

La ley en blanco deberá ser expresamente remisora, de primer grado y remitirse a un complemento determinado; deberá, otrosí, estar justificada por su objeto de protección y contener la consecuencia jurídica sancionatoria, es decir, no se puede en un Estado de Derecho justificar una remisión a otro dispositivo para que establezca la pena criminal.

## IV

No obstante, se debe replantear algunas cuestiones demandadas por la función político-democrática del principio de legalidad, más allá de la simple necesidad de editar la ley en blanco por el órgano legislativo previamente encargado de ello.

Algunas constituciones establecen determinadas reglas específicas para la tutela de la libertad individual, en general estableciendo la exclusiva competencia del Poder Legiferante central para editar enunciados penales (art. 149.1, 6º, CE). En España la situación se presenta más sensible, sea por la exigencia constitucional de rango de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81.1 CE), sea por las competencias autonómicas (art. 148 CE) y por las exigencias comunitarias de armonización legislativa penal en un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 67 del TFUE), lo que sugiere un roce entre la técnica de las leyes penales en blanco con el principio de legalidad.

Sin embargo sea ineluctable la exigencia de un soporte legal con rango de Ley Orgánica para la disciplina penal, una ley en blanco heteróloga no conculca el principio de legalidad penal, sea autonómica, sea comunitaria, sea, incluso, administrativa. La accesoriad penal hoy día exigida en determinados ámbitos y la ponderación característica de los principios para que ésta sea eficiente son desestimadoras de cualquier escollo. La igualdad material de tratamiento de determinadas materias es la justificación para ambos: no se puede mantener rígidos límites de tolerancia de afectación a determinados bins jurídicos sin detenerse a las vicisitudes espacio-temporales que conllevan los nuevos objetos de tutela penal.

En cuanto a la remisión heteróloga a enunciados supranacionales, habla por sí el art. 93 de la CE: *‘Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución’*, de manera que no habrá escollos en dicha accesoriad una vez respetados los trámites necesarios para la internalización del diploma supranacional.

A su vez, como la remisión justificadora de una ley penal en blanco debe ser siempre limitativa del riesgo no-permitido, sería perfectamente aplicable la remisión comunitaria, incluso, ante un procedimiento analógico *in bonam partem*, que no necesitaría, siquiera, de rigorismos para la internalización. A la postre, con pequeños matices de procedimiento y de forma, no hay como defenestrar la técnica de una ley en blanco por la función político-democrática del *nulla poena*.

## V

Al respecto a la función político-jurídica del principio de legalidad, lo que pasa con las leyes penales en blanco – según sus detractores – es que el legislador penal, al remitirse estructuralmente a otro enunciado (incluso a otro enunciado editado por otra fuente legislativa, en el caso de las leyes en blanco propias), deja de preocuparse con el mandato constitucional de certeza (o lo flexibiliza de un modo inaceptable), vulnerando el principio de legalidad.

Sin embargo no compartimos tal aserto. Si es estructural y limitativa la remisión, presente el núcleo esencial de la materia de prohibición en la norma, el sujeto podrá conocer

con antelación lo que está prohibido y lo que se intenta proteger con la norma. El mandato de determinación no estará más o menos vulnerado por una ley penal en blanco. No se puede soslayar el hecho de que una ley en blanco consagra una mayor garantía de certeza que, por ejemplo, un elemento normativo jurídico del tipo, o un tipo abierto, exactamente por exigir una remisión estructural a otro enunciado, si y cuando, por supuesto, éste esté conformado por los procedimientos competenciales adecuados a su especie.

A decir verdad, si la materia de prohibición se debe revelar en la norma – netamente en la norma primaria precedente –, deberá revelarse en la ley penal en blanco. Ahora bien, si se necesita de una protección efectiva de determinados bienes jurídicos imposible de conseguir bajo una hermética construcción enunciada desde la ley penal – innegable, por lo tanto, la necesidad de remisión estructural –, lo que no se puede concebir es que el legislador deje de prever ya desde la ley en blanco la posibilidad de extraer una norma de contenido completo (con sujeto, objeto de tutela y acción identificable), aunque vengan ausentes determinadas características específicas que deberán conformar el tipo de acción (una norma jurídico-penal completa). Aquí, el núcleo de la materia de prohibición; allí, el núcleo esencial de lo prohibido.

De todos modos, manteniendo la descripción del núcleo esencial de la materia de prohibición, como una remisión estructural-limitativa, no hay por qué concebir en una ley penal en blanco una vulneración de los mandatos de determinación y de proscripción de la analogía o, incluso, de una interpretación extensiva. Ahora bien, debemos tener en cuenta que, para la salvaguardia del individuo, la lectura de la prescripción penal deberá ser conjunta, pues el precepto remitido, aunque no sea de rango penal (cuando se trate de una remisión heteróloga), pasará a conformar el tipo penal de acción, lo cual, se puede sostener, será un tipo complejo.

