



Universidad de Granada

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: CRIMINALIDAD Y
DERECHO**

Tesis Doctoral

**CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN DEL USO DE
LA LEY PENAL EN BLANCO PARA LA
PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS
COLECTIVOS**

Autor:

PABLO MILANESE

Director:

Dr. MIGUEL DOMINGO OLMEDO CARDENETE

Granada, 2019

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Pablo Milanese
ISBN: 978-84-1306-298-3
URI: <http://hdl.handle.net/10481/56855>

*A Angelina,
mi hija, mi vida,
la razón de todo;*

*A Áudrea,
mi amor, mi compañera,
por estar siempre a mi lado, incentivándome
y jamás ter dejado de
creer;*

*A mis padres,
Vicente e Leonete,
por el ejemplo de vida, dedicación y amor;*

*A mis hermanos,
Sandro e Carla, por la amizade y compañerismo.*

Agradecimientos:

*A mi director
Profesor Doctor Miguel Domingo Olmedo Cardenete,
por sus conocimientos, experiencia, su incentivo y
paciencia;*

*A la Universidad de Granada,
y a todos los profesores del programa de Doctorado,
por la cálida acogida y por la siempre disponibilidad en
ayudar;*

*A mis amigos,
Jorge y Dirce, por las ayudas e incentivos;*

*A mis amigos,
Thamara, Fabyano e Frabrício,
sin los cuales la realización de este sueño no sería posible.*

SUMÁRIO

ABREVIATURAS.....	XIII
--------------------------	-------------

INTRODUCCIÓN.....	14
--------------------------	-----------

CAPÍTULO I

EL MODERNO DERECHO PENAL Y LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

1. EL "MODERNO" DERECHO PENAL	18
--	-----------

1.1. CONCEPCIONES DEL MODERNO DERECHO PENAL.....	21
---	-----------

1.1.1. La Escuela de Frankfurt - Discurso de la Resistencia.....	21
---	-----------

1.1.2. Discurso de la modernización - El expansionismo normativo o prescriptivo.....	24
---	-----------

1.1.3. Discurso de la modernización "garantista" - El expansionismo descriptivo o prospectivo.....	27
---	-----------

1.2. CARACTERÍSTICAS DEL "MODERNO" DERECHO PENAL.....	32
--	-----------

1.2.1. La protección de bienes jurídicos.....	33
--	-----------

1.2.2. La prevención.....	35
----------------------------------	-----------

1.2.3. La orientación a las consecuencias.....	38
---	-----------

1.3. NOVEDADES DEL MODERNO DERECHO PENAL.....	42
--	-----------

2. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS EN EL MODERNO DERECHO PENAL	53
---	-----------

2.1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO MATERIAL DE BIEN JURÍDICO EN EL MODERNO DERECHO PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.....	55
2.2. CONCEPTO MATERIAL DE BIEN JURÍDICO	69
2.2.1. Conceptos constitucionalistas de bien jurídico	70
2.2.2. Conceptos sociológico-funcionalistas de bien jurídico...	75
2.2.2.1. El funcionalismo sistémico.....	76
2.2.2.2. El funcionalismo moderado de ROXIN.....	82
2.2.2.3. La teoría personalista del bien jurídico.....	86
2.3. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.....	94
2.3.1. Caracterización de los bienes jurídicos colectivos.....	94
2.3.2. Problemas relacionados con los bienes jurídicos colectivos.....	99
2.4. LA LEGITIMIDAD DE LOS "NUEVOS" BIENES JURÍDICOS EN EL MODERNO DERECHO PENAL.....	112
2.5. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL.....	126
2.5.1. La inexistencia o imposibilidad de la función crítica del bien jurídico.....	128
2.5.2. La irrenunciable función crítica del bien jurídico.....	134

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

1. LEY PENAL.....	143
1.1. CONCEPTO DE LEY PENAL Y SU DISTINCIÓN CON LA NORMA.....	143

1.2. NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS.....	147
1.3. ESTRUCTURA DE LA LEY PENAL.....	149
1.3.1. Leyes penales completas.....	152
1.3.2. Leyes penales incompletas.....	154
1.4. RANGO DE LA LEY PENAL.....	158
1.4.1. La reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal....	160
1.4.2. La inexistencia de reserva de Ley Orgánica en materia penal.....	167
1.4.3. La reserva relativa de Ley Orgánica en materia penal - especial referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional....	171
1.4.4. Posición personal.....	176
2. LA LEY PENAL EN BLANCO.....	179
2.1. CONCEPTO DE LEY PENAL EN BLANCO.....	179
2.1.1. Origen y evolución del concepto.....	179
2.1.2. La posición de la doctrina tras BINDING y MEZGER.....	183
2.1.2.1. El concepto estricto.....	184
2.1.2.2. El concepto amplio.....	187
2.1.2.3. El concepto "relativamente amplio".....	189
2.1.3. Posición personal.....	194
2.2. CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO.....	196
2.2.1. Leyes penales en blanco propias y leyes penales en blanco impropias.....	196
2.2.2. Leyes penales en blanco "en sentido estricto" y leyes penales en blanco "al revés".....	200
2.3. FUNCIONES DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO.....	203

2.4. LAS CLASES DE REMISIONES.....	210
2.4.1. Remisiones relativas al supuesto de hecho y remisiones relativas a la consecuencia jurídica.....	211
2.4.2. Remisiones externas y remisiones internas.....	213
2.4.3. Remisiones estáticas y remisiones dinámicas.....	214
2.4.4. Remisiones “en bloque” y remisiones interpretativas.....	217
2.4.5. Remisiones generales o totales y remisiones especiales o parciales.....	219
2.4.6. Remisiones explícitas o expresas y remisiones implícitas o tácitas.....	220
2.4.7. Remisiones de primer grado y remisiones de segundo grado o en cadena.....	222
2.4.8. Especies de remisiones características de las leyes penales en blanco.....	223
2.5. LA DIFERENCIA ENTRE LEYES PENALES EN BLANCO Y LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO.....	226
2.5.1. Origen y concepto de los elementos normativos del tipo.....	226
2.5.2. Criterios de distinción entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo.....	232
2.5.2.1. El criterio de diferenciación formal - según el carácter expreso o no de la remisión.....	233
2.5.2.2. El rango de la norma objeto de remisión como criterio de diferenciación.....	234
2.5.2.3. Criterio funcional - la función de la norma de complemento - remisión en bloque o remisión interpretativa.....	235
2.5.2.4. La naturaleza de la norma objeto de remisión - proposiciones <i>descriptivas</i> y proposiciones <i>prescriptivas</i>	238

2.5.2.5. La extensión de la remisión como criterio de diferenciación - remisiones totales y parciales.....	239
2.5.2.6. El criterio de la autoridad que integra la ley penal.....	240
2.5.2.7. El criterio material.....	241
2.5.2.8. Posición personal.....	242

CAPÍTULO III
CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN DEL USO DE LA LEY
PENAL EN BLANCO PARA LA PROTECCIÓN DE BIENES
JURÍDICOS COLECTIVOS

1. LA PROBLEMÁTICA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO ANTE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	248
1.1. EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	249
1.1.1. Reserva de ley (<i>lex scripta</i>) y ley penal en blanco.....	255
1.1.2. Taxatividad (<i>lex certa</i>) y ley penal en blanco.....	261
1.2. POSICIONES DE LA DOCTRINA.....	267
1.3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	277
2. LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO” POR LA UTILIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO.....	282
2.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO COMO LÍMITE MATERIAL AL <i>IUS PUNIENDI</i> DEL ESTADO.....	283

2.2. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO.....	289
2.2.1.Subprincipio de idoneidad.....	290
2.2.2.Subprincipio de necesidad.....	297
2.2.2.1. Principio de intervención mínima.....	299
2.2.2.1.1.El carácter subsidiario.....	302
2.2.2.1.2.Carácter fragmentario.....	304
2.2.3.Subprincipio de proporcionalidad en sentido stricto.....	307
2.3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	311
2.4. POSICIÓN PERSONAL.....	315
3. LA INTEGRACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO CON DISPOSITIVOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA UNIFORMIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	317
3.1. LAS POSICIONES DE LA DOCTRINA.....	321
3.1.1. Los argumentos que admiten la remisión a la normativa de las Comunidades Autónomas.....	322
3.1.2. Los argumentos contrarios a la posibilidad de remisión a la normativa de las Comunidades Autónomas.....	327
3.2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	330
4. LAS ALTERNATIVAS AL EMPLEO DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO.....	333

4.1. ELABORACIÓN DE LEYES PENALES ESPECIALES PARA LA PROTECCIÓN DE BIENES JURIDICOS ACTUALMENTE PROTEGIDOS POR LEYES PENALES EN BLANCO.....	333
4.2. LA DESCRIMINALIZACIÓN DE LAS MATERIAS REGULADAS POR LEYES PENALES EN BLANCO.....	336
5. CRITERIOS Y PROPUESTA PARA LA UTILIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO.....	339
5.1. LA FORMA DE REENVÍO DE LA LEY PENAL EN BLANCO.....	339
5.2. LA MATERIA O BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	343
5.3. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	346
5.4. EL REQUISITO DE LA DESCRIPCIÓN DEL NÚCLEO ESENCIAL DE PROHIBICIÓN POR LA LEY PENAL.....	348
5.5. LA EXIGENCIA DE CERTEZA Y CONCRECIÓN.....	356
5.6. LA “CLÁUSULA DE REMISIÓN INVERSA”.....	360
5.7. POSICIÓN PERSONAL.....	362
6. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO COMO LÍMITE DE LA UTILIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO.....	364

6.1. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD “EN CONCRETO” EN LAS LEYES PENALES EN BLANCO.....	366
6.2. LA VENTAJA DE LA APLICACIÓN DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN CONCRETO A PARTIR DEL ANÁLISIS DE ALGUNAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	368
CONCLUSIONES.....	373
BIBLIOGRAFÍA.....	389
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	416

ABREVIATURAS

<i>ADPCP</i>	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
<i>AP</i>	Actualidad penal
<i>Art./s</i>	Artículo/s.
<i>CE</i>	Constitución Española
<i>CGPJ</i>	Consejo General del Poder Judicial
<i>Cit.</i>	Obra citada
<i>Cp/CP</i>	Código penal
<i>DP</i>	Doctrina penal
<i>EUCM</i>	Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha
<i>pp/s</i>	Página/s
<i>RFDUCM</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
<i>RFDUG</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
<i>RP</i>	Revista penal
<i>ss.</i>	Siguientes
<i>TFCA</i>	Tribunal Federal Constitucional de Alemania
<i>Vol./s</i>	Volumen/volúmenes

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal ha sufrido continuas y constantes modificaciones, adoptando una política de criminalización de hechos, lo que revela su carácter expansionista. Actuando, principalmente, en las partes especiales de los Códigos penales y de las legislaciones especiales creando nuevas figuras penales o ampliando los tipos ya existentes.

Además, este Derecho penal utiliza instrumentos que facilitan su actuación, entre los cuáles, se puede citar, las leyes penales en blanco. Aunque ya fuesen empleadas, ante la necesidad de proteger nuevos bienes jurídicos que presentan unas exigencias particulares para ser regulados, el recurso a esta técnica legislativa ha sido intenso en los últimos años.

Ocurre que, la utilización de las leyes penales en blanco en determinadas materias, atiende a razones técnicas, pues permite la protección, a través del Derecho penal, de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, como el orden económico, el medio ambiente, etc, los cuáles exigen la remisión a otras leyes y/o normas.

No obstante, las leyes penales en blanco presentan una significación constitucional cuando la norma que completa el supuesto de hecho es de rango inferior a las leyes penales, generalmente un reglamento o leyes de las Comunidades Autónomas. Ello acontece, no sólo por el hecho del complemento ser de rango inferior, sino porque el legislador delega a otra instancia el establecimiento del elemento típico.

En estos casos surge la discusión de la posible infracción del principio de legalidad, tanto en sus postulados formales como materiales, como también de los principios de igualdad y de proporcionalidad en sentido amplio, provocando una merma de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

La supuesta infracción de estos principios, y la consecuente inconstitucionalidad, lleva al cuestionamiento respecto de la legitimidad de la utilización de las leyes penales en blanco para la protección de bienes jurídicos colectivos.

Ahora bien, es incontestable que las leyes penales en blanco están cada vez más presentes en las legislaciones modernas y por eso lo que procede es analizar sus principales fundamentos y características, así como su propia legitimidad frente a los principios ya consagrados en el Estado Social y Democrático de Derecho. Por consiguiente, hemos dedicado el presente trabajo de tesis al estudio de los criterios de justificación del uso de la ley penal en blanco para la protección de bienes jurídicos colectivos.

La metodología empleada consistió en la utilización del método inductivo, a través de la investigación e identificación de las leyes penales en blanco, con el objetivo de buscar los criterios, límites y posibilidades de su utilización.

Para ello, en el **primer capítulo**, analizaremos el llamado "moderno" Derecho penal y sus concepciones, a través de la exposición de los distintos conceptos, bien como de sus características y de las novedades que plantea.

También trataremos de los bienes jurídicos colectivos en el moderno Derecho penal. Para una mejor comprensión del tema, consideramos pertinente comenzar con la evolución del concepto de bien jurídico, desde su percusor, para situar el contexto y la finalidad de la creación del bien jurídico, pasando por las teorías que buscan un concepto material de bien jurídico, con el objetivo de encontrar una propuesta de concepto que sea capaz de atender al fin para que este fue concebido.

A continuación, abordaremos la caracterización de los bienes jurídicos colectivos y los problemas con ellos relacionados, o sea, que tipo de

dificultades enfrenta el Derecho penal para proteger estos nuevos bienes jurídicos.

Apuntados los problemas causados por los bienes jurídicos colectivos, pasaremos al análisis de la legitimidad de la protección de estos bienes jurídicos por el Derecho penal. Una vez analizada su legitimidad, examinaremos la teoría del bien jurídico como fundamento de legitimación del Derecho penal, es decir, la existencia de la función crítica del bien jurídico.

En el **segundo capítulo** analizaremos las leyes penales en blanco. Para tanto, empezaremos por la ley penal, presentando su concepto y su distinción con la norma penal, su estructura y el rango que la ley penal debe tener en España.

Enseguida, abordaremos el concepto de ley penal en blanco, desde su origen, fundamentalmente, los conceptos de BINDING y MEZGER, hasta las concepciones más modernas. También expondremos las clasificaciones y las funciones de las leyes penales en blanco.

Una vez conceptuadas y clasificadas, será presentadas y analizadas las especies de remisiones normativas, con el objetivo de determinar las remisiones características de las leyes penales en blanco. Además, para mejor comprensión y delimitación del tema es necesario diferenciar las leyes penales en blanco de los elementos normativos del tipo, con la exposición de los principales criterios de distinción.

En el **tercer capítulo** trataremos de los criterios de justificación del uso de la ley penal en blanco para la protección de bienes jurídicos colectivos. Para ello, analizaremos los problemas de las leyes penales en blanco ante el principio de legalidad, expondremos las exigencias del principio de legalidad, las posiciones adoptadas por la doctrina y la posición del Tribunal Constitucional Español.