Eso será relevante para tratar otro punto neurálgico de la técnica planteada: la aplicación de la teoría del error. En efecto, si se concibe la ley penal en blanco como una disposición normativa que reclama una remisión estructural-limitativa que la va completar, dándole completo sentido deóntico a la norma penal y, por consecuencia, conformando el tipo, creemos más coherente seguir las consecuencias de una lectura conjunta de los preceptos, en una conformación compleja del tipo de acción, lo que conllevará a tratar el objeto de remisión como un elemento descriptivo: en caso de un error sobre las circunstancias de hecho típicas, tendremos un error de tipo; mientras que, cuando la no-

representación (o falsa) versará sobre la existencia de la norma de remisión o mismo sobre sus límites, estaremos ante un error de prohibición.

## VI

Por otro lado, con la exigencia de que el intérprete pauté su proceso de construcción sistemática bajo la premisa de que al Derecho penal incumbe, en mayor medida, la garantía de la libertad de los individuos (por supuesto, dentro del marco punitivo que subyace en la normativa penal, justificado por los valores preeminentes de la sociedad) – pues ello es el fin último del Derecho, debemos tener en cuenta, otrosí, la función tutelar del principio de legalidad; la cual, de modo insoslayable, indica como corolarios lógicos el *ne bis in idem* y la retroactividad favorable que, alzados a la más alta exigencia constitucional, no pueden ser, sin más, denostados, aunque sea en aras de garantizar verdaderos bienes jurídicos dignos de tutela o, incluso, funciones preventivas – general o especial – que se puedan asignar a la pena criminal.

En la propia idea de remisión ya percatamos la posibilidad de conllevar a una doble punición. En efecto, cuando se remite la ley penal, en general lo hace para enunciados que igualmente revelan normas directivas de acción, pero de competencias de otras ramas y que, algunas veces, atraen consecuencias jurídicas específicas para el caso de su incumplimiento. En una remisión estructural como vemos en una ley en blanco, aquella norma de acción hará parte, en la completitud semántica necesaria para conformar el tipo de acción sistemático, de la norma de acción penal, denotando problemas de un *idem* que podrá revelar un *bis*.

Es imperioso el tirocinio del Tribunal Constitucional español sobre la necesidad de la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) para la aplicación de la garantía del *ne bis in idem*. Sin embargo, en algunos supuestos, dicho criterio no se muestra suficiente, a menudo cuando enfrentamos una ley penal en blanco especial, reveladora de un elemento objetivo-subjetivo del tipo, y que, bajo un fundamento disciplinario, suele plantear el caso problemático de las relaciones de sujeción especial.

Así que, en las leyes penales en blanco, debemos tener en cuenta que tanto la norma de remisión (con el núcleo esencial de la prohibición), como la norma remitida (limitando aquél, y conformando el núcleo de prohibición), configuran verdaderas normas directas de la

acción; y eso independe del criterio de triple identidad, lo que incluso cuando ausente este podrá conllevar a un injustificable *bis in idem*.

Eso es así cuando, en la conformación de la norma penal completa, aunque las finalidades reveladas de las normas derivadas sancionatorias fueren distintas (retributivas/preventivas o resarcitorias), la unión entre la norma penal precedente administrativa y la norma primaria precedente penal denotaren una progresividad en la conducta, tal y cual concebimos en determinados delitos como, verbigracia, ocurre entre el tipo de lesión corporal y el de homicidio. De ahí que, como regla general, tras la verificación de la susodicha triple identidad, debemos tener en cuenta si la finalidad y la construcción normativa del antecedente de la norma penal primaria derivada punitiva no desvelan una progresión del ilícito administrativo hacia el penal, lo que en caso positivo indicará una doble incriminación rechazable por el principio de legalidad.

Otra cuestión de particular interés para las leyes penales en blanco, a menudo para las propias, es la incidencia o no de la retroactividad beneficiosa en el caso de una alteración favorable de la regla de complemento.

Aquí la cuestión es más delicada, y debemos tener en cuenta las definiciones de norma y de ley, de leyes temporales, leyes excepcionales e, incluso, de la función de prevención de la norma penal.

*A priori*, si los conceptos de ‘norma’ y de ‘ley’ son de veras distintos, en cierta manera, incluso, cronológicamente, no se puede aceptar una conclusión que aleje de la norma penal su característica de valoración del bien jurídico tutelado y de establecer, *per se*, el comando imperativo de dirigir una determinada y valiosa conducta humana. Así que es imperioso alejarse de la concepción restrictiva de la retroactividad beneficiosa que pretende que ella solamente incidirá en los cambios de la ley en blanco, nunca del precepto remitido, pues aquí sería un cambio normativo y no legal. A decir verdad, parece incuestionable que lo que se pretende evitar con la irretroactividad y, *contrario sensu*, fomentar con la retroactividad favorable, es no limitar la libertad más allá de lo necesario en un determinado momento dado en un determinado contexto histórico. Así que esta limitación estará en la norma, no en la ley.

Igual rechazo merecen las denominadas doctrinas diferenciadoras, las cuales ponen de manifiesto una necesidad de análisis de cada caso concreto para la aplicación de la

retroactividad favorable. El criterio del ‘cambio de circunstancias’ y del ‘cambio de valoración jurídica’, cuando examinados los diversos supuestos donde la técnica remisiva, se presentan escollos ineludibles. Su escollo insuplantable es la dificultad de aseverar lo que serían ‘cambios de circunstancias’ y ‘cambios de valoración’, a menudo en una remisión estructural-limitativa característica de una ley penal en blanco, donde siempre habrá un cambio de valoración con la alteración del precepto remitido.

Tampoco se puede aceptar la tesis que amplía el concepto clásico de ‘leyes temporales’ para abarcar las leyes penales en blanco propias. Es evidente que el legislador penal ha hecho un esfuerzo en el sentido de limitar la retroactividad favorable ante una ley dada para determinadas circunstancias que luego cambiarán, incluso, dejando de interesar al Derecho penal (art. 2.3 CP español). Sin embargo, no se puede sostener que un precepto remitido de una ley penal en blanco sea una ley temporal tal y cual dicho concepto fuera construido por la dogmática penal a lo largo de los siglos. Una ley temporaria en sentido estricto indica, *per se*, una validez última, previamente fijada, de manera que exactamente por su vicisitud temporal es que se debe expresamente consignar una excepción al principio de retroactividad favorable. Lo mismo se puede sostener para las ‘leyes excepcionales’, que indican su necesidad por una anomalía que merece detenimiento del Derecho penal, pero que, otrosí, con una condición cierta de invalidez. Ampliar dichos conceptos, aunque sea para alcanzar una ‘justicia material’, no nos parece aceptable.

A su vez, no se puede aceptar la doctrina diferenciadora que propone una interpretación teleológica del artículo 2º del Código penal, a menudo cuando intenta concebir el término ‘favorezcan’ como ‘favorezcan a la sociedad’, en la mayor medida garantizadora de la función de prevención de la norma penal incriminadora. Como no se puede soslayar, al jurista no se le ha dado desconocer las reglas del lenguaje, y el uso del lenguaje está asociado al esclarecimiento del sentido de los términos utilizados por el legislador, así que, al interpretar los discursos jurídicos no podemos olvidar que las palabras deben ser comprendidas según su uso contextual, lo que conlleva no sólo a la imposibilidad de concebir leyes temporales fuera de los parámetros clásicos, como también el término ‘favorezcan’, contenido en el artículo 2º del Código penal español, más allá de lo que favorezca el reo. Así que poco o nada importa al referido principio si la retroactividad perjudicará o no la eficacia protectora de determinados bienes jurídicos, o si se alejará de su función preventiva. Lo único que importa es que favorezca al sujeto, denostando la consecuencia jurídica sancionatoria cuando alterado *a*

*posteriori* su supuesto de hecho. Otros planteamientos resultarán propios de una analogía prohibida.

Sin lugar a dudas, aunque en determinados supuestos sea incuestionable que la retroactividad sin más signifique un déficit de la protección de un determinado bien jurídico, el intento de interpretar el artículo 2.3 del CP español de manera teleológica no puede – en un Estado social y democrático de Derecho – conducir a la conclusión de que estará ‘favorecido’. Como está plasmado el principio de retroactividad beneficiosa en España, no hay otro remedio que no aplicarlo a todo caso en que una alteración complementaria de una ley en blanco refleje una situación favorable al reo.

*De lege ferenda*, para salvaguardar los casos en que dicha retroactividad incondicionada denote un menoscabo a determinados bienes jurídicos, debe plantearse el aplicador de la norma la posibilidad que le asignó el legislador español de proponer una alteración del discurso legislativo, sea en la propia ley en blanco, sea en la parte general del CP español (art. 4), proponiendo una salvedad para las alteraciones de complemento remisivo que sean beneficiosas al reo, a menudo, para una mayor protección del bien jurídico-penalmente relevante. Lo que no se puede aceptar, por atención al principio de legalidad penal, es que el intérprete haga las veces del legislador y simplemente deje de aplicar el novel diploma favorable, sea o no a cargo de una ley en blanco heteróloga, porque así estaremos delante una interpretación extensiva o, incluso, una analogía *in malam partem*.

## VII

Por ende, si es evidente que las leyes penales en blanco se caracterizan por una remisión, también lo es que se trata de una remisión *sui generis*, especial, que no puede ser concebida o interpretada como lo hacemos con las otras formas de remisión. Si de un lado garantiza una dinamización de la materia de prohibición – rasgo característico de las remisiones en general –, por el otro, no menos importante, recaba una atención mayor en cuanto a la garantía de certeza – insistentemente buscada por el Derecho, a menudo por el Derecho penal –, pues, al fin y al cabo, una ley penal en blanco exige una completitud estructural que ha de ser alcanzada por otro enunciado (una remisión sintáctica), y no por una subjetividad del intérprete (una remisión semántica, más allá de una técnica interpretativa sígnica).

De ahí, no se puede soslayar la ingente necesidad de buscar en la Teoría de las Normas las premisas básicas para comprender la técnica de la ley en blanco, no sólo para aceptarla en un Estado social, como también para construirla bajo las exigencias de un Estado de Derecho, de manera que pueda garantizar al ciudadano un incondicional respeto a su libertad individual y, al mismo tiempo, una mayor seguridad social con la enunciación de una directiva de conducta que satisfaga las ‘nuevas’ exigencias y la eficacia en el desiderátum de la protección de determinados bienes jurídicos.