A continuación, será analizada la posible vulneración del principio de proporcionalidad en sentido amplio debido al empleo de las leyes penales en blanco. Será necesario exponer el contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio, con todos sus subprincipios, como también la posición del Tribunal Constitucional Español.

Apuntados las cuestiones relacionadas a estos dos principios, pasaremos al análisis de la posible relativización del principio de la uniformidad de la legislación penal y del principio de igualdad por la integración de las leyes penales en blanco con dispositivos de las comunidades autónomas.

Examinados estos problemas de las leyes penales en blanco ante los principios mencionados, deben ser analizadas las alternativas a la utilización de esta técnica de tipificación, fundamentalmente, la elaboración de leyes penales especiales para la protección de bienes jurídicos actualmente protegidos por leyes penales en blanco y la descriminalización de las materias protegidas por estas especies de leyes.

Tras la verificación de la posibilidad de sustitución de las leyes penales en blanco por las alternativas mencionadas, en caso negativo, deben ser fijados los criterios y los límites para la utilización de las leyes penales en blanco.

Por último, expondremos las conclusiones acerca de los criterios de justificación del uso de la ley penal en blanco para la protección de bienes jurídicos colectivos.

CAPÍTULO I

EL MODERNO DERECHO PENAL Y LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

1. EL "MODERNO" DERECHO PENAL

En las últimas décadas, con las transformaciones que la sociedad va experimentando, principalmente tras la industrialización, se han producido muchos cambios en el Derecho penal¹. Es una tendencia natural que el Derecho acompañe la evolución de la sociedad, tratando de ofrecer las respuestas a los problemas que surgen con estas transformaciones.

Han surgido nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho. En consecuencia, el Derecho penal en los últimos tiempos adoptó una política de criminalización de hechos, lo que revela su carácter expansionista². Actúa, principalmente, en las partes especiales de los Códigos penales y de las legislaciones creando nuevas figuras penales o ampliando los tipos ya existentes³.

La consecuencia es que *“en conjunto, el Derecho Penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido*

¹ Entre otros, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. "¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2009, núm. 11-08, p. 2. FELIP I SABORIT, David. "Observaciones a la expansión diez años después", en *La crisis del derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Atelier, 2010, p. 64.

² Conforme FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. "Sobre la 'administrativización' del derecho penal en la sociedad del riesgo" – un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI", en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI – en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, Editorial Colex, 2006, pp. 137-138: "(...), desde el punto de vista político-criminal no vivimos una fase caracterizada por la descriminalización sino por un claro proceso creciente de criminalización que, por otra parte, teniendo en cuenta el horizonte actual de reformas, parece no tener fin".

³ En este sentido, HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal". *Actualidad Penal*, n. 43, 1993, traducción al español de MUÑOZ CONDE, Francisco, p. 640.

*en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas*⁴.

Ante las transformaciones sociales y las nuevas situaciones que acontecen en el cotidiano, el Derecho penal clásico se muestra incapaz para hacerles frente y faltan los instrumentos necesarios para enfrentar los problemas que de ellas derivan. Efectivamente, como veremos posteriormente, las características esenciales de estos nuevos acontecimientos radican, de modo general, en la imposibilidad de constatación de un menoscabo efectivo del bien jurídico, de una difuminación de la responsabilidad entre los distintos sujetos intervinientes, y en la dificultad de determinación de la relación de causalidad con los posibles daños producidos.

Es evidente que este planteamiento colisiona frontalmente con los postulados del Derecho penal clásico, dado que, tal como establece MUÑOZ CONDE⁵, ese Derecho penal *“carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación de lo injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños”*.

Las conductas que ahora se incriminan son de difícil conciliación con estos rasgos del Derecho penal clásico⁶. Ejemplo de ello son los delitos socioeconómicos, medioambientales y, entre otros, los relacionados con salud pública, responsabilidad por el producto, utilización de datos informáticos, criminalidad organizada, dado que entran en conflicto con principios característicos del Derecho penal clásico.

Esto porque, en estos delitos los bienes jurídicos protegidos son de

⁴ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 640.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal”, en *RP*, 2000, p. 48.

⁶ En este sentido, SEHER, Gerhard. “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 69, aclara que *“Hay algo común a los postulados de este <<moderno Derecho penal>>: ya no se acomodan a la estructura tradicional del delito, (...)”*.

difícil determinación y son utilizados como motivo y justificación para la imputación de hechos, y no como límite al *ius puniendi* del Estado; presentan dificultades de imputación, porque son hechos que trascienden a las personas físicas, que generalmente utilizan entidades, personas jurídicas, en la realización de los mismos, lo que obstaculiza la determinación de la autoría⁷; incluso la causalidad, muchas veces, no puede ser determinada con el mínimo de seguridad necesaria, bastando o aceptándose, como prueba, la mera probabilidad de relación entre la acción y los daños.

En este sentido, tras realizaren un balance crítico de las últimas reformas de la legislación penal española, especialmente las de 1983, 1989, las tres de 2003, la de 2010 y la actual de 2015, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC⁸ afirman que:

Del panorama reformista descrito se deriva una realidad con una mayor presencia del Derecho Penal, lo que significa más castigo y más represión. Es decir, un incremento de la intervención punitiva, el tránsito de un "Derecho penal mínimo" a un "Derecho penal máximo"; la expansión de conductas prohibidas; las formulaciones típicas con una considerable indeterminación del presupuesto; el aumento de remisiones normativas y de cláusulas pendientes de valoración; el empleo constante y creciente de diversas estructuras de adelantamiento de la intervención (delitos de peligro, omisión, imprudencia, formas de autoría, tentativa, actos preparatorias); y en general, de una estrategia legislativa tendente a configurar tipos penales que "faciliten la prueba".

Así, es innegable que actualmente hay un "moderno" Derecho penal, con características propias, actuando en sectores distintos al Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones.

⁷ Con relación a los problemas de imputación véase MUÑOZ CONDE, Francisco. "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial", en *Modernas Tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, pp. 501 y ss.

⁸ ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Compendio de Derecho Penal - parte general, 6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 61. Véase también, OLMEDO CARDENETE, Miguel. "Las nuevas reformas en materia penal y de seguridad ciudadana", disponible en www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/reformas-penal-seguridad-ciudadana/, consultado en 11/08/2016, p. 1, para quien la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, "*sigue profundizando como sus antecesoras en un endurecimiento general de la Política criminal de nuestro país*".

De la misma forma, es forzoso reconocer que, hoy en día, con la evolución del propio estudio del moderno Derecho penal, hay algunas posiciones distintas acerca de su concepto⁹, las cuales deben ser identificadas debido a la importancia para el desarrollo del tema.

1.1. CONCEPCIONES DEL MODERNO DERECHO PENAL

1.1.1. La Escuela de Frankfurt - Discurso de la Resistencia

En primer lugar, hay que hacer referencia a la propuesta de la llamada escuela de Frankfurt que, según aclara MUÑOZ CONDE¹⁰, se ha formado en torno de tres catedráticos, los profesores WOLFGANG NAUCKE, KLAUS LÜDERSSEN y WINFRIED HASSEMER.

Esta concepción emplea el término moderno Derecho penal en contraposición al concepto de Derecho penal clásico o liberal, para criticar el reciente *“fenómeno de la expansión del objeto del Derecho penal más allá de los límites que tradicionalmente han acompañado a la protección de los bienes jurídicos clásicos, y que lleva a la perversión del concepto de bien jurídico, que además los protege antes, es decir, en un estado previo a la lesión”*¹¹.

Parte del presupuesto de que, aunque el Derecho penal clásico sea un medio violento de represión, es también un instrumento de garantía de la libertad del ciudadano, indispensable para asegurar la convivencia,

⁹ En este sentido, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Iustel Publicaciones, 2007, p. 347. También, GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en *Política criminal y reforma penal*, Buenos Aires, Editorial IB de F, 2007, p. 78.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. "Conclusiones finales", en *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. 301.

¹¹ En este sentido, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno, cit.*, p. 347.

caracterizándose como la *ultima ratio* para la solución de los problemas sociales¹².

Ya, el moderno Derecho penal, para la Escuela de Frankfurt, presenta características y novedades, las cuales serán señaladas más adelante, que desnaturalizan el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal en el ordenamiento jurídico, para convertirlo en el principal, aunque no siempre eficaz, medio para la lucha contra amenazas y peligros propios de las sociedades modernas¹³.

Para HASSEMER¹⁴ el “moderno” derecho Penal, tanto a nivel de pensamiento, como en la práctica tiene las siguientes características: “- *prescinde de los preceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica, - realiza su metodología empírica orientándose a las consecuencias, - favorece, por tanto, más una concepción teórica preventiva que retributiva, - intenta vincular al legislador penal y controlar sus derivaciones con principios como el de protección de bienes jurídicos*”.

El moderno derecho Penal, en su esencia, ha resultado más penalizador que despenalizador¹⁵, siendo que en él abundan los delitos de peligro abstracto, las normas penales en blanco, tutelándose una extensa cantidad de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales¹⁶.

¹² HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 638. También en HASSEMER, Winfried. “Viejo y nuevo derecho penal”, en *Persona, mundo y responsabilidad—bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 46.

¹³ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. “Recensión bibliográfica”, en *Hassemer e o direito penal brasileiro, direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo, 2013, 282 pp.

¹⁴ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 635.

¹⁵ En este sentido, FELIP I SABORIT, David. “Observaciones a la expansión diez años después”, *cit.*, p. 82, destaca que “hasta ahora, a la vista de la actuación del legislador de la última década, la modernización del Derecho penal sigue viniendo acompañada indefectiblemente de más punitivismo”.

¹⁶ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. “Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal”, en *Revista de criminología e ciencias penitenciárias*, ano 3, número 02, junho/julho/agosto, São Paulo, PROCRIM, 2013, pp. 6-7.

Además, la Escuela de Frankfurt ha reprochado el moderno Derecho penal, porque entiende que este vulnera principios fundamentales consagrados por el Derecho penal clásico, tales como los de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad¹⁷, entre otros, que comprenden las garantías propias del Estado de Derecho.

Esta concepción del moderno derecho penal se caracteriza, globalmente, *“como una estrategia que, sin dejar de reconocer las nuevas necesidades sociales de intervención, se afana por mantener incólume el laboriosamente construido edificio conceptual del derecho penal que se inició en la Ilustración.”*¹⁸

Para mantener el Derecho penal “incólume”, preservando sus principios y garantías, bien como frenar este proceso de “modernización”, HASSEMER¹⁹ propuso eliminar una parte de la modernidad del actual derecho penal, creando una doble vía. *“Por un lado, reduciendo el verdadero derecho penal a lo que se denomina ‘derecho penal básico’ (a), y, por otro, potenciando la creación de un ‘derecho de intervención’ (b) que permita tratar adecuadamente los problemas que sólo de manera forzada se pueden tratar dentro del derecho penal clásico.”*

De este modo, el “Derecho penal básico” respetaría las garantías, los principios de imputación y *última ratio* y, a través de la prevención general positiva, orientaría la pena hacia la afirmación pública y el aseguramiento de las normas fundamentales. Formarían parte de este núcleo todas las lesiones de los clásicos bienes jurídicos individuales y, de la misma forma, las puestas en peligro graves y evidentes, bien como las asociaciones criminales y la puesta en peligro del Estado²⁰.

¹⁷ Así, HASSEMER, Winfried. “Viejo y nuevo derecho penal”, *cit.*, pp. 59 y ss.

¹⁸ En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2005, núm. 07-01, p. 01:6.

¹⁹ HASSEMER, Winfried. “Viejo y nuevo derecho penal”, *cit.*, p. 67.

²⁰ En este sentido, HASSEMER, Winfried. “Viejo y nuevo derecho penal”, *cit.*, pp. 67-68.

Ya, el “Derecho de intervención”, que promovería la protección de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, según HASSEMER²¹, *“estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos.”*

Esta propuesta de HASSEMER ha generado muchas discusiones en la doctrina, bien como el surgimiento de otras alternativas muy semejantes. Así, todavía estamos lejos de tener un consenso en esta materia, razón por la cual serán presentadas las otras concepciones del “moderno” derecho penal.

1.1.2. Discurso de la modernización - El expansionismo normativo o prescriptivo²²

Esta corriente, antagónica a la Escuela de Frankfurt, es formada por aquéllos que entienden que el moderno Derecho penal *“cumple una función acorde con la realidad social sobre la que se proyecta”*²³.

Defienden la tesis de la utilización del derecho penal para la prevención de los riesgos de la sociedad moderna, aunque ello pueda representar una flexibilización de los criterios de imputación y de las garantías individuales²⁴.

En este sentido, SCHÜNEMANN ha refutado de manera vehemente las críticas hechas por la Escuela de Frankfurt al moderno Derecho penal. Para este autor, la teoría personal del bien jurídico, defendida por HASSEMER,

²¹ HASSEMER, Winfried. “Viejo y nuevo derecho penal”, *cit.*, p. 72.

²² Término empleado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2 edición, ampliada y actualizada, reimpresión, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IB de F, 2012, p. 54.

²³ Así, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, *cit.*, p. 348.

²⁴ En este sentido, GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, *cit.*, p. 78.

limita la participación en el contrato social a los individuos que viven en un determinado momento, excluyendo el derecho de las generaciones futuras, bien como no lleva en cuenta las distintas potencialidades de lesión de determinada sociedad en función de su desarrollo tecnológico²⁵.

Además, SCHÜNEMANN²⁶ defiende la utilización de los delitos de peligro abstracto, criticada por la escuela de Frankfurt, afirmando que su mayor utilización *“deriva de la naturaleza de las cosas”*, no se pudiendo negar las condiciones de actuación de la sociedad moderna. Más allá de ello, sigue este autor, esa técnica de tipificación ya aparecía en la época de la Ilustración y, que por esta razón, *“sólo desde el punto de vista cuantitativo es acertado calificarlos de ‘forma delictiva de la era moderna’”*, siendo posible su armonización con el principio de determinación y la relación entre el injusto típico y la intensidad de la pena.

Para SCHÜNEMANN²⁷, defensor de la “modernización” del Derecho penal, las aportaciones de la Escuela de Frankfurt, fundamentalmente la teoría monista-individualista *“no puede ofrecer perspectiva de futuro alguna y constituye un callejón sin salida que precisamente es incapaz de llevar a cabo la necesaria crítica a las tendencias legislativas dominantes en el momento actual”*.

Por lo tanto, según SCHÜNEMANN²⁸, la Escuela de Frankfurt está abogando por una negativa a la modernización del Derecho penal que, al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna, necesariamente ha de fracasar en la finalidad de protección de bienes jurídicos.

²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc/mes 1, 1996, pp. 192-193.

²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, *cit.*, pp. 199-202.

²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, *cit.*, p. 205.

²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, *cit.*, p. 200.