En el eterno conflicto entre la libertad ciudadana y la seguridad comunitaria, la técnica en tela de juicio denota relevancia impar, y su estudio bajo una concepción normativa afirmada por el modelo de Estado adoptado también la tiene, indemne de dudas.

A la postre, diferenciándose los conceptos de enunciado, norma y tipo; recalcando la atención para el hecho de que el blanco está en el enunciado, de que las normas son construcciones de sentido sígnico llevadas a cabo por el intérprete y que las directivas de conductas alcanzan integridad sistémica con el tipo de acción (como tipo normativo, y no como tipo analítico o descriptivo), un modelo para solventar los escollos dogmáticos de la técnica en estudio se presenta.

Recordando que en Derecho no hay cierto o errado, sino premisas falsas o verdaderas, concluimos que en un Estado social y democrático de Derecho dichas premisas normativas redimensionadas para las actuales necesidades de tutela son, a decir verdad, de innegable valor.

## BIBLIOGRAFIA

ABANTO VASQUEZ, Manuel A. “El principio de certeza en las leyes penales en blanco: especial referencia a los delitos económicos”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n 9, 1999, p. 13-34.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”. En: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (dir.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (coord.). *Constitución y principios de derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 15-66.

ALPÍZAR CHAVES, Alberto. “Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza lex certa”. En: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n 24, nov. 2006, p. 35-43.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco. Javier. *Sobre el principio de legalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

\_\_\_\_\_. *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal, parte general*, 8ª edición (trad. Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín). Bogotá: Editorial Temis, 1988.

ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*, segunda edición (anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino). Madrid: Akal, 1986.

ARROYO ZAPATERO, Luis. “Derecho penal económico y Constitución”. En: *Revista Penal*, Barcelona, año 1, número 1, enero de 1998, p. 1-15.

\_\_\_\_\_. “Fundamento y función del sistema penal: El programa constitucional de la Constitución”. En: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Toledo, año 1987, p. 97-110.

\_\_\_\_\_. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 3, n. 8, mayo-agosto de 1983, p. 9-46.

ATIENZA, Manuel. RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho*, 4ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal, parte general*, 2ª edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

\_\_\_\_\_. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

\_\_\_\_\_. “Problemas del error”. En: *Diario La Ley*, 1996, Ref. D-206, tomo 3.

\_\_\_\_\_. *Tipo y error*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

\_\_\_\_\_. “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal”. En: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 55-82.

\_\_\_\_\_. “Sobre la problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio”. En: *Actualidad Penal*, Madrid, v. 1, 1/26, 1994, p. 449-455.

BALCARCE, Fabián Ignacio. *Introducción a la parte especial del derecho penal, su vinculación con la parte general*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal* (compilación *in memoriam*). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

\_\_\_\_\_. “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”. En: *Revista Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 10-40, 1987, p. 623-650.

BARROSO, Luís Roberto. “Devido processo legal e direito administrativo sancionador: algumas notas sobre os limites à atuação da SDE e do Cade”. En: RODAS, João Grandino (coord.). *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 111-124.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas* (trad. Juan Antonio de las Casas). Salamanca: Alianza Editorial, 1968.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

\_\_\_\_\_. “Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, julho-agosto de 2010, p. 119-156.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global* (trad. Jesús Alborés Reis). Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal*. Madrid: Iustel, 2012.

\_\_\_\_\_; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 2ª edición. Barcelona: Praxis, 1999.

\_\_\_\_\_; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de derecho penal*, 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010.

\_\_\_\_\_ (coord.); PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo I. Madrid: Iustel, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. Coimbra: Almedina, 2007.

BITTAR, Eduardo C.B.. *Linguagem jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico* (trad. Rafael de Asís; Andrea Greppi). Madrid: Debate, 1993.

\_\_\_\_\_. *Teoría da norma jurídica*, 4ª edição (trad. Fernando Pavan Baptista/Ariani Bueno Sudatti). Bauru: Edipro, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoría general del derecho*. Madrid: Temis, 1987.

BORGES, Paulo César Corrêa. “Princípio da retroatividade benéfica”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n 56, set/out 2005, p. 148-172.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRICOLA, Franco. *Teoría general del delito* (trad. Diana Restrepo Rodríguez). Buenos Aires: B de F, 2012.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, tomo 1º, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

BULLEMORE G., Vivian R.; MACKINNON R., John R.. *Curso de derecho penal*, tomo I, parte general. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal español*, 4ª edición (puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée). Barcelona: PPU, 1994.

\_\_\_\_\_; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal, parte general*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Significación social y tipicidad”. En: BARBERO SANTOS, Mariano; CERESO MIR, José; GIMBERNAT ORDEIG,

Enrique (org.). *Estudios penales, Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 121-138.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CARBONELL MATEUS, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CARO CORIA, Dino Carlos. *El derecho penal del ambiente – delitos y técnicas de tipificación* –. Lima: Grafica Horizonte, 1999.

\_\_\_\_\_. “El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 15, julho-agosto de 2007, p. 9-52.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*, 2ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito penal tributário*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

CARVALHO, Érika Mendes de. “Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do ambiente”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, set/out 2011, p. 299-336.

\_\_\_\_\_; CARDOSO, Sônia Letícia de Mello; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Duplicidade de sanções ambientais e o princípio non bis in idem*. En: *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, mai./ago. 2013, p. 431-469.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*, 4ª edição. São Paulo: Noeses, 2011.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos jurídicos da incidência*, 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma tributária*, 5ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARVALHO, Salo de. “Hipótese do fim da violência no discurso da modernidade penal”. En: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: Homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 165-172.

\_\_\_\_\_. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO JUNIOR, Almério Vieira de. “Da norma penal em branco”. En: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n 46, fev/mar 2012, p. 97-103.

CASABO RUIZ, José R.. “La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. V, año 1982, p. 235-260.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). *A sociedade em rede. Do conhecimento à acção política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

CAZORLA PRIETO, Luis María; ALCUBILLA, Enrique Arnaldo; ROMÁN GARCÍA, Fernando. *Temas de derecho constitucional*. Navarra: Editorial Arazandi, 2000.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general*, I, adenda a la 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de derecho penal español, parte general*, tomo II, 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2005.

\_\_\_\_\_. *El delito como acción típica, evolución del concepto dogmático del delito*. En: BARBERO SANTOS, Mariano; CEREZO MIR, José; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; NUÑES BARBERO, Ruperto (org.). *Estudios penales: libro homenaje al prof. J. Antón Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 163-177.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.. *Derecho penal, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

CORCOY BIDASOSO, Mirentxu. “Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales”. En: *Revista Cenipec*, n. 30, 2011, enero-diciembre, p. 89-120.

COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. “Ilícito-típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)”. En: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 12, janeiro-março de 2002, p. 7-23.

CUESTA AGUADO, Paz M. de la. “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”. En: *Revista de derecho penal y criminología*, n. 6, año 1996, p. 137-191.

\_\_\_\_\_. *Tipicidad e imputación objetiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. “Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2006, vol. 14, núm. 60, p. 9-35.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*, 6ª edición. Barcelona: Bosch, 1953.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Constitución y sanción penal”. En: *Revista Libertas*, n. 01, júnio-2013, p. 57-110.

\_\_\_\_\_ (coord.); VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Teoría del delito*. Madrid: Iustel, 2011.

DERZI, Mizabel Abreu Machado. “Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 31, julho-setembro de 2000, p. 201-216.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DÍAZ, Silvia A. “El principio de legalidad”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley: derecho penal: doctrinas esenciales*, Buenos Aires, 2011, p. 1101-1109.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, ano 16, março-abril de 2008, p. 70-125.

\_\_\_\_\_. *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal, parte geral*, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 5ª edição (trad. J. Batista Machado). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Navarra: Civitas, 2009.

FARIA, A. Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A.Coelho Branco Editor, 1934.

\_\_\_\_\_. *Código penal brasileiro (comentado)*, vol. I. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora, 1958.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1994, n. 52, p. 91-111.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do Direito penal*. Braga: Alamedina, 2001.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2ª edição (trad. Sica/Choukr/Tavares/Gomes). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Principia iuris*, vol. 1 (trad. Ibáñez/Bayón/Gascón/Prieto Sánchis/Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*, 4ª edição. Rio de Janeiro: 2006.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* (trad. Eugenio Raúl Zaffaroni y Ilma Hagemeyer). Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*, 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, vol. I, tomo I, 4ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1972.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, año 1993, p. 63-103.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel. *Derechos fundamentales y estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Dilex, 2007.

GERPE LANDÍN, Manuel. “Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, año 1991, vol. III, p. 685-700.

GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. *Curso de Derecho penal, parte general*. Madrid: Dykinson, 2011.

GOLDSCHIMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho*, sexta edición. Buenos Aires: Depalma, 1985.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Norma e bem jurídico no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito penal*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_; MACIEL, Silvio. *Crimes ambientais: Comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º a 69-A e 77 a 82)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Roberto. “Acessoriedade administrativa nos delitos de pesca”. En: *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, n. 13, jul/dez 2010, p. 194-224.

GÓMEZ URSO, Juan Facundo. *Tipicidad penal*. Buenos Aires: Di Plácido Editor, 2005.

GONZÁLEZ GUITIAN, Luis. “Sobre la accesoriedad del derecho penal en la protección del ambiente”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. XIV, 1991, p. 109-135.

GÓRRIZ ROYO, Elena. “La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Navarra, vol. 1, n. 1, 1º semestre de 1998, p. 73-99.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal*. Barcelona: Atelier, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRECO, Luis. “A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 58, janeiro-fevereiro de 2006, p. 152-194.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, vol. I. Niterói: Impetus, 2007.

GUARAGNI, Fábio André. “A intensificação do uso de técnicas de reenvio em direito penal: motivos político-criminais”. En: *Revista Jurídica Cesumar*, vol. 12, n. 1, jan/jun de 2012, p. 35-47.