También GRACIA MARTÍN²⁹, defensor de la modernización del derecho penal, reacciona frente a la propuesta de la Escuela de Frankfurt de manera global, aportando que el discurso de resistencia (al moderno Derecho Penal) es contrario al Estado de Derecho, al paso que el discurso de modernización sólo plantea una adecuación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales y al Estado social. Destaca, aún, siguiendo a SCHÜNEMANN, que la ruptura, proporcionada por la modernización con el Derecho penal liberal, radica esencialmente en la criminalización formal de la criminalidad material de las clases sociales poderosas.

Así que, para GRACIA MARTÍN³⁰, el Derecho penal tradicional debe ser superado, dado que responde solamente a la protección de los intereses de una determinada clase social frente a las demás. Al mismo tiempo, se hace necesario construir un nuevo Derecho penal constituido en su mayor parte por los comportamientos criminales de la clase poderosa y para la defensa de las demás clases sociales frente a semejante criminalidad.

También, FIGUEIREDO DIAS³¹, aunque rechace la entera funcionalización del Derecho penal a las exigencias propias de la sociedad del riesgo, defiende que para el control de las fuentes de los nuevos riesgos es indispensable normas de comportamiento cuya violación, en los casos más graves, exige una punición penal.

Entiende FIGUEIREDO DIAS³² que la esperanza depositada en medios no jurídicos de política social o medios jurídicos no penales, derecho civil, derecho administrativo, para la tutela de los nuevos riesgos, es inconsistente.

²⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. "El derecho penal moderno del estado social y democrático de derecho", *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, en www.sitios.scjn.gob.mx/cursododerechopenal/sites/default/files/lecturas/el%20penal%20moderno.pdf, en 18/08/2014, pp. 9-24.

³⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, p. 207.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal-parte general*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 131 y 132.

³² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal-parte general*, *cit.*, pp. 131-132.

Además, para este autor, esta solución significaría poner de “*piernas para el aire*” el principio de subsidiariedad y de *ultima ratio* del Derecho penal, al sustraer de la tutela y de las sanciones penales conductas tan gravosas que ponen en riegos la vida planetaria, la dignidad de las personas y la solidaridad con otras personas, con las que existen y con las que han de nacer.

En resumen, la concepción aquí presentada defiende la utilización del Derecho penal en la defensa de las cuestiones surgidas con la evolución de las sociedades modernas. Entendiendo que el “moderno” derecho penal es capaz de atender, de manera satisfactoria, las nuevas demandas sociales, pues necesita, solamente, una adecuación. Sin embargo, hasta ahora no fue capaz de demostrar cómo o con cuáles criterios debe ocurrir esta adecuación.

1.1.3. Discurso de la modernización “garantista” - El expansionismo descriptivo o prospectivo³³

Esta tercera vertiente defiende la modernización del Derecho penal, pero sin aceptar de manera acrítica la política criminal llevada a cabo en las recientes modificaciones legales³⁴, que representan una expansión desmedida del Derecho penal. Concibe que el derecho penal debe proteger la sociedad de los riesgos de la industrialización, sin que ello represente, necesariamente, un menoscabo del rigor dogmático o de las garantías individuales³⁵.

En este sentido, MENDONZA BUERGO³⁶, entiende posible la adaptación del Derecho penal a las nuevas necesidades de protección, “*pero*

³³ Término empleado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 54.

³⁴ Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa-parte general*, 4 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 91 e ss.

³⁵ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, cit., p. 79.

³⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Ed. Civitas, 2001, pp. 189-192.

exigiendo de forma irrenunciable el mantenimiento de las bases garantistas del sistema que conforman el modelo del Derecho penal de garantías". Es decir, se puede utilizar el derecho penal para la protección de nuevos riesgos y para la busca de más seguridad, desde que, *"sea compatible con los principios básicos del derecho penal de un estado de derecho y con aquellos principios y categorías dogmáticas que posibiliten y aseguren en mayor medida una atribución de responsabilidad adecuada y coherente con tal modelo"*.

También MARTINEZ BUJÁN-PÉREZ³⁷ defiende la modernización del Derecho penal, fundamentalmente en relación a los delitos económicos de mayor gravedad, con la manutención de las reglas de imputación y de los principios de garantía que informan todos los demás delitos incardinados en el "Derecho penal nuclear".

Esta concepción busca conciliar las necesidades de protección de los riesgos derivados de la sociedad moderna con los principios limitadores del *ius puniedi*, pues defiende que el derecho penal, en la actualidad, no puede anclarse en un pensamiento individualista y tutelar exclusivamente bienes jurídicos individuales³⁸.

Esto porque, conforme SILVA SÁNCHEZ³⁹, *"el expansionismo es una realidad incontestable, en continua progresión, muy favorecida por la situación crítica de las sociedades contemporáneas, por la inestabilidad económica y política, la globalización y, muy en particular en el seno de la Unión Europea, por la propia europeización del Derecho penal"*.

De esta manera, esta corriente defiende la modernización del derecho penal para atender a las nuevas demandas, surgidas con la modernización de la sociedad, con observancia de las garantías y principios propios del derecho

³⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa-parte general, cit.*, p. 99.

³⁸ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa-parte general, cit.*, pp. 91 e ss.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo, cit.*, p. 54.

penal, aunque no aclare, de manera satisfactoria, cómo exactamente se puede atingir este objetivo.

Sin embargo, SILVA SÁNCHEZ, propone una solución a los problemas del “moderno” Derecho penal, que algunos dicen ser muy cercana de la propuesta, ya presentada, de HASSEMER en relación a la creación de un “Derecho de intervención”⁴⁰.

Esa concepción de SILVA SÁNCHEZ plantea la coexistencia de dos Derechos penales. El primero que consiste en una restricción de algunas de las garantías clásicas del Derecho penal y procesal, que son reflejo de conquistas tras el periodo del liberalismo, y, que mejor representan el actual Estado Social y Democrático de derecho; por otro lado, presenta sanciones menos gravosas a los hechos delictuosos, pena pecuniaria y restrictiva de derechos. Y el segundo, un Derecho penal con una postura garantista, preservando todas las garantías conquistadas tras el liberalismo; en cambio, los delitos regulados por ese “segundo Derecho penal”, tenían sanciones más gravosas, es decir, pena privativa de libertad.

En este sentido, el llamado Derecho penal de dos velocidades estaría formado por:

Lo primero, que vendría a configurar lo que de modo gráfico puede expresarse como “*Derecho penal de dos velocidades*” (...), significa en realidad la renuncia a la teoría del delito como teoría general y uniforme del ilícito penal (y, en esa medida, aparentemente un retroceso histórico); pero lo segundo, por su parte supone la desactivación garantista, a partir de la constatación de la gravedad de las consecuencias jurídico-penales, en particular por referencia al homicidio⁴¹.

Todavía, SILVA SÁNCHEZ cuestiona la existencia de una tercera velocidad del Derecho penal, caracterizada por “*una amplia relativización de*

⁴⁰ Véase en este sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal-parte general, cit.*, p. 134, al mencionar los problemas del derecho penal de dos velocidades y la tesis de la “Escuela de Frankfurt”.

⁴¹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edición, Madrid, Ed. Edisofer, 2011, pp. 95-96.

garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales”, pero en los casos en que es prevista la pena privativa de libertad⁴².

Esta tercera vía, así, guardaría relación con el llamado “Derecho penal de enemigos”, difundido por JAKOBS⁴³. Sus particularidades son:

(1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir (...); (2) falta de una reducción de la pena proporcional (...), la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto aplicando la aminoración de la tentativa (...) y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa previstas para los demás delitos de asociaciones terroristas; (3) paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia y, en concreto, la delincuencia económica (...), el terrorismo (...), pero también – con alguna pérdida de contornos – los delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas (...), así como – abovedando todo – la delincuencia en general (...); (4) supresión de garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente el ejemplo clásico.

Para JAKOBS⁴⁴ el enemigo es el individuo que se ha alejado del Derecho de manera duradera y no incidental, mediante su comportamiento, ocupación profesional o su vinculación a una organización criminal, por lo que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de su comportamiento personal, lo que se manifiesta a través de su conducta.

Defiende SILVA SÁNCHEZ⁴⁵, frente al rigor que presenta el Derecho penal de enemigo, que esta tercera velocidad sólo puede ser utilizada en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, es decir, caracterizaría una especie de “Derecho de guerra” para los casos de emergencia.

⁴² SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 183.

⁴³ JAKOBS, Günther. “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”. *Estudios de derecho judicial*, n. 20, Galicia, 1999, traducción al castellano por MANSO PORTO, Teresa, pp. 15-16.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, cit., p. 16.

⁴⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 186-187.

Esta propuesta de SILVA SÁNCHEZ, sin duda, es una afrenta a los fundamentos del Estado de Derecho. Principalmente la tercera velocidad, pues es la que más visiblemente quiebra el principio de igualdad⁴⁶, porque utiliza del Derecho penal para sancionar “personas”, y no “hechos”. Además, incluso teniendo en cuenta que el Derecho penal de enemigo, propuesto por JAKOBS y admitido por SILVA SÁNCHEZ, busca la intervención más rigurosa en delitos como el terrorismo y los económicos, no se justifica la quiebra de principios que son resultado de más de doscientos años de lucha por su efectividad.

Esto representaría, ciertamente, el regreso al Derecho penal de autor, que “*se basa en determinadas cualidades de la persona de las que ésta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales*”⁴⁷. Así, a través del Derecho penal del autor la pena está vinculada a su personalidad, no importando que haya cometido un hecho, bastando que el autor sea lo que es para convertirse en el objeto de la sanción penal⁴⁸.

Eso significaría un verdadero retroceso, porque la tendencia predominante en los ordenamientos de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho es la vigencia del Derecho penal del hecho, por el cual la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo⁴⁹.

⁴⁶ Conforme aclara CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en *Política criminal y reforma penal*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IBdeF, 2007, p. 54, “*un Derecho penal de ‘tres velocidades’ lesiona directamente los límites del estado democrático en el que es un valor esencial el principio de igualdad. Ello es así porque la consecuencia directa de esta concepción es la ‘legalización’ de la existencia de ciudadanos de primera, segunda y tercera, (...)*”.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 9ª Edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 205.

⁴⁸ BOCKELMANN *apud* ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general – fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, 2ª. edición, tomo I, Madrid, Ed. Civitas, 1997, traducción al castellano de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier, p. 177.

⁴⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general – fundamentos, la estructura de la teoría del delito, cit.*, p. 176.

Finalmente, aceptar un Derecho penal de autor es tener el poder punitivo del Estado ilimitado, favoreciendo una concepción totalitaria del mismo⁵⁰.

Ahora bien, aunque con distintos matices y características, como las aquí presentadas, no hay como negar que actualmente hay un "moderno" Derecho penal⁵¹, con características propias, actuando en sectores distintos al Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones.

1.2. CARACTERÍSTICAS DEL "MODERNO" DERECHO PENAL

Según HASSEMER⁵², que dedicó una buena parte de su producción bibliográfica a la crítica del "moderno" Derecho penal⁵³, este presenta tres características propias que reflejan el contexto actual: la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación a las consecuencias.

Paradójicamente, estas características son las mismas del Derecho penal clásico, pero, al desvincularse del contexto en que nacieron y trasladarse a otro distinto, ya no tienen nada que ver con aquéllas⁵⁴.

Es decir, el derecho penal mantiene sus características de otrora, pero hay una relectura del contenido de estas características. Por esta razón, es imprescindible la presentación de cada una de ellas para la comprensión del "moderno" Derecho penal.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, cit., p. 205.

⁵¹ Así, MUÑOZ CONDE, Francisco. "Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal", cit., p. 6, da por sentada "una evidente existencia de lo que podríamos denominar un 'moderno derecho penal'".

⁵² HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal", cit., p. 638.

⁵³ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. "Recensión bibliográfica", en *Hassemer e o direito penal brasileiro, direito de intervenção, sanção penal e administrativa*, cit., p. 282.

⁵⁴ HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal", cit., p. 638.

1.2.1. La protección de bienes jurídicos

La primera característica del moderno derecho penal, consiste en que éste considera la *protección de bienes jurídicos* una exigencia para la penalización de determinadas conductas, desvirtuando, de esta manera, la concepción clásica de este principio, por la cual la protección de bienes jurídicos asume un carácter negativo, de prohibición de penalización de determinadas conductas.

Este criterio negativo de la concepción clásica nos determina cuando no cabe considerar a una conducta como delictiva, cuando no hay un bien jurídico protegido, pero no actúa positivamente, pues no impone la utilización del ordenamiento punitivo⁵⁵.

Esto porque, no basta la constatación de la existencia de un bien jurídico para la legitimación del recurso al derecho penal, pues deben ser considerados los otros principios fundamentales de esta rama del derecho⁵⁶.

Como enseña NUÑEZ CASTAÑO⁵⁷:

“la legislación penal por la gravedad de sus consecuencias, debe responder a un fundamento jurídico que radica en la constatación, por un lado, de la existencia de un bien jurídico merecedor y necesitado de protección y, por otro, del algún aspecto relevante del mismo; todo ello, desde el más absoluto respecto a los principios constitucionalmente consagrados.”

⁵⁵ Así, HASSEMER, Winfried. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 98, enseña que “La ‘protección de bienes jurídicos’ es, por sus orígenes, un principio negativo, limitador del derecho penal. Este principio no ha contenido nunca la exigencia de criminalizar toda conducta que lesione un bien jurídico, sino que, por el contrario, ha prescrito extraer de la ley toda conminación penal que no se pueda referir a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”.

⁵⁶ Así, GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. *Viejo y nuevo derecho penal - principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Madrid, IUSTEL, 2012, p. 207.

⁵⁷ NUÑEZ CASTAÑO, Elena. “Las transformaciones sociales y el derecho penal – del estado liberal al derecho penal de enemigos”, en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología – estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 158.

Sin embargo, el moderno Derecho penal utiliza la protección de bienes jurídicos como un mandato para penalizar, y no como una limitación a la protección de bienes jurídicos⁵⁸. La consecuencia es que *“durante las últimas dos décadas del siglo XX, en lugar del advenimiento del derecho penal mínimo eternamente en ciernes... llegó su ‘expansión’”*⁵⁹.

En este mismo sentido, advierte MENDOZA BUERGO⁶⁰ que *“ha pasado así a un primer plano un aspecto no deseable del principio de protección de bienes jurídicos, su empleo como criterio de ampliación y no de limitación de la intervención del Derecho penal”*.

Aunque la función del ordenamiento jurídico como un todo sea la protección de bienes jurídicos, no significa que incumba en exclusiva al Derecho penal la realización de esa tarea. Esto porque la protección debe ser, incluso, frente al propio Derecho penal, que sólo debe intervenir cuando se hayan agotado otros medios de protección, y ello porque *“el concepto de bien jurídico se concibió originariamente más como límite que como legitimación de la intervención del Derecho penal”*⁶¹. Con ello se ha transformado completamente de forma subrepticia su función, y en este contexto, puede encuadrarse la protección de los mencionados “gestores atípicos” que pretenden del Derecho penal la protección de intereses específicos.

En este sentido, enseña SILVA SÁNCHEZ⁶² que los “gestores atípicos de la moral” (asociaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos, pacifistas, entre otros) *“encabezan la tendencia hacia una progresiva ampliación del Derecho penal en orden a la creciente protección de sus respectivos intereses”*.