\_\_\_\_\_. *As teorias da conduta em direito penal*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HAFFKE, Bernhard. “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para-la imputación jurídicopenal”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María

(dir.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: JM Bosch, 1995, p. 129-138.

HAFT, Fritjof. “Derecho y lenguaje” (trad. Juan Antonio García Amado). En: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred; ROBLES, Gregorio. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 219-238.

HART, Herbert L.A.. *El Concepto del Derecho*, 3ª edición (trad. Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Compendio de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

HERZOG, Félix. “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”. En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, Julio 1999, p. 54-57.

HOBBSBAWN, Erik. *Historia del siglo XX* (trad. Juan Faci/Jordi Ainaud/Carme Castells). Buenos Aires: Crítica, 1999.

HUERTA TOCILDO, Susana. “El derecho fundamental a la legalidad penal”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre de 1992, p. 81-113.

\_\_\_\_\_. “Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código Penal”. En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 8, julio de 2001, p. 39-52.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*, vol. I, tomo I, 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios superiores del Derecho penal*. Madrid: Dykinson, 1999.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*, volumen I (trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Barcelona: Bosch, 1981.

\_\_\_\_\_; WEINGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición (trad. Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, parte geral*, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1985.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, tomo II, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964.

\_\_\_\_\_. *Tratado de derecho penal*, tomo III, 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964.

KALINOWSKI, Georges. *Lógica del discurso normativo* (trad. Juan Ramón Capella). Madrid: Tecnos, 1975.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna* (trad. Enrique Bacigalupo/Ernesto Garzón Valdés). Buenos Aires: Depalma, 1977.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, 2ª edición (trad. Luis Villar Borda/Ana María Montoya). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas* (trad. José Florentino Duarte). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoría pura del derecho*, 4ª edición (trad. Moisés Nilve). Buenos Aires: Eudeba, 2009.

KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad*. Buenos Aires: Euros Editores, 2011.

KREBS, Pedro. “As normas penais em branco e a alteração de seu complemento – uma vez mais”. En: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2001, vol. 2, n. 3, p. 73-87.

L. SIMAZ, Alexis; V. ZARINI, Andrea. “Consideraciones sobre el concepto jurídico penal de norma”. En: *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, 2010, p. 459-479.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Introducción al derecho penal español*, 6ª edición. Madrid: Tecnos, 2004.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (coord.). *Introducción al derecho penal*. Pamplona: Thompson Reuters, 2011.

\_\_\_\_\_. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Civitas, 2000.

LEAL, João José. “Multa de trânsito: lei n. 11.334/2006 e a retroatividade da norma administrativa penal mais favorável”. En: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n 17, abr/mai 2007, p. 51-58.

LOBATO, José Danilo Tavares. “Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 120-162.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. “Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal”. En: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (dir.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (coord.). *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 105-138.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio: non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, José. *Lenguaje, normas y sistema jurídico*. Madrid: Tecnos, 2012.

LOZANO BLANCO, Carlos. *Tratado de Derecho penal español*, tomo I, Vol. 1. Barcelona: J.M. Bosch, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho penal español*, tomo I, Vol. 2. Barcelona: J.M. Bosch, 2004.

LUCA, Javier Augusto de. *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

LUIZI, Luiz. *Filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

\_\_\_\_\_. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal, parte general*, I. Madrid: Editorial Universitas, 1996.

\_\_\_\_\_. “Tipos abiertos”. En: MONTOYA MELGAR, Alfredo (dir.); LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (coord.). *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III. Madrid: Civitas, 1995, p. 6550-6552.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990.

MARQUES, Braulio. “A efetividade da norma penal: abordagem psicanalítica”. En: FAYET JÚNIOR, Ney; WEDY, Miguel Tedesco (org.). *Estudos críticos de direito e processo penal: em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 27-34.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, volume I, 1ª edição atualizada. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico, parte general*, 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

\_\_\_\_\_. *El contenido de la antijuridicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio. *La doctrina jurídica del principio non bis in idem y las relaciones de sujeciones especiales*. Barcelona: Bosch, 2012.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal esquematizado: parte geral*, 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2010.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la. "Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente". En: VV.AA. *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, primer volumen. Valencia: Universitat de València, 1997, p. 569-595.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. "Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio". En: *Revista Penal*, Barcelona, n. 8, julio 2001, p. 60-70.

\_\_\_\_\_. *Medio ambiente y funcionarios públicos. Análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*. Barcelona: Bosch, 2000.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. Juan Córdoba Roda). Barcelona: Ariel, 1962.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. "Hacia la internacionalización del derecho penal". En: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. SANZ MULAS, Nieves (coord.). *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*. Granada: Comares, 2005, p. 33-64.

MENDONÇA, Daniel. *Las claves del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MESTRE DELGADO, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XLI, Fascículo II, enero-abril 1988, p. 503-527.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I (trad. José Arturo Rodríguez Muñoz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal, parte general, libro de estudio* (trad. Conrado A. Finzi). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 9ª edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.

\_\_\_\_\_. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

\_\_\_\_\_. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición. Montevideo: Editorial B de F, 2003.

\_\_\_\_\_. “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XXXIX, Fascículo I, año MCMLXXXVI, enero-abril, p. 49-58.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad”. En: MONTIEL, Juan Pablo (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 289-314.