⁵⁸ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 638.

⁵⁹ FELIP I SABORIT, David. “Observaciones a la expansión diez años después”, *cit.*, p. 63.

⁶⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, *cit.*, p. 77.

⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. “El ‘moderno’ derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”, en *La Ley*, n. 3, 1996, p. 1340.

⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *cit.*, p.66.

Hay, por lo tanto, una evidente infracción del principio de intervención mínima, porque la protección del bien jurídico es directamente encomendada a lo que debe ser la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, sin pasar por los “filtros” de las otras ramas del Derecho, sin siquiera cuestionarse la relevancia de tal bien para el Derecho penal, cuando el respeto a los fundamentos del mismo implica que los principios de intervención mínima y de protección de bienes jurídicos deben, en realidad, coexistir, de tal forma que aquél figure como límite de este.

Así entiende CÓRDOBA RODA⁶³:

“(…) la ciencia penal como expresión cultural proclama desde decenios el principio conforme el cual sólo debe recurrirse al Derecho Penal en los casos en los que el mismo sea absolutamente necesario para la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más intensos de los que pueden ser objeto. Ello comporta, además la exigencia de que las normas penales se encuadren dentro del ordenamiento jurídico conforme a un sistema debidamente coordinado en el que las sanciones penales representan el último y inevitable recurso a que acude el Estado”.

Una clara manifestación de esta infracción es lo que ocurre, por ejemplo, con el bien jurídico medio ambiente: ante el deseo de la sociedad de protección de ese bien jurídico (del cual no se discute su importancia), el Derecho penal intervino como *prima ratio*, incluso frente a la posibilidad de protección por otras vías menos gravosas que el Derecho penal, como el propio Derecho administrativo.

1.2.2. La prevención

La segunda característica consiste en que el moderno Derecho penal convirtió la *prevención*, antes considerada como una meta secundaria del Derecho penal, en su principal finalidad⁶⁴. Es decir, el legislador actual se

⁶³ CÓRDOBA RODA, Juan. “Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima”, en *La Ley*, n. 3, 1996, p. 1333.

⁶⁴ En este sentido, HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 638.

orientaría a la consecución de objetivos preventivos.

En este sentido, SILVA SÁNCHEZ⁶⁵ ha advertido que *“el eje del sistema vuelve a ser la prevención comunicativa, eso sí, sustancialmente más alejada del momento de lesión”*.

Para alcanzar esta nueva meta, el moderno Derecho penal utiliza herramientas contundentes contrarias al sistema de garantías del Derecho penal clásico, como la agravación de las penas y ampliación de medios coactivos en la fase instructora⁶⁶. Así, como afirma HASSEMER⁶⁷, *“cada vez más el fin parece justificar los medios”*.

Es cierto que la finalidad de prevención debe inspirar el Derecho penal, pero no constituir su primordial meta. Se impone que haya un equilibrio entre la prevención general y la especial, para que tanto los intereses de la sociedad como los de la persona considerada individualmente, sean satisfechos.

Como destaca SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ⁶⁸, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, *“el cumplimiento del fin de prevención, si bien se estima condición necesaria de la legitimación del Derecho penal, no es condición suficiente. El Derecho penal, que debe asumir el fin de la reducción de la violencia social, ha de asumir, también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado”*.

Al mismo tiempo que el propósito de la pena es la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos⁶⁹

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 152.

⁶⁶ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, cit., p. 638.

⁶⁷ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, cit., p. 639.

⁶⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “La aproximación al derecho penal contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho penal”, en *La crisis del derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Atelier, 2010, p. 28-29.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 34.

(prevención general), existe también la función de apartar al que ya ha delinquirido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad⁷⁰ (prevención especial).

Por lo tanto, para lograr la armonía entre estas dos caras de la prevención, sin que haya la ruptura a favor de una de ellas, hay que considerar que *“la sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes recurriendo a la pena si ello es necesario”*⁷¹; pero, por otro lado, *“el delincuente, por su parte, tiene derecho a ser respetado como persona y a no quedar separado definitivamente de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse en la misma”*⁷².

El moderno Derecho penal rompe claramente con el equilibrio que debe existir. Sustenta la prevención general como predominante ante la especial, lo que conduce a la mitigación de garantías fundamentales del individuo, garantías que constituyen el fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho.

Como ha afirmado ALBRECHT:

*“los mecanismos formales y materiales del derecho penal están orientado, cada vez más, a la víctima, de acuerdo con el pensamiento de la eficiencia preventiva. La finalidad de la limitación preventiva del riesgo justifica todos los medios de intervención estatal, desde los medios de investigación encubiertos hasta las escuchas en viviendas. Unos de los rasgos típicos del derecho penal del riesgo es también la inclusión del que no es sospechoso en las medidas de comprobación estatales. No es el autor, sino los grupos sociales o las condiciones de vida lo que está bajo sospecha”*⁷³.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 34.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. “El ‘moderno’ derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”, cit., p. 1341.

⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. “El ‘moderno’ derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”, cit., p. 1341.

⁷³ ALBRECHT, Peter-Alexis. “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 474. También en, ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminología - uma fundamentação para o direito penal*, Rio de

Además, según ALBRECHT⁷⁴, el derecho penal de intervención orientado por la prevención se transforma en derecho penal simbólico, con gran utilización política. En este escenario, el daño al Estado de Derecho es considerable, pues la aplicación del Derecho es desigual, selectiva y lesiona el principio de culpabilidad.

Los delitos contra el medio ambiente son ejemplos de la preferencia del moderno Derecho penal por la prevención general, dado que tienen un carácter de intimidación o coacción psicológica dirigida a todos los ciudadanos, revistiéndose, de una apariencia de medida educativa⁷⁵. No son, sin embargo los únicos ejemplos, pudiendo verse esta tendencia en la regulación del terrorismo, de la violencia doméstica⁷⁶, las drogas⁷⁷ y etc.

1.2.3. La orientación a las consecuencias

La tercera y última característica, apuntada por HASSEMER, es la conversión en el Derecho penal moderno de la *orientación a las consecuencias* en una meta dominante, siendo que el Derecho penal clásico la tenía como un criterio complementario para una correcta legislación. Con este cambio, la

Janeiro. Lumen Juris, 2010, tradução ao português de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso, p. 580 y ss.

⁷⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia - uma fundamentação para o direito penal*, cit., p. 111.

⁷⁵ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. "Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente", en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 2000, traducción al castellano por IÑIGO CORROZA, Elena, PASTOR MUÑOZ, Nuria y RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, p. 529.

⁷⁶ En relación a la violencia doméstica, MUÑOZ CONDE, Francisco. "Violencia familiar y género en la ley orgánica 1/2004", en *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 17, afirma que "*en las reformas introducidas en el Código penal español a partir de 1989, el legislador pretende utilizar otras técnicas para atajar el problema anticipando la intervención Derecho penal ya en los inicios de la violencia, incluso antes de que ésta llegue a manifestarse en agresiones físicas, (...)*".

⁷⁷ En este sentido, CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil – do discurso oficial às razões de descriminalização*, Rio de Janeiro, Luam, 1996, p. 36, destaca que "*o primeiro capítulo do texto legal trata 'Da Prevenção'. De início, a lei estabelece o dever de toda pessoa, física ou jurídica, de colaborar na prevenção e repressão ao tráfico e ao uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física*".

igualdad y la retribución del delito son marginadas de la política jurídico-penal⁷⁸.

Por este principio de orientación a las consecuencias en el Derecho penal, entiende HASSEMER⁷⁹ que:

“Con ello se ha querido expresar que legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan. Orientación a las consecuencias presupone que las consecuencias de la legislación, de los Tribunales y de la ejecución de las penas son realmente conocidas y valoradas como deseadas o no deseadas. Orientación a las consecuencias puede significar en Derecho penal que el legislador, la justicia penal y la Administración penitenciaria no se satisfacen (solamente) con la persecución del injusto criminal y con su compensación mediante la expiación del delincuente, sino que persiguen la meta de mejorar al autor del delito y contener la delincuencia en su conjunto”.

Con esa exaltación de la orientación de las consecuencias por el moderno Derecho penal, el Derecho penal se resume en un instrumento de pedagogía social, con la finalidad de sensibilizar a las personas acerca de determinados temas tutelados por esa rama del Derecho⁸⁰.

Para ALBRECHT⁸¹ la orientación a las consecuencias trata de poner a la disposición, para el aplicador del derecho, sanciones y mecanismos procedimentales abiertos a las orientaciones sociales y pedagógicas. No trata de la represión del injusto practicado, también no trata de la realización de fines sistemáticamente definidos, sino que de la composición del conflicto, que se supone por de atrás del hecho punible.

Así, el Derecho penal acaba por ser considerado como una valoración y un fin en si mismo, lo que lleva a su empleo como medio para la educación.

⁷⁸ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 639.

⁷⁹ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1984, traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco y ARROYO ZAPATERO, Luis, pp. 34-35.

⁸⁰ HASSEMER, W. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 639.

⁸¹ En este sentido, ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia - uma fundamentação para o direito penal*, *cit.*, p. 586.

Es lo que ocurre con los delitos del medio ambiente:

“(…) el Derecho penal del medio ambiente se convierte así en una especie de academia popular para educar al auditorio en los cuidados que necesita la naturaleza. Para estas teorías no plantea problema alguno que el éxito de este aprendizaje deba alcanzarse, no sólo gracias a la aplicación instrumental del Derecho penal, sino también a costa de utilizar como ejemplo a aquéllos que, por regla general, sólo han cometido delitos de bagatela”⁸².

Por el contrario, el Derecho penal no debe ser utilizado solamente teniendo en cuenta la finalidad pedagógica, de educación, con el fin de la propia prevención general. Como ya se ha afirmado, por ser la rama del derecho que establece las sanciones más gravosas, debe ser la *ultima ratio*, y no la prima, y mucho menos la única. Además, por su carácter fragmentario y su subsidiariedad, deberían haber sido agotadas todas las otras formas para el alcance del fin de educación, que busca el Derecho penal del medio ambiente. Considerar que el Derecho penal está siendo utilizado sólo con la finalidad de educación es totalmente contrario al principio de protección de bienes jurídicos, además de una grave infracción del principio de intervención mínima.

Tal afrenta a este principio se da principalmente por el hecho de que hay otras vías capaces de desarrollar esta función, incluso, con más propiedad y más satisfactoriamente que el Derecho penal, en cuanto revestido del carácter de subsidiariedad, y consecuentemente de *ultima ratio* del sistema.

Las consecuencias del uso del Derecho Penal para lograr finalidades distintas de la protección de bienes jurídicos pueden ser desastrosas, ya que ésta es la rama del ordenamiento jurídico que prevé las sanciones más gravosas y, por ello, debe ser utilizado solamente en los ataques más violentos a los bienes jurídicos más relevantes.

Efectivamente, el Derecho penal es un medio de control social, es decir, cumple una función primordial en cuanto ordenamiento que protege la paz social y las condiciones sociales indispensables para el ser humano en la

⁸² MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. “Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente”, *cit.*, pp. 524-525.

convivencia en sociedad⁸³. Sin embargo, no es el único medio de control social que existe. Hay otras formas que, incluso, deben preceder al Derecho penal, así la familia, la escuela y la religión, y por supuesto, los otros métodos de control jurídicos, como el Derecho civil, administrativo o mercantil.

De ese modo, el Derecho penal es un subsistema más dentro del sistema de control social, que utiliza los mismos instrumentos que las otras formas de control social en la definición y corrección de la conducta desviada⁸⁴, como la norma, la sanción y el proceso, además de perseguir los mismos fines de aseguramiento del orden social⁸⁵.

De todo lo expuesto, es posible concluir que el Derecho penal se ha convertido más en un instrumento político de dirección social que un mecanismo de protección jurídica subsidiaria de otras ramas del ordenamiento jurídico⁸⁶.

Esto conduce a lo que HASSEMER denominó “dialéctica de lo moderno”⁸⁷, que ha transformado el Derecho penal en un instrumento de solución de los conflictos sociales que no se diferencia ni en su idoneidad ni en su peligrosidad de otros instrumentos de solución social. *“El Derecho penal se ha convertido, a pesar de la contundencia de sus instrumentos, en una softlaw, en un medio de dirección social”*⁸⁸.

⁸³ BAUMANN, J. *apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal - introducción*, *cit.*, p. 86.

⁸⁴ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, *cit.*, p. 115.

⁸⁵ DÍEZ RIPOLLES, José Luis. “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *cit.*, p. 10.

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. “El ‘moderno’ derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”, *cit.*, p. 1340.

⁸⁷ Véase HASSEMER, W. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 635.

⁸⁸ HASSEMER, W. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 639.

1.3. NOVEDADES DEL MODERNO DERECHO PENAL

Además de las características propias del moderno Derecho penal, es importante destacar algunos factores que lo distinguen del Derecho penal clásico, y que constituyen las novedades de sus planteamientos.

Inicialmente, es con relación al ámbito de actuación la primera novedad del moderno Derecho penal. Como ya se ha afirmado, el Derecho penal en los últimos años ha adoptado una política de criminalización de hechos, lo que revela su carácter expansionista. Actúa, principalmente, en las partes especiales de los Códigos penales y de las legislaciones especiales creando nuevas figuras penales o ampliando los tipos ya existentes, fundamentalmente en sectores antes no abarcados por el Derecho penal, o, si abarcados, no con tanto rigor; es el caso del medio ambiente, la economía, mercado exterior y criminalidad organizada⁸⁹.

En resumen, el Derecho penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas⁹⁰.

Además, el moderno Derecho penal utiliza instrumentos que facilitan su actuación, teniendo en cuenta el carácter arriba expuesto de criminalización de hechos. Los sectores en los que se concentra el moderno Derecho penal sólo indirectamente tienen que ver con el ciudadano a pie, con el individuo, sino que directamente se refieren a la sociedad o al Estado.

⁸⁹ HASSEMER, W. "Crisis y características del moderno derecho penal", *cit.*, p. 640. En este mismo sentido, ALBERTO DONNA, EDGARDO. "El derecho penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia", en *problemas actuales del derecho penal y de la criminología – estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 71, advierte que. "No hay código en los países conocidos que en los últimos años no haya aumentado el catálogo de delitos, con nuevos tipos penales, nuevas leyes especiales, y una fuerte agravación de las penas."

⁹⁰ HASSEMER, W. "Crisis y características del moderno derecho penal", *cit.*, p.640.

De este modo, la protección de bienes jurídicos en el moderno Derecho penal es una protección institucional de lo que se deriva que los bienes jurídicos que se propone proteger son universales y no individuales, formulándose, además, de manera vaga y a grandes rasgos (por ejemplo, medio ambiente y salud pública) contrariando la tendencia del Derecho penal clásico⁹¹, que se ocupaba directamente de la protección de bienes jurídicos individuales que configuraba del modo más concreto y preciso posible.

Y, para que sea llevada a efecto esta tutela a bienes jurídicos institucionales o universales, es necesaria la utilización por el legislador de los delitos de peligro abstracto⁹² y de normas penales en blanco⁹³.