MORALES PRATS, Fermín. “Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista o bidimensional”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (org.). *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Arazandi, 2001, p. 537-550.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Dykinson, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “El error en el delito de defraudación tributaria”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XXXIX, Fascículo II, año MCMLXXXVI, mayo-agosto, p. 379-393.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do delito*, (trad. Tavares/Prado). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

\_\_\_\_\_; CUADRADO RUIZ, M. A.. “Ley penal en blanco”. En: MONTROYA MELGAR, Alfredo (dir.); LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (coord.). *Enciclopedia jurídica básica*, tomo III. Madrid: Civitas, 1995, p. 4013-4014.

\_\_\_\_\_; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 8ª edición. Valencia: Tirante lo Blanch, 2010.

NAVARRO FRÍAS, Irene. *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Granada: Comares, 2010.

NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

\_\_\_\_\_. *Los límites de la responsabilidad penal*. Una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 1980.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, vol. 1, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Sobre el concepto del derecho penal*. Madrid: Universidad de Madrid, 1981.

O'FARREL, Jorge E. "Reflexiones sobre las leyes penales 'en blanco' y la responsabilidad penal objetiva". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley: derecho penal: doctrinas esenciales*, Buenos Aires, 2011, p 1085-1100.

OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*, quinta edición (trad. Ernesto Garzón Valdés). Coyoacán: BEFDP, 1999.

OTTAVIANO, Santiago. "Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem". En: YACOBUCCI, Guillermo Jorge; LAPORTA, Mario H.; RAMÍREZ, Nicolás D. (coord.). *Derecho penal empresario*. Montevideo: B de F, 2010, p. 739-797.

PALAZZO, Francesco. "La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de regla iuris" (trad. Irene Melero Sánchez y Susana Barón Quintero). En: *Revista Penal*, Valencia, n. 25, janeiro de 2010, p. 104-116.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

PASTANA, Débora Regina. "Estado punitivo brasileiro na perspectiva da criminologia critica". En: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: Homenagem a Alessandro Baratta*. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 175-198.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. "Norma penal em branco: retroatividade benéfica". En: *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 100, mar/2001.

\_\_\_\_\_. *Retroatividade penal benéfica. Uma visão constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. "Retroatividade penal mais benéfica: a conjugação de leis penais sob a ótica constitucional". En: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 88, jan/fev 2011, p. 143-163.

PEREIRA, Ricardo Souza. “O principio da retroatividade da lei penal benéfica”. En: *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 9, n. 17, jul/dez 2012, p. 155-179.

PÉREZ ÁVAREZ, Fernando. “Alimentos transgénicos y derecho penal. Apuntes para una reflexión”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen II. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 455-500.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. “De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal”. En: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.). *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 163-200.

PEREZ LUÑO, Antonio E.. *Los derechos fundamentales*, octava edición. Madrid: Tecnos, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal, parte general, fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, 3ª edición. Barcelona: Bosch, 1996.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 9ª edição, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRITTWITZ, Cornelius. “Sociedad del riesgo y derecho penal” (trad. Adán Nieto Martín/Eduardo Demetrio Crespo). En: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán. *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2003, p. 259-287.

PUERTA, Luiz-Román. “Duplicidad sancionadora, administrativa y penal, ‘non bis in idem’”. En: MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir.). *Extranjeros y derecho penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 35-63.

QUEIROZ, Paulo. *Leis penais em branco e principio da reserva legal*. Disponible en internet: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br). Consultado en 23/11/2013.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal ambiental*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

\_\_\_\_\_. “El Derecho penal ante la globalización”. En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DÍAZ-SANTOS, Ma. Rosario. *El Derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002, p. 11-25.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Historia del pensamiento filosófico y científico*, tomo. III. Barcelona: Herder, 2010.

REALE, Miguel. *Introducción al derecho*, 5ª edición. Madrid: Ediciones Pirámide, 1982.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal, parte geral*, vol. I, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria do delito*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. “El principio de legalidad en la reciente Reforma del Código Penal chileno”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 83, março-abril de 2010, p. 159-218.

RESTANI, Diogo Alexandre. “Lei Antidrogas: norma penal em branco – utilidade”. Disponible en internet: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br). Consultado en 23/11/2013.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Tipicidad*, 6ª edición. Bogotá: Temis, 1999.

ROBLES, Gregorio. *El derecho como texto (cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas, 1998.

\_\_\_\_\_. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*. Palma: Facultad de Derecho de Palma, 1984.

\_\_\_\_\_. *Teoría del derecho*, 3ª edición. Navarra: Civitas, 2010.

\_\_\_\_\_. “Sobre el concepto de acción en el derecho penal: la acción como procedimiento y el tipo como norma procedimental”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.); NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen I. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1285-1296.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2011.

RODILLA, Miguel Ángel. *Teoría del derecho*. Salamanca: Ratio Legis, 2013.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, parte general*, decimoséptima edición. Madrid: Dykinson, 1994.