Así, HEFENDEHL⁹⁴, afirma que *“la mayoría de los tipos delictivos creados recientemente por el legislador penal responden a la figura de los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos”*.

De la misma manera, MENDOZA BUERGO⁹⁵, siguiendo a otros doctrinadores, ha afirmado que *“la profusión de la utilización de los delitos de peligro abstracto ha llevado a calificar este modelo de tipificación como ‘tipo estándar’ de las tendencias de reforma penal moderna”*. Para QUINTERO

⁹¹ HASSEMER, W. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p.640.

⁹² Según MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, *cit.*, p. 78: “resulta manifiesto que uno de los rasgos que más claramente caracteriza este Derecho penal moderno es la creciente utilización en la mayoría de las reformas penales de la técnica de los tipos de peligro abstracto, (...)”.

⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. “El ‘moderno’ derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”, *cit.*, p. 1340.

⁹⁴ HEFENDEHL, Roland. “¿debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 07-14, p. 2. En el mismo sentido, PARIONA ARANA, Raúl. “El derecho penal ‘moderno’. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales.”, en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3308888.pdf, consultado en 12/98/2014, p. 163, afirma que: *“Los tipos del Derecho penal ‘moderno’ orientados a la prevención de riesgos graves son pues los delitos de peligro abstracto. Con vistas a la protección de bienes jurídicos suprapersonales que en el marco del derecho penal ‘moderno’ están en primer plano, se tiene que recurrir a los delitos de peligro abstracto”*.

⁹⁵ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Editorial Comares, 2001, p. 2.

OLIVARES⁹⁶ “los delitos de peligro son fruto de una necesidad de nuestro tiempo”.

FARIA COSTA⁹⁷, también destacando la grande utilización de esta técnica de tipificación, llega a hablar de una verdadera “*explosão que o perigo teve, desde há muitos anos, no mundo do direito penal*”.

En relación a las leyes penales en blanco, QUINTERO OLIVARES⁹⁸, al comentar algunos aspectos del Código Penal de 1995, ha destacado que “*un importante número de infracciones han tenido que ser configuradas como leyes penales en blanco*”. Esto porque, para la composición de delitos relacionados a bienes jurídicos difusos, propios del Moderno Derecho penal, es utilizado frecuentemente la técnica de la ley penal en blanco.

En estos casos de protección de bienes jurídicos universales por el Derecho penal es prácticamente imposible la constatación de la existencia del daño, y es ésta la razón por la cuál se recurre a la utilización de la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto.

En este sentido señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ⁹⁹:

“(…), la mayoría de los nuevos delitos de peligro abstracto son figuras orientadas a la tutela de bienes jurídicos de carácter supraindividual – colectivos o universales –, como la salud o la seguridad públicas, fenómeno que se sitúa también en el contexto de la denominada ‘sociedad de riesgo’. Precisamente el carácter difuso e impreciso del objeto de tutela y la consecuente dificultad de comprobar la lesión o el peligro en estos bienes jurídicos de difícil aprehensión contribuye decididamente a la construcción de figuras de peligro abstracto”.

⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo”, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 241.

⁹⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 348.

⁹⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el derecho penal – reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, Ed. Civitas, 2004, p. 81.

⁹⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico – Universidad de Valladolid, 1999, p. 38.

Resulta relativamente fácil entender la razón del legislador para el recurso a esta forma de tipificación; los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del Derecho penal, pues, al prescindir de la lesión o perjuicio, se prescinde también de la necesidad de demostrar la causalidad. Sería suficiente comprobar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado¹⁰⁰.

De este modo, el empleo de delitos de peligro abstracto para la defensa de bienes jurídicos universales, vagamente definidos, provoca que la determinación de injusto en la ley penal se diluye, aumentando y flexibilizando sus potencialidades de aplicación, pero, por el contrario, disminuyendo las posibilidades de defensa y de crítica ante los excesos del legislador¹⁰¹.

En esta línea afirma CUERDA RIEZU¹⁰² que, al vivir en la sociedad de riesgo:

si la pena se impone cuando ese peligro ya se ha verificado en la lesión de un bien jurídico, la consecuencia llega demasiado tarde; para conseguir los mayores efectos preventivos, es preciso situar la amenaza penal en un momento anterior, es decir, cuando se crea ese peligro. Puesto que mayoritariamente se considera que la tentativa del delito imprudente es impune, la única salida del legislador es tipificar de forma autónoma delitos de peligro.

De acuerdo con SILVA SÁNCHEZ¹⁰³, *“la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo ‘delito de lesión de bienes individuales’ al modelo ‘delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales’”*.

¹⁰⁰ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, pp. 640-641.

¹⁰¹ HASSEMER, Winfried. “Perspectivas del derecho penal futuro”, en *RP*, Huelva, 1997, p. 37.

¹⁰² CUERDA RIEZU, Antonio. “Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”, en *Estudio sobre consumo*, n. 35, 1995, p. 72.

¹⁰³ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *cit.*, p. 132.

Y, como advierte VORMBAUM¹⁰⁴, esta transición del delito de lesión de bienes jurídicos individuales para los delitos de peligro para bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, *“es expresión de una orientación hacia la protección ‘de contextos cada vez más genéricos’ y de una transformación ‘hacia un Derecho de gestión punitiva de riesgos generales’, y con ello a una equiparación con el Derecho administrativo”*.

En este contexto, destacando la activa actuación del Derecho penal en sectores como el medio ambiente (bien jurídico universal), la utilización de delitos de peligro abstracto para la tutela de ese bien jurídico es inevitable. A través de esa técnica legislativa, se pune a personas por una conducta que no sólo no ha lesionado, sino que tampoco ha puesto a nadie ni nada en peligro concreto. Así, no existe la sanción de conductas concretas lesivas, sino construcciones de relaciones de peligro entre conductas abstractamente peligrosas y fuentes sociales de peligro¹⁰⁵.

Efectivamente, los bienes jurídicos universales y los delitos de peligro abstracto plantean, todavía, un problema coloquial: operar en los sectores citados con el instrumental referido, puede significar, a largo plazo, que se pierda toda evidencia y sensibilidad respecto a los actos delictivos en ellos implicados. Muchos de estos delitos característicos del moderno Derecho penal son delitos sin víctimas o, por lo menos, con víctimas difusas en los que no se exige un daño.

Por ejemplo, estos casos de peligro abstracto para un bien jurídico-penal colectivo, como el medio ambiente, sólo existiría, de hecho, si hubiera la acumulación, es decir, la reiteración y generalización de conductas. Por lo tanto, la conducta aislada no debería ser sancionada por el Derecho penal,

¹⁰⁴ VORMBAUM, Thomas. “Recensión”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 222.

¹⁰⁵ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. “Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente”, cit., p. 511.

dado que resulta insignificante con relación al bien jurídico tutelado.¹⁰⁶

Es una afirmación errónea la de que todas las contaminaciones ilegales del medio ambiente son corresponsables de la catástrofe global. Teniendo en cuenta la amplitud del bien jurídico medio ambiente, la mayoría de los ataques aislados, seguramente, son, irrisorios con relación a la extensión de lo que se protege. También, es importante resaltar que, muchas veces, las contaminaciones “legales”, o sea, autorizadas, pueden ser mucho más destructivas respecto al bien jurídico medio ambiente que los pequeños ataques aislados.

La consecuencia de la utilización de la vía de criminalizar el peligro abstracto es que se da una ampliación considerable en el ámbito de aplicación del Derecho penal, es decir, como el resultado lesivo no es necesario, la demostración de la causalidad tampoco lo es, siendo suficiente la prueba de la realización de la acción incriminada¹⁰⁷.

Como advierte MENDONZA BUERGO¹⁰⁸, los delitos de peligro abstracto, tal y como han sido interpretados y aplicados, *“llegan a reprimir hechos carentes de peligrosidad, en la medida que se entiende que el comportamiento coincidente con la descripción típica debe ser considerado igualmente típico, aunque en atención a las circunstancias del caso sea inidóneo para producir un menoscabo en el bien jurídico tutelado por la norma penal”*.

Por lo tanto, la utilización de estos instrumentos significa un

¹⁰⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 156. También en este sentido, COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*, São Paulo, Saraiva, 2010, aclara que “os crimes de perigo abstrato, estrutura típica que tem sido largamente utilizada na esfera ambiental, apresentam dificuldades de legitimação e ausência de limites materiais sólidos”.

¹⁰⁷ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, cit., p. 640.

¹⁰⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit., pp. 4-5.

empobrecimiento de los presupuestos de punibilidad, o sea, la punibilidad está condicionada únicamente a la prueba de una conducta presunta y potencialmente peligrosa, no siendo necesaria una víctima visible, un daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño¹⁰⁹. Eso lleva a una realidad muy peligrosa: la reducción de los presupuestos del castigo acarrea la disminución también de las posibilidades de defensa.

En la misma línea, podemos señalar una cierta tendencia a la desformalización, es decir, el debilitamiento del estricto principio de legalidad de los delitos y de las penas, por la utilización frecuente de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales que otorgan al juez la decisión sobre lo que debe o no ser delito¹¹⁰, reduciendo, así, los criterios legales que vinculan la interpretación judicial.

Nuevamente, se muestra pertinente el ejemplo de los delitos del medio ambiente, en los cuales la proliferación en este sector de conceptos jurídicos indeterminados es significativa. Conceptos como “composición natural del aire” o “los elementos de reservas naturales de especial importancia” son una constante en los preceptos legales¹¹¹. Sin embargo, si se propuso tutelar bienes jurídicos colectivos, como el medio ambiente, la utilización de esos conceptos carentes de determinación es una realidad que no se puede evitar. Es lo que concluye MÜLLER-TUCKFELD¹¹²: *“el problema en sí tiene una difícil solución. Si se quiere mantener la protección penal del medio ambiente, la dogmática no tiene otro remedio que decidir (...) entre los conceptos jurídicos*

¹⁰⁹ HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico” en *DP – teoría y práctica en las ciencias penales*, n. 46/47, Buenos Aires, abril-septiembre 1989, traducción al castellano de ZIFFER, Patricia S, p. 277.

¹¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. “El ‘moderno’ derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”, *cit.*, p. 1339. En el mismo sentido, ALBRECHT, Peter-Alexis. “El derecho penal en la intervención de la política populista”, *cit.*, p. 483, al tratar de la desformalización del derecho penal material, afirma que *“Asistimos (...) a una tendencia hacia una intervención penal simplificada con ayuda de las cláusulas generales y de los elementos indeterminados de los tipos”*.

¹¹¹ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. “Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente”, *cit.*, p. 514.

¹¹² MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. “Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente”, *cit.*, p. 514.

indeterminados, por un lado, y la total y estricta sujeción a preceptos de Derecho administrativo, por otro”.

Además, este moderno Derecho penal utiliza, cada vez más, las llamadas leyes penales en blanco, pues, son necesarias en las materias que imponen, por su propia naturaleza, unas exigencias particulares para ser reguladas¹¹³.

Ocurre que, el empleo de las leyes penales en blanco en determinadas materias, atiende a la razón técnica, de evitar el rápido estancamiento, paralización de la ley penal, pues estas materias se ven sometidas, debido a la evolución social y económica, a rápidos y bruscos cambios¹¹⁴. Esta característica presente en determinadas actividades peligrosas para sanidad de un país, su orden económico, el medio ambiente, etc., hace con que sea casi imprescindible la remisión a otras leyes o reglamentos para la complementación del supuesto de hecho, porque, de lo contrario, la norma penal habría que estar siendo reformada continuamente para evitar su deterioro legislativo¹¹⁵.

Por esta razón, entiende SILVA SÁNCHEZ que *“el recurso a la legislación penal ‘en blanco’ sea especialmente intenso en el ámbito del Derecho penal socio-económico, en el que la materia objeto de regulación, por su propia naturaleza, es significativamente más variable que el núcleo tradicional del Derecho penal”*¹¹⁶.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes en blanco’”, en *Estudios penales y criminológicos*, XVI, 1993, p. 431.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 30.

¹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes en blanco’”, *cit.*, p. 431.

De la misma manera, conforme advierte CORCOY BIDASOLO¹¹⁷, el “Derecho penal accesorio”¹¹⁸, que tiene como referente los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, recurre a la técnica de la ley penal en blanco.

Además, estas materias precisan un marco típico flexible, que admita la adaptación a los diversos casos que han de ser previstos, posibilitando indicar a todos ellos, evitando, con todo, cualquier referencia concreta a ninguno. Las leyes penales en blanco proporcionan este marco a través de la inclusión de remisiones en sus enunciados, patrocinando la estructura flexible que estas materias necesitan¹¹⁹.

Es incontestable que las leyes penales en blanco, con remisión a disposiciones administrativas de rango jerárquico inferior al de las normas penales, están cada vez más presentes en las legislaciones modernas y por ello requieren un análisis detallado de sus principales fundamentos y características, así como de su propia legitimidad frente a los preceptos penales ya consagrados en el Estado Social y Democrático de Derecho.

También forman parte de las novedades del moderno Derecho penal cambios en las funciones del Derecho penal, resultantes del cambio en sus ámbitos y instrumentos.

En primer lugar, el Derecho penal moderno pierde el carácter fragmentario propio del núcleo básico del Derecho penal clásico, es decir, no es más un instrumento de reacción frente a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes, sino que se transforma en un instrumento de

¹¹⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en *Política criminal y reforma penal*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IBdeF, 2007, p. 35.

¹¹⁸ Según CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, *cit.*, p. 34: “el concepto de ‘Derecho penal accesorio’ puede utilizar-se para aludir a los delitos que, con independencia de que se ubiquen en el Código o en leyes especiales, van referidos a un sector de actividad en el que generalmente ya existe una previa actividad de control por parte de las autoridades administrativas.”

¹¹⁹ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 107.

política de seguridad, que lo aproxima a las funciones del Derecho civil o administrativo.

Otra vez, por lo tanto, el principio de intervención mínima es mitigado: tanto su carácter fragmentario, como su subsidiariedad son afectados, porque deja de ser la *ultima ratio* del sistema para transformarse en *prima*, o quizá, *unica ratio*, siempre que parezca rentable políticamente¹²⁰. Cambio que coincide con la pretensión de hacer del Derecho penal un instrumento de transformación y que se desarrolla, en un contexto de lucha total contra la criminalidad, en un clima favorable a la utilización del Derecho penal como instrumento eficaz para afrontar los modernos y graves problemas que amenazan la sociedad¹²¹.

Todos estos cambios desembocan en graves problemas. El principal de ellos son los llamados “déficits de realización”, es decir, algunas leyes del moderno Derecho penal no son aplicadas como deberían y, muchas veces, cuando son correctamente aplicadas acaban generando resultados injustos o arbitrarios.

La consecuencia de esto es el riesgo de que el Derecho penal se quede reducido a una función puramente simbólica, dejando de lado sus verdaderas funciones¹²². En verdad, estos efectos simbólicos de la intervención estatal sólo son admisibles en cuanto efectos secundarios, y no como los principales. Estos efectos figurados están “*conectados al fin o a la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones, o cuando más, representaciones mentales*”¹²³ y, así, no deben prevalecer sobre la función de protección de bienes jurídicos.