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. *Introducción a la ciencia del derecho*. Salamanca: Librería Cervantes, 1991.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 1977.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Compendio de derecho penal, parte general*. Madrid: Dykinson, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, tomo I, 2ª edición (trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoría del tipo penal* (trad. Enrique Bacigalupo). Buenos Aires: Depalma, 1979.

RUSCONE, Maximiliano A. *Los límites del tipo penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1992.

SALIM, Alexandre Aranalde. *Teoria da norma penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. “Tipicidade penal e principio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade”. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, julho-agosto de 2010, p. 219-235.

SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000.

\_\_\_\_\_. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal, parte geral*, 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SANZ MULAS, Nieves. “El Derecho penal ante los retos del siglo XXI. La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los ‘nuevos’ problemas, pero sin olvidar los ‘viejos’ límites”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 106, Época II, abril de 2012, p. 115-151.

SCALCON, Raquel Lima. “Promoção de fins por meio de normas penais: possíveis mecanismos de um necessário controle”. En: *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 244, março/2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O principio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. “Acerca de la relación entre norma y estado de cosas en la aplicación del derecho, entre premisa mayor y menor en el silogismo jurídico y entre cuestiones de derecho y de hecho en el proceso penal”. En: *Revista de derecho penal y procesal penal*, ano 2005, n. 11, p. 915-927.

\_\_\_\_\_. “Las reglas de la técnica en derecho penal” (trad. Manuel Cancio Meliá). En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, vol. 47, n 3, set/dic. 1994, p. 307-341.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o Direito penal do risco*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992.

\_\_\_\_\_. *La expansión del derecho penal*, 2ª edición. Madrid: Civitas, 2001.

\_\_\_\_\_. “Legislación socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVI, 1993, p. 424-461.

\_\_\_\_\_. *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. “A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais”. En: *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 122, jan/2003.

\_\_\_\_\_. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, p. 2010.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal, parte geral*, tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, vol. I, 10ª. reimpresión total (actualizador Guillermo J. Fierro). Buenos Aires: TEA, 1992.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal, parte general*, I (trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti). Navarra: Editorial Arazandi, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdad y consenso, de la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en derecho*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.

SUÁREZ COLLÍA, José María. *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*. Madrid: Actas, 1991.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_. “Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia” (trad. Francisco Muñoz Conde). En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XL, Fascículo III, año MCMLXXXVII, septiembre-diciembre, p. 753-769.

\_\_\_\_\_. “Os objetos simbólicos da proibição: O que se desvenda a partir da presunção de evidência”. Disponible en internet: [www.juareztavares.com](http://www.juareztavares.com). Consultado en: 28/07/2014.

\_\_\_\_\_. *Teoría del injusto penal*, segunda edición (trad. Mario Pereira). Buenos Aires: B de F, 2010.

TERRADILOS BASOCO, Juan María. *Cuestiones actuales de derecho penal económico y la empresa*. Lima: Ara Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. *Empresa y Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

\_\_\_\_\_. *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas” (trad. Antoni LLabrés Fuster). En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, jan/mar 2002, p. 73-97.

\_\_\_\_\_. *Manual de derecho penal económico, parte general y especial* (trad. Manuel A. Abanto Vásquez *et al.*). Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

VELÁSQUEZ V., Fernando. *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, 4ª edição. São Paulo: Editora Noeses, 2010.

VILLAR PALASÍ, J.L.. “Remisión normativa”. En: MONTOYA MELGAR, Alfredo (dir.); SAINZ MORENO, Fernando (coord.). *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV. Madrid: Civitas, 1995, p. 5783-5789.

VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Escritos penales: dos problemas del positivismo jurídico*. Valencia: Universidad de Valencia, 1979.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos del sistema penal*, 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

WELZEL, Hans. *Derecho penal, parte general* (trad. Carlos Fontán Balestra). Buenos Aires: Depalma, 1956.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª edición (trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

YACOBUCCI, Guillermo J.. *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1980.

\_\_\_\_\_. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1980.

\_\_\_\_\_. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1980.

\_\_\_\_\_ ; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general*, segunda edición. Buenos Aires: Ediar, 2002.

\_\_\_\_\_ ; PIERANGELI, José Henrique. “A lei penal em relação ao tempo e a pessoas que desempenham determinadas funções”. En: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n 15, ago/set 2002, p. 43-49.

\_\_\_\_\_ ; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, parte geral*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZIPF, Heinze. *Introducción a la política criminal* (trad. Miguel Izquierdo Macias-Picavea). Madrid: Edersa, 1979.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; ESPINOSA CEBALLOS, Elena Marín; RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. *Fundamentos del Derecho penal, parte general*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª edición. Navarra: Editorial Arazandi, 2009.

\_\_\_\_\_. *Política criminal*. Madrid: Editora Colex, 2001.

\_\_\_\_\_. “Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una ‘administrativización’ del derecho penal o una ‘penalización’ del derecho administrativo sancionador?”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.). NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, volumen I. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca – Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1417-1444.

\_\_\_\_\_. "Viejas y nuevas tendencias politicocriminales en las legislaciones penales". En: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. SANZ MULAS, Nieves (coord.) *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*. Granada: Comares, 2005, p. 199-132.