¹²⁰ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 641.

¹²¹ HASSEMER, Winfried. “Perspectivas del derecho penal futuro”, *cit.*, p. 38

¹²² HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 642.

¹²³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *AP*, n. 1, 2001, p. 4.

Ahora bien, no hay dudas de que el Derecho penal en los últimos años sufrió los cambios expuestos, con las características y novedades aquí destacadas, configurándose en el llamado “moderno” Derecho penal y que, esta transformación, es de fundamental importancia para el estudio de las leyes penales en blanco.

Es que, en este escenario del moderno Derecho penal, los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos ocupan un relevante papel. La sociedad del riesgo, juntamente con la globalización, trae la exigencia de la tutela penal de estos nuevos bienes de naturaleza no individual, superiores al individuo estrictamente considerado, por cuanto la dimensión individual queda relegada frente a la dimensión colectiva de los conflictos sociales.

La dificultad surge en el momento de proceder a la protección de estos bienes que, muchas veces, presentan contornos inciertos, de difícil delimitación y concreción, lo que imposibilita la protección por medio de delitos de lesión característicos del Derecho penal clásico, por cuanto al no poderse determinar el contenido de los mismos, difícilmente se podrá delimitar cuándo puedan resultar lesionados; efectivamente, si no podemos concretar qué puede lesionarse, obviamente no se podrá determinar cómo y cuándo puede lesionarse.

Ahora bien, al margen de lo dicho, resulta innegable, por evidente, que el Derecho penal en la actualidad está protegiendo este tipo de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual; por ello, a fin de determinar la legitimidad de su utilización en el ámbito penal, se hace necesario analizar su concepto y contenido, pero no sin antes presentar la evolución del concepto de bien jurídico que posibilitó la obtención de un concepto capaz de respetar y configurar la limitación del *ius puniendi* del Estado, desde el respeto a los principios y garantías básicas de un Estado de Derecho.

De este modo, desde el estudio histórico del concepto de bien jurídico, podremos determinar cuáles deban ser los aspectos y características que el

mismo debe presentar como límite al poder punitivo del Estado, y, una vez determinado esto, analizar si los bienes jurídicos supraindividuales, tal y como están configurados en la actualidad, legitiman la utilización, cada vez más amplia, de las llamadas leyes penales en blanco.

2. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS EN EL MODERNO DERECHO PENAL

De lo expuesto hasta ahora, es posible observar la gran importancia de los cambios ocurridos en el Derecho penal, fundamentalmente, la ampliación de los ámbitos objeto de intervención penal, los cuales hacen surgir o intensifican algunos instrumentos específicos para la efectiva protección de estos “nuevos” objetos.

Estos nuevos ámbitos, como ya hicimos referencias, son los bienes jurídicos institucionales o universales¹²⁴, que requieren necesariamente para su protección la utilización por el legislador, de entre otros instrumentos, de las leyes penales en blanco¹²⁵.

La mayor parte de la doctrina está de acuerdo con la necesidad del empleo de las leyes penales en blanco en ciertos casos, fundamentalmente, en las materias que imponen por su naturaleza unas exigencias particulares para ser reguladas¹²⁶.

Ocurre que, el empleo de las leyes penales en blanco en determinadas materias, atiende a la razón técnica, de evitar el rápido estancamiento,

¹²⁴ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”. *Actualidad Penal*, n. 43, 1993, traducción al español de MUÑOZ CONDE, Francisco, p. 640.

¹²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. “El ‘moderno’ derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias”, *cit.*, p. 1340.

¹²⁶ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 107.

paralización de la ley penal, pues estas materias se ven sometidas, debido a la evolución social y económica, a rápidos y bruscos cambios¹²⁷.

Esta característica presente en determinadas actividades peligrosas para sanidad de un país, su orden económico, el medio ambiente, etc., hace con que sea casi imprescindible la remisión a otras leyes o reglamentos para la complementación del supuesto de hecho, porque, de lo contrario, la norma penal habría que estar siendo reformada continuamente para evitar su deterioro legislativo¹²⁸.

Por esta razón, entiende SILVA SÁNCHEZ que *“el recurso a la legislación penal ‘en blanco’ sea especialmente intenso en el ámbito del Derecho penal socio-económico, en el que la materia objeto de regulación, por su propia naturaleza, es significativamente más variable que el núcleo tradicional del Derecho penal”*¹²⁹.

De este modo, no hay duda que el gran incremento en la utilización de las leyes penales en blanco está íntimamente relacionada con el objeto de protección de la norma penal, pues para la composición de delitos relacionados a bienes jurídicos colectivos o supraindividuales es utilizado frecuentemente la técnica de la ley penal en blanco.

De ahí que, es imprescindible para el desarrollo del presente trabajo delimitar el ámbito de protección del Derecho penal, en los términos propuestos al final del apartado anterior.

¹²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes en blanco’”, *cit.*, p. 431.

¹²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, *cit.*, p. 25.

¹²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes en blanco’”, *cit.*, p. 431.

2.1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO MATERIAL DE BIEN JURÍDICO EN EL MODERNO DERECHO PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.

La finalidad del Derecho penal no es la de indicar a los ciudadanos, conforme a un orden ético determinado, cómo han de dirigir su conducta; es decir, el Estado no tiene la función de ser el “padre” de cada uno de los miembros que componen la sociedad, sino sólo garantizar la seguridad para que los ciudadanos puedan desarrollarse individual y socialmente según su propia libertad y responsabilidad¹³⁰; así pues, el Derecho penal no se dirige a proteger valores trascendentales de la sociedad, sino a garantizar las condiciones mínimas de coexistencia de los individuos en la sociedad, que se configuran como bienes jurídicos a proteger por la norma penal¹³¹.

En consecuencia, la principal función del Derecho penal sería la protección de bienes jurídicos, para lo cual eleva a la categoría de delito, por medio de la tipificación legal, aquellos comportamientos que, en aplicación del principio de intervención mínima, más gravemente los lesionan o ponen en peligro. Es decir, el poder punitivo del Estado está encaminado a la protección de unos determinados “bienes”, “valores” o “intereses”¹³².

¹³⁰ CUELLO, Joaquín. “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en derecho penal”, en *ADPCP*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, tomo XXXV, fascículo I, 1981, pp. 461 y ss

¹³¹ Así, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 46, manifiesta que: (...) la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales, utilizando la expresión de “presupuesto de la autorrealización del individuo” para definir el bien jurídico.

¹³² La doctrina ha utilizado diversas concepciones a la hora de referirse al objeto de protección por parte del Derecho penal. Así MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pp. 48, se refiere a los bienes jurídicos definiéndolos como “aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social”; TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de las necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”, en *RFDUC*, n. 63, 1981, pp. 131 y ss., acude al concepto de “interés”, afirmando que se trata de “un producto social, histórico y de una manifestación de la diversidad de situaciones objetivas en el seno de una colectividad”; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal - parte general*, Vol. I, traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1982, pp. 350-354, admite como bien jurídico al “valor” ideal del orden social encaminado a asegurar y garantizar

En palabras de HASSEMER¹³³, *“en la tradición penal este fin no es otro (“finalidad admitida”), según creo, que la protección de un bien jurídico por el Derecho penal frente a lesiones o puestas en peligro”*. Además, este autor, defensor de la teoría del bien jurídico, advierte que *“una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo”*¹³⁴.

Así MUÑOZ CONDE¹³⁵ defiende las ventajas de adoptar el bien jurídico como función y misión del Derecho penal, afirmando que con eso *“se pone en estrecho contacto la determinación de la misión del Derecho penal con el criterio de la Justicia que utiliza la Política criminal a la hora de determinar qué es lo que merece una pena”*, y aporta razones más claras y notorias por las que se penaliza un comportamiento al ofrecer *“un sustrato empírico al que estén vinculados el legislador penal y los deberes de actuación que la ley formula”*, lo cual convierte *“en plausibles, más claras y justas, las decisiones del legislador respecto al ámbito y técnica de protección”*.

Por otro lado, se constituye en una importante referencia a la hora de establecer parámetros de protección jurídica en la medida que permite identificar con precisión las hipótesis de peligro o de lesión, la forma e intensidad de ataque a ellos dirigido, así como el ámbito de protección necesaria¹³⁶.

la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la colectividad, pero que no puede ser cualquiera ni tampoco los mismos en todas las épocas.

¹³³ HASSEMER, Winfried. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 99.

¹³⁴ HASSEMER, Winfried. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, *cit.*, p. 103.

¹³⁵ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal, cit.*, pp. 103-104.

¹³⁶ En este sentido se manifiesta WOLTER, Jüger. “Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho penal”, en *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal - libro Homenaje a Claus Roxin*, SILVA

No obstante, es necesario admitir que la determinación de los bienes jurídicos a proteger está condicionada históricamente, dependiendo estos valores no sólo de las necesidades sociales concretas, sino también de las concepciones tanto morales como políticas dominantes en la sociedad¹³⁷.

Consecuentemente, en relación con su naturaleza jurídica, no parece cuestionable el carácter social del bien jurídico, pues no es un bien del Derecho que crea el legislador, sino un “bien de los hombres” reconocido y protegido por el Derecho; el legislador no lo inventa, sino que se lo encuentra en la realidad social dentro de cada momento histórico. De este modo, la cualidad de bien jurídico no es algo que la Ley crea y sino algo preexistente a ella.

Ahora bien, a pesar de estas consideraciones hay que señalar que, en virtud del principio de intervención mínima, se espera que el legislador sólo recurra al Derecho penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y que tipifique aquellos comportamientos realmente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos. De este modo, al Derecho penal hay que concebirlo como un mal que sólo debe ser utilizado cuando sea absolutamente necesario, y es precisamente para determinar y establecer el momento en el que se “hace necesaria” esta intervención cuando entra en juego el concepto de bien jurídico; es decir, la intervención del Derecho penal será necesaria cuando así lo exija la protección de bienes jurídicos.

SANCHEZ/SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (Coord.), Barcelona 1995, págs. 51-52, al afirmar que la tarea principal del Derecho penal y del sistema del Derecho penal consiste en proporcionar una concordancia práctica y en armonizar- “bajo” la garantía de la dignidad humana- la protección de los bienes jurídicos de la víctima del hecho, incluida la comunidad, y la protección de los derechos fundamentales del autor...”, lo que evidentemente “evoca las dificultades que presenta el trabajo con el frecuentemente arbitrario principio de proporcionalidad. Existen, sin embargo, una serie de criterios que pueden contribuir a la determinación de la *adecuación* en este amplio ámbito de protección, según su respectivo apoyo de *idoneidad* y *necesidad*: el rango de los bienes jurídicos- dotados con los diversos límites que imponen los derechos fundamentales-; el modo y la intensidad de su posible menoscabo –con la insignificancia como límite inferior-; la cualidad del hecho punible como tentativa, puesta en peligro concreta o lesión; el dolo o la imprudencia; la preferencia de medios estatales....”

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., 2015, p. 47. También, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *ADPCP*, tomo XLIII, 1990, pp. 11y ss.

Es evidente que este planteamiento no da respuesta satisfactoria y suficiente al problema de la intervención del Derecho penal, dado que no todo bien jurídico requiere una tutela penal, es decir, no todo bien jurídico es bien jurídico penal, y habría que acudir a otra serie de criterios limitadores como puede ser la lesión de los intereses de los individuos que forman una determinada sociedad, para poder obtener una determinación de los mismos¹³⁸.

Sin embargo, el reconocimiento al Derecho penal de la función protectora de los bienes jurídicos, puede legitimar una política criminal marcadamente represiva si sólo se pone el acento en esta. Así, para evitar esta situación hay que acudir a otra serie de principios para limitar el *ius puniendi* del Estado, como el carácter de *ultima ratio*, la dañosidad social, humanidad, dignidad, etc. Caso estos límites no sean observados, la Ley sólo sería un instrumento criminalizador de determinadas conductas que el Estado considera lesivas para intereses y valores que él mismo crea, sin considerar la importancia que puedan revestir para el resto de la sociedad¹³⁹.

Consecuente con todo ello, es evidente que el bien jurídico representa principalmente dos papeles: como espacio delimitado de protección y como freno a la política criminal; y, en este punto, es necesario formular un concepto de bien jurídico que, desde el respecto de los principios informadores del

¹³⁸ En este sentido, MIR PUIG, "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*", en *EPC*, tomo XIV, 1989-1990, pp. 203 y ss., afirma que para que un bien jurídico sea un bien jurídico penal es necesario que reúna dos condiciones: 1- suficiente importancia social, y 2- necesidad de protección por el Derecho penal. Por lo que respecta a la primera de estas condiciones, lo que propone este autor es convertir en criterio básico el que estos bienes jurídicos puedan considerarse "fundamentales para la vida social". Para ello se puede acudir, en primer lugar, a un criterio constitucional, es decir, serán bienes jurídicos fundamentales aquellos que ostentan reconocimiento constitucional. Sin embargo, el problema no resolverse únicamente desde ese punto de vista, sino que habría que entrar en la consideración del grado de afectación de dicho bien respecto de cada individuo, dependiendo por tanto su estimación de la concreta entidad de dicho bien afectado. Respecto de la segunda condición establecida "necesidad de protección por el Derecho penal" señalar que se entroncaría directamente con el principio de intervención mínima. Así, no se cumpliría esta condición si la lesión del bien jurídico pudiese ser tutelada con otros medios de defensa como pueden ser la intervención administrativa y la civil.

¹³⁹ HASSEMER, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal de bien jurídico", *cit.*, pp. 277-278.

ordenamiento jurídico penal, sea válido para cumplir los dos papeles.

A la hora de enfrentarnos a la delimitación del bien jurídico es necesario señalar que aunque, como veremos, son muchas las concepciones que se han mantenido sobre el mismo, sin embargo, todas ellas se pueden clasificar en dos grandes bloques: 1.- aquellas tendencias que encuentran su fundamento *más allá* del Derecho penal (*transcendentalistas*), configuradas como de corte iusnaturalista o político criminal, en las que el bien jurídico se puede encontrar en el Derecho natural o en la naturaleza de las cosas, o incluso en la vida social o cultural; y, 2.- aquellas que sitúan el bien jurídico *dentro* del sistema jurídico, en la norma (*inmanentistas*), es decir, el bien jurídico no tiene existencia propia antes de la norma y nace con ella¹⁴⁰.

En la primera mitad del siglo XIX se entendía que el Derecho penal defendía derechos, y, consecuentemente, el delito era la “lesión de un derecho”. FEUERBACH, a partir de su Tratado publicado en 1801¹⁴¹, razonaba que el elemento penal sólo debería proteger derechos subjetivos.

Estos derechos protegidos tenían como titulares tanto a las personas, como al Estado, dado que FEUERBACH¹⁴² afirmaba, “*puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral)*”.

La tesis de FEUERBACH, de la consideración material del delito como una lesión de un derecho, en términos generales, expresa la aplicación de la teoría del contrato social en el Derecho penal, es decir, los hombres frente a la inseguridad que supone vivir aislados, optan por organizarse en sociedad y

¹⁴⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho penal español - parte general*, cit., p. 110.

¹⁴¹ Por todos véase, FERNÁNDEZ, Gonzalo de. *Bien jurídico y sistemas del delito*, Buenos Aires, Ed. IBdeF, 2004, p. 11.

¹⁴² FEUERBACH, Paul A. R. Von. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, traducción al castellano, de la 14 edición alemana, de ZAFFARONI, Eugenio Raúl y HAGEMEIERS, Irma, p. 64.

confiar al Estado la conservación del nuevo orden creado¹⁴³. A partir de ahí, la conminación penal del Estado sólo estaría legitimada respecto de conductas que fueran dañosas socialmente. Es decir, del contrato social surgía un derecho a ser respetado y un deber de respetar, en virtud de los cuales el delito era una lesión de esos derechos/deberes que, en síntesis constituían la libertad como derecho fundamental contenido en el contrato social¹⁴⁴.

Su tesis representó una respuesta a la ideología teológica del absolutismo, que entendía el delito como una agresión a Dios, dado que pasó a exigir para la comisión del delito una agresión a las condiciones de vida en sociedad, lo que demuestra la impregnación de la ideología de la libertad del Iluminismo en sus planteamientos¹⁴⁵. Ello significó, en la época, una considerable limitación del *ius puniendi* estatal.

Sin embargo, fue en 1834 la primera vez que hubo referencia en la literatura penal al bien jurídico y tal alusión se atribuye a BIRNBAUM, que marcó la distinción entre la lesión del derecho y la lesión del bien. El concepto de bien jurídico establecido para determinar el objeto jurídico de protección de la ley penal nació como necesidad de superar la tesis de FEUERBACH, dado que su planteamiento aparecía como una generalización abstracta y excesiva, no satisfaciendo el nuevo contexto sociopolítico y el tiempo histórico que exigían una intervención penal más intensa¹⁴⁶.

Además, como señala BUSTOS RAMIREZ¹⁴⁷ con la teoría de FEUERBACH “*todo se agotaba en lo jurídico, no había nada más que eso (todo*

¹⁴³ Así, FEUERBACH, Paul A. R. Von. *Tratado de derecho penal, cit.*, p. 64, afirma que: “*El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales comete un crimen*”.

¹⁴⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho penal español - parte general, cit.*, p. 100.

¹⁴⁵ En este sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, Barcelona, Ed. PPU, 1991, pp. 13-14.

¹⁴⁶ Véase BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Buenos Aires, Euros Editores, 2010, traducción al castellano de José Luis Guzmán Dalbora, p. 35 y ss.

¹⁴⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho penal español - parte general, cit.*, p. 101.

surgía del acto formal del contrato), con lo cual si el Estado era el derecho (el contrato) no había otra posibilidad de limitarlo que su propia voluntad (expresada en el contrato)”.

Para BIRNBAUM el objeto del ilícito corresponde a la lesión de un bien y no del derecho. De este modo, rechaza la tesis de que el delito es la lesión de un derecho, pues el derecho no puede ser disminuido ni sustraído, sino que eso sólo puede suceder con lo que es objeto de un derecho, esto es, *“si se quiere considerar el delito como lesión, este concepto tiene que referirse naturalmente a la lesión de un bien, no a la de un derecho”*¹⁴⁸. Estos bienes estarían situados en la esfera prejurídica de la razón o de la naturaleza de las cosas, no son bienes creados por el derecho, sino que preexisten a él, caracterizando un desvío metodológico hacia el iusnaturalismo, y situando los bienes jurídicos más allá del Derecho y del Estado, de forma que éste no los puede crear.¹⁴⁹

En este sentido, enseña STRATENWERTH¹⁵⁰ que *“el concepto de ‘bien’ fue introducido en la discusión jurídico-penal por Birbaum en 1834, con la expresa finalidad de lograr un definición ‘natural’ de delito, independiente del derecho positivo”.*

Así, BIRNBAUM define el concepto de delito como *“toda lesión o puesta en peligro, imputable a la voluntad humana, de bien que el poder público ha de garantizar parejamente a cada cual, siempre que no quepa*

¹⁴⁸ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito, cit.*, p. 57.

¹⁴⁹ Así, BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito, cit.*, p. 58, afirma que: *“(…) forma parte de la esencia del poder del Estado garantizar parejamente el disfrute de ciertos bienes a todos los hombres que viven en él, bienes dados a éstos por la naturaleza o que son el resultado de su desarrollo social y de la asociación civil.”*

¹⁵⁰ STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – parte general I – el hecho punible*, 4 edición, 1 reimpresión, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008, traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, p. 65. Así, también, AMELUNG, Knut. “El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 233.

conseguir una garantía general sino a través de la conminación de una pena determinada y la ejecución de la amenaza legal contra cualquier infractor".¹⁵¹

Sin embargo, aunque los planteamientos de este autor hayan significado un gran avance científico, no logró precisar el contenido del bien jurídico, dejando esta tarea dependiente de una decisión política, lo que inutilizaba la función del bien jurídico de limitación del *ius puniendi*¹⁵².

Es decir, en su planteamiento BIRNBAUM establecía que el poder estatal tenía una limitación distinta y superior a la mera infracción de los derechos ajenos (individuales o colectivos), siendo necesario que determinados bienes resulten afectados para que el Derecho penal pudiera intervenir; pero, no logró concretar cuál era el contenido de este objeto de protección. Y ello provocó en la doctrina la necesidad de otorgar un concepto de esos bienes susceptibles de ser protegidos por el Derecho penal a fin de delimitar adecuadamente el *ius puniendi*.

En esta línea, BINDING sustentó un concepto formal de bien jurídico, o sea, desde una perspectiva jurídico-positiva, acrítica y exenta de enfoques valorativos, el bien jurídico es una creación exclusiva del legislador, dado que éste junto con la creación de la norma, crea al bien jurídico¹⁵³.

Como subraya AMELUNG¹⁵⁴, fue BINDING "*quien de forma expresa vinculó el bien jurídico a la valoración del legislador*".

La teoría de BINDING se fundamenta en el poder del Estado y el deber

¹⁵¹ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, cit., pp. 59-60.

¹⁵² AMELUNG *apud* FERNÁNDEZ, Gonzalo de. *Bien jurídico y sistemas del delito*, cit., p. 16.

¹⁵³ En este sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, cit., p. 42, afirma que: "para BINDING, el bien jurídico no es algo natural que vaya más allá del derecho, simplemente es una creación del legislador".

¹⁵⁴ AMELUNG, Knut. "El concepto 'bien jurídico' en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", cit., p. 233.

de obediencia de los ciudadanos, así que, “*toda norma encierra en sí un bien jurídico y que toda desobediencia a la norma constituye una lesión al bien jurídico que ella contiene*”¹⁵⁵. Por consiguiente, el Derecho penal estaría compuesto por normas consistentes en imperativos que son deducibles de la ley penal y anteriores a ella. De este modo, como destaca FERNÁNDEZ, “*el delito importa una contravención de esa norma imperativa que fundamenta deberes de actuar y de omitir y también configura la lesión del derecho subjetivo del Estado de mandar*”¹⁵⁶.

De este modo, si se entiende, tal como hace BINDING, el delito como infracción culpable de una norma, estando esta infracción amenazada con una pena entonces el bien jurídico quedaba establecido, no reconocido, dentro del contenido de una norma jurídica: el bien jurídico es un estado valorado por el legislador. Por consiguiente, para este autor, “*norma*” y “*bien jurídico*” son términos inseparables, es decir, toda norma tiene un bien jurídico que es producto de la decisión política del Estado, y su lesión implica la “*infracción al Derecho subjetivo de obediencia que el Estado exige a sus súbditos*”.

El mayor problema que presenta la teoría de BINDING es que, por su excesivo normativismo, el Estado pasa a ocupar el núcleo en torno al cual todo converge, lo que conlleva a la absoluta exclusión del individuo, dado que éste se queda en una situación de total sometimiento al Estado¹⁵⁷, con lo cual el bien jurídico pierde su carácter limitador y autónomo y depende del carácter limitador de la norma, de tal modo que, en el fondo, no habrá más límites que los que se impone el propio Estado.

Más adelante, plantea VON LISZT que los bienes jurídicos están más allá del ordenamiento jurídico; están en la vida cotidiana y lo que hace el

¹⁵⁵ HORMAZÁBAL MALARÉ. “Política penal en el estado democrático”, en *Actualidad de Derecho Penal*, v. 37, 1984, p. 336.

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ, Gonzalo de. *Bien jurídico y sistemas del delito*, cit., p. 16.

¹⁵⁷ HORMAZÁBAL MALARÉ, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, cit., p. 46.

derecho es ofrecerles protección por medio de sus normas, elevándolos, de esta manera, a la categoría de bienes jurídicos. Para él “*el derecho penal tiene como misión peculiar la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección*”¹⁵⁸, dado que “*la pena se pone al servicio de la protección de bienes jurídicos*”¹⁵⁹ y esta sería la base de todo problema del Derecho penal.

Así, VON LISZT define el bien jurídico como un “*interés jurídicamente protegido*”¹⁶⁰, vinculándolo con los fines del ordenamiento jurídico y del Estado y, por consiguiente, con la Política criminal¹⁶¹.

Además, según VON LISZT¹⁶², “*todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad*” y, aún, “*el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico*”. Es decir, traslada el bien jurídico a un momento anterior al derecho, esto es, la realidad social.

Sobre la base de este planteamiento resulta clara cual es la diferencia con la tesis defendida por BINDING; como hemos visto, para este autor el bien jurídico debe contemplarse desde una perspectiva jurídica, entendiéndolo como exclusiva creación del legislador, mientras que VON LISZT plantea que la existencia de bienes o intereses susceptibles de protección es extra o suprajurídica, independiente de la propia elaboración del Estado; es decir, tienen existencia previa y autónoma, y lo que hace la intervención del Estado es dotarle de protección y, consecuentemente, convertirlo en bien jurídico, en

¹⁵⁸ VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*, Madrid, 4ª edición, tomo II, 1999, traducción al castellano de la 20 edición alemana de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, p. 9.

¹⁵⁹ VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el derecho penal: programa de la Universidad de Marburgo, 1882*”, Granada, Editorial Comares, 1995, introducción y nota biográfica de ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel, traducción al castellano de PÉREZ DEL VALLE, Carlos, p. 66.

¹⁶⁰ VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal, cit.*, p. 6.

¹⁶¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal – parte general*, 4 edición, Navarra, Editorial Aranzadi, p. 292.

¹⁶² VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal, cit.*, p. 6.

tanto que se le otorga protección jurídica.

Sin embargo, y a pesar de la notoria diferencia que acabamos de destacar lo cierto es que ambas teorías convergen dado que VON LISZT entiende el delito como la contravención de la norma objetiva porque ofende el interés del Estado, o sea, en última instancia, la tipificación o no de una conducta siempre dependerá de una decisión política de este mismo Estado¹⁶³. Es decir, aunque reconoce que la base de la existencia de los intereses dignos de protección es extra y suprajurídica, más allá del mero normativismo jurídico encontrando su base en la realidad social, sin embargo, acaba admitiendo que es el Estado quien, mediante la creación de normas, determina la conversión y concreción de esos intereses en bienes jurídicos, siendo absoluta su capacidad de decisión en este punto.

Con ello, el bien jurídico continuó careciendo de un concepto material, que efectivamente figurase como límite al *ius puniendi* del Estado, porque los conceptos presentados por BINDING y VON LISZT no suplieron tal carencia¹⁶⁴.

Los NEOKANTIANOS proponen un concepto de bien jurídico en el que el problema se traslada al mundo espiritual de los valores, con lo cual tampoco podría cumplir su fin limitador (función del concepto material). Es decir, se elimina definitivamente la referencia al sujeto y se trabaja con la noción de totalidad, derivada de un puro juicio normativo, aparentemente neutro, pero en general de perfil autoritario, que obtiene su culmen con la definitiva sustitución de la noción material de bien por la noción de valor, no de un valor individual, sino de un hipotético valor cultural, que nace y vive en los imperativos y

¹⁶³ En este sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, cit., pp. 56-57.

¹⁶⁴ Como señala STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – parte general I – el hecho punible*, cit., p. 65, “Von Liszt definió los bienes jurídicos como ‘intereses humanos’ que engendra la vida misma, a pesar de lo cual nunca se pudo ofrecer precisión acerca de cuáles intereses merecen protección penal y cuáles no; (...)”.

prohibiciones de la norma¹⁶⁵. Este pensamiento NEOKANTIANO adopta dos direcciones, por una parte reduce el bien jurídico a una función meramente teleológica y por otra, lo concibe como un bien de la cultura¹⁶⁶.

La teoría que entiende que el bien jurídico debe ser reducido a una mera función teleológica tiene en HONIG su principal representante. Para él el bien jurídico es una “*fórmula sintética*”, en la que “*el legislador ha reconocido el fin que persigue cada una de las prescripciones penales*” y “*como una síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las normas penales*”¹⁶⁷. Así, el fin de los principios penales, según HONIG, es la protección de los valores sociales, que se constituyen en el objeto de protección del delito¹⁶⁸. Como vemos, esta concepción de bien jurídico despoja al mismo del núcleo material del injusto, constituyendo sólo un principio metodológico para la interpretación de los tipos penales.

Con estos planteamientos se consuma la espiritualización del concepto de bien jurídico, lo que representa, al mismo tiempo, el fracaso de todos los intentos de delimitar un concepto material, dado que se trata de un concepto demasiado abstracto¹⁶⁹. De ahí surgen las siguientes cuestiones: ¿Cómo se determina cuáles son esos “valores sociales”? y lo que es más aún, ¿Cómo se determina cuál es su contenido?. En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ afirma que “*el bien jurídico quedaba reducido a una categoría interpretativa, perdiendo todo su carácter garantista y, consecuentemente, su carácter de fundamento material del injusto*”¹⁷⁰.

La otra teoría, que concibe el bien jurídico como un bien de la cultura,

¹⁶⁵ TAVARES, Juarez. *Teoría do injusto penal*, 3ª edición, revisada y ampliada, Belo Horizonte, 2003, p. 189.

¹⁶⁶ Así, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, cit., p. 63.

¹⁶⁷ HONIG *apud* FERNÁNDEZ, Gonzalo de. *Bien jurídico y sistemas del delito*, cit., pp. 25-26.

¹⁶⁸ HONIG *apud* HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, cit., p. 63.

¹⁶⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ, Gonzalo de. *Bien jurídico y sistemas del delito*, cit., p. 26

¹⁷⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal – parte general*, cit., p. 105.

tiene como base los planteamientos de ERIC WOLF, él cual señala que los bienes jurídicos estarían situados entre el mundo de los valores ideales y la realidad. Así, la lesión de un bien jurídico sería un acontecimiento de la realidad, pero de la realidad plena de sentido de la cultura¹⁷¹.

Ocurre que, el bien jurídico pasa a ser todo bien de la cultura que, con la protección jurídica, es así reconocido por el Estado. De ese modo, los planteamientos de WOLF, presentan íntima relación a los de VON LISZT, dado que el reconocimiento de un bien jurídico también necesita de un juicio de valor del Estado¹⁷². Se produce así una concatenación de presupuestos: el hecho punible lo es por lesionar o poner un bien jurídico en peligro, y éste lo es por su referencia a un valor cultural generalmente reconocido. El problema fundamental radica en concretar los bienes que iban a formar parte del ámbito de protección penal, dada su excesiva amplitud, de manera que en el mundo de “lo valorativo” iba a poder incluirse prácticamente todo, lo cual supone una evidente infracción del principio de intervención mínima.

Así, los NEOKANTIANOS, aunque presenten algunas diferencias en sus posiciones, proponen un concepto de bien jurídico abstracto e incapaz de ofrecer criterios para una verdadera limitación del *ius puniendi* estatal, dado que la norma no hace más que consagrar valores sociales, que son elevados a condición de bien jurídico por decisión política del propio Estado¹⁷³.

¹⁷¹ Según señala, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, cit., p. 66, WOLF: “(...)”, sostiene que la lesión de un bien jurídico debe ser comprendida no como un cambio del mundo empírico, sino como ‘un puro resultado jurídico’, como ‘un cambio específico de la situación jurídica’. En el mismo sentido, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, Sao Paulo, Editora Quartier Latin, 2014, pp. 106-107.

¹⁷² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, cit., p. 66.

¹⁷³ Para TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”, en *RFDUCM*, n. 63, 1981, p. 132: “(...)”, remitirse al mundo de los valores, a la manera de los penalistas neokantianos, significa remitir el problema del bien jurídico a una realidad externa al Derecho, pero no a una realidad social prejurídica, (...), sino al mundo de la metafísica”, razón por la cual no resuelve el problema del ámbito social objetivo del Derecho.

WELZEL¹⁷⁴ hace una cierta recuperación del trascendentalismo del concepto de bien jurídico, al defender que:

“en realidad hay solo bienes jurídicos cuando y en cuanto ellos estén en ‘función’, es decir, mientras ellos incidan en la vida social y reciban consecuencias. Vida, seguridad, libertad, propiedad, etcétera, no están simplemente ‘ahí’, sino que su presencia ‘es estar en función’, es decir, provocando consecuencias y sufriendo consecuencias en la comunidad social”.

De esta manera, WELZEL situó el bien jurídico más allá del derecho, definiéndolo como el *“estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones”*, pues *“el Derecho penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad etc. (los llamados bienes jurídicos)”*¹⁷⁵.

No obstante, a la hora de definir la misión del Derecho penal, WELZEL¹⁷⁶ deja el bien jurídico en segundo plan al afirmar que tal misión consiste *“en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”*.

Por todo lo expuesto hasta ahora, se puede concluir que, a pesar de los esfuerzos, ninguna de esas teorías ha conseguido plantear un concepto de bien jurídico capaz de limitar el *ius puniendi* del Estado, dado que no llegaron a proponer un concepto material del bien jurídico.

La adecuada determinación del concepto de bien jurídico (concepto material) es de suma importancia para que la función de protección de bienes jurídicos pueda cumplir su finalidad de garantía. De lo contrario, podría ser

¹⁷⁴ WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*, Buenos Aires, Euros Editores, 2003, traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, p. 48.

¹⁷⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán-parte general*, 12 edición alemana, 3 edición en castellano, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, 1987, p. 12.

¹⁷⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán-parte general, cit.*, p. 15

utilizado para la protección penal de varios intereses, estrategias o convicciones morales cuya lesión, carecería de una auténtica repercusión negativa merecedora de protección penal.

Es, por ejemplo, lo que pasó con el ya mencionado concepto propuesto por los NEOKANTIANOS, que consideraba el bien jurídico como un “valor (espiritual-cultural)”, y prácticamente lo incapacitó para el cumplimiento del fin limitador. Además, el bien jurídico así entendido, permite la inclusión de cualquier estado, convicción o principio, en función del sector social dominante en una sociedad determinada, razón por la cual, el Derecho penal nacionalsocialista no tuvo mayores problemas para aceptar este concepto de bien jurídico¹⁷⁷.

2.2. CONCEPTO MATERIAL DE BIEN JURÍDICO.

El concepto material de bien jurídico, como ya destacamos, es necesario para que éste pueda ejercer su función limitadora del *ius puniendi* del Estado¹⁷⁸, lo que requiere un pequeño análisis de las teorías planteadas.

Actualmente el concepto material de bien jurídico está vinculado con los fines del ordenamiento jurídico y del propio Estado, teniendo vinculación también, y consecuentemente, con la Política Criminal¹⁷⁹. En esta línea, surgen dos corrientes proponiendo un concepto material de bien jurídico: una constitucionalista, y otra sociológico-funcionalista.

¹⁷⁷ Así, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 267-268.

¹⁷⁸ En este mismo sentido advierte, ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. “Bien jurídico y constitución”, cit., p. 5, que: “No obstante, la afirmación común a la generalidad de la doctrina de que el principio de protección de bienes jurídicos constituye un límite al *ius puniendi*, puede convertirse en mera literatura si no somos capaces de construir un concepto material de bien jurídico que pueda servir como punto de referencia y contraste a la obra legislativa”.

¹⁷⁹ Tal vinculación representa un retorno de las propuestas de VON LISZT.

2.2.1. Conceptos constitucionalistas de bien jurídico

La concepción constitucionalista parte del presupuesto de que el ordenamiento jurídico presenta dos órdenes de valores, un fijado en la Constitución y otro en la legislación penal, siendo que este último, aunque no coincida en lo nuclear con los valores constitucionales, seguirá la orientación básica fijada por la Constitución¹⁸⁰. De ahí que, en la Constitución se encuentra el reconocimiento prepositivo de los bienes jurídicos¹⁸¹.

Esta concepción es mantenida por BRICOLA¹⁸², que apunta como valor preeminente atribuido por la Constitución la libertad personal, afirmando que:

“la máxima restricción de la libertad personal, como es la que se efectúa de modo efectivo o potencial a través de la sanción penal, puede adoptarse solamente como extrema ratio. Para precisar tal concepto... puede afirmarse hoy..., que la sanción penal puede adoptarse solamente en presencia de la violación de un bien, el cual, si no de igual grado respecto al valor (libertad personal) sacrificado, esté al menos dotado de relieve constitucional. Es decir: el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante”.

Otros defensores de la corriente constitucionalista como SAX, RUDOLPHI y M. MARX, ubican el concepto de bien jurídico en una instancia formalizada, o sea, la Constitución, la cual expresa los valores y los fines del orden jurídico¹⁸³. Así se considera la escala de valores constitucionales como punto de referencia en la definición de los bienes jurídicos.

En este sentido, CARBONELL MATEU plantea que *“la función del Derecho penal es conseguir la mayor libertad posible, habremos de convenir en*

¹⁸⁰ En este sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal-parte general, cit.*, p. 114, aclara que: *“se deve que um bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico-penal”*.

¹⁸¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal – parte general, cit.*, p. 105.

¹⁸² BRICOLA *apud* ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. “Bien jurídico y constitución”, *cit.*, p. 21.

¹⁸³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal – parte general, cit.*, p. 292.

lo inadecuado que resultaría afectar a derechos constitucionales de la persona para proteger otros de inferior rango".¹⁸⁴

Para las teorías constitucionalistas los bienes jurídicos son valores recogidos por la norma valorada por excelencia, por la Constitución, y el Derecho penal estaría al servicio de la tutela de esos valores con relevancia constitucional. Así, la Constitución marca no sólo el límite a la potestad punitiva del legislador, sino que ejerce una limitación positiva, de tal manera que los objetos de tutela penal han de tener una relevancia constitucional¹⁸⁵.

En esta misma línea, FIGUEIREDO DIAS¹⁸⁶ defiende que:

“os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente legados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica. É por esta via – e só por ela, em definitivo – que os bens jurídicos se ‘transformam’ em *bens jurídicos dignos de tutela penal* ou com **dignidade jurídico-penal**”.

En suma, las teorías constitucionales del bien jurídico tratan de encontrar en la Constitución el catálogo de bienes jurídicos que merecen protección penal. Lo que hacen es considerar que la pena constituye una sanción que puede afectar algunos derechos consagrados constitucionalmente, y debido a la consideración de la proporcionalidad, reclaman que el Derecho penal se limite a la protección de valores constitucionalmente garantizados¹⁸⁷, dado que, lesionar un valor constitucionalmente protegido como es la libertad de las personas mediante la aplicación de una pena privativa de libertad, a fin de proteger otros valores de inferior rango, por cuanto no cuentan con expreso reconocimiento constitucional, no resultaría legítimo ni aceptable.

¹⁸⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal – concepto y principios constitucionales*, 3ª. edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 36.

¹⁸⁵ En este sentido, CARBONELL MATEU, Juan. “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, en *Intereses difusos y derecho penal*, Madrid, CGPJ, noviembre, 1994, p. 15.

¹⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal-parte general*, cit., p. 114.

¹⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 273.

Ahora bien, aunque esta tendencia constitucionalista tenga pretensiones garantísticas y refuerce la eficacia limitadora del concepto de bien jurídico¹⁸⁸, la misma presenta algunas objeciones que merecen destacarse.

Una de ellas es que, no siempre las valoraciones constitucionales pueden figurar como punto referencial para la elección de los bienes jurídicos. Esto porque muchas veces no hay identidad absoluta entre la previsión normativa constitucional y los bienes jurídicos esenciales al desarrollo social del individuo.

Lo que, probablemente, se produce es una confusión entre los Derechos fundamentales constitucionales y los bienes jurídicos¹⁸⁹, que deben ser tenidos como conceptos independientes. De este modo, la Constitución sirve como límite negativo en la determinación del concepto de bien jurídico: las normas penales no pueden amparar intereses contrarios a la Constitución. Pero, por el contrario, no se debe tener la Constitución como límite positivo, porque tiene un marco insuperable y muy amplio, lo que contraría los principios de subsidiariedad y fragmentariedad consagrados por el Derecho penal¹⁹⁰.

De ahí que se reconozca que el Derecho penal, a través de los

¹⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 273.

¹⁸⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal – parte general*, cit., p. 108, quien afirma que: “en la Constitución y en el Derecho constitucional los Derechos fundamentales cumplen una función muy específica, que es regular las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, y, por tanto, constituye un límite a la intervención del Estado (...) Al contrario, los bienes jurídicos tienen una función mucho más amplia y compleja, pues implican relaciones sociales concretas de los individuos al respecto de todos los posibles sujetos u objetos que pueden entrar en esa relación; en ese sentido también el Estado, pero no sólo éste”.

¹⁹⁰ OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio. “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, cit., pp. 9 y ss. En este mismo sentido, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, cit., p. 69, afirman que: “... la relación entre derechos fundamentales y merecimiento de pena no es tan lineal como para que el legislador sólo tengan sin más que proteger los derechos fundamentales en las correspondientes conminaciones penales; la protección de los derechos fundamentales, como demuestra la jurisprudencia constitucional en torno de la punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo, no implica necesariamente un mandato de criminalización”. En contra CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, cit., p. 15, afirma que: “La Constitución marca así no sólo el límite a la potestad punitiva del legislador democrático, sino también el campo de juego. Ejerce una limitación positiva, de tal manera que los objetos de tutela penal han de tener una relevancia constitucional”.

principios citados y de la elaboración doctrinal del concepto de bien jurídico, sea un mecanismo de protección jurídica autónomo y, hasta cierto punto, independiente de las otras ramas del ordenamiento jurídico, inclusive del Derecho constitucional, que sólo constituye un marco dentro del cuál el Derecho penal se mueve con cierta libertad cuando decide qué derechos fundamentales en forma de bienes jurídicos debe proteger y cómo debe hacerlo¹⁹¹.

De lo contrario, el bien jurídico estaría siendo reducido a un concepto normativo, dado que no presenta la necesaria independencia de las normas jurídicas. En este sentido FERRAJOLI¹⁹² señala que:

“Esta identificación del horizonte axiológico de los bienes jurídicos con la Constitución me parece, por otra parte un residuo de legalismo ético, aunque ello sea en la versión progresista del constitucionalismo ético. En efecto, si se comparte en todos sus sentidos el principio de separación entre Derecho y moral, la determinación de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal no puede depender ni ser condicionada de lo que dicen las normas positivas, aunque sean de rango constitucional, sino que debe elaborarse autónomamente, prescindiendo del ordenamiento que tenemos en frente”.

Además, como advierte MUÑOZ CONDE¹⁹³, aunque sea obvio decir que el Derecho penal o el Código penal protegen derechos fundamentales, hay que considerar que no todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal tienen directamente el carácter de derechos fundamentales, en la terminología constitucional, sino simplemente el de derechos que igualmente reconoce la Constitución, como es el caso de la propiedad privada.

Y, también pasa lo contrario, o sea, algunos derechos considerados fundamentales por la Constitución, como la dignidad humana, no son

¹⁹¹ Así, MUÑOZ CONDE, Francisco. “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal”, en *El nuevo derecho penal español – estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2001, pp. 562-563.

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, traducción al castellano de Walter Antillón M.. Disponible en www.cienciaspenales.org/revista%2005. Fecha de acceso 26 de mayo de 2004.

¹⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal”, *cit.*, pp. 561-562.

protegidos expresa e individualmente a través del Derecho penal, por cuanto se entiende que no constituyen un interés autónomo que deba protegerse, sino el fundamento de todos los intereses y bienes protegidos; es decir, la dignidad se configura como un principio inspirador del ordenamiento jurídico y fundamento del mismo, conforme el cual han de ser interpretados y entendidos todos y cada uno de los derechos fundamentales¹⁹⁴. De este modo, un atentado a la dignidad humana sólo es posible a través de la agresión a alguno de los derechos fundamentales en que aquella se manifiesta, sin que haya espacio para una lesión a la dignidad que no conlleve algún atentado a otro bien jurídico; y a la inversa, todo atentado a un bien jurídico personalísimo sufre una lesión del respeto debido a la dignidad de la persona, “*y ello, porque no hay más vida o integridad física, merecedora y necesitada de protección, que la vida o integridad física digna*”¹⁹⁵.

Además, en esta misma línea, destaca HIRSCH¹⁹⁶ que:

“no todos los estados tienen una Constitución de la que pueda ser deducido un sistema de valores correspondiente. Más allá de ello, también la Constitución alemana menciona únicamente los valores centrales, de lo cual surge la duda acerca de cómo debe ser deducido un canon general del bien jurídico que marque con suficiente claridad cuáles son los hechos que, por su contenido, deben ser abarcados por el derecho penal.”

Por fin, otro argumento que rechaza la tesis constitucionalista es que la dinámica del mundo de los hechos puede resultar en el surgimiento de situaciones hasta entonces inéditas en el mundo del Derecho, y que necesitan de tutela penal. Por ello, una política criminal racional debe ser flexible, adaptable a la dinámica social, es decir, compatible con la acelerada evolución

¹⁹⁴ CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido. “El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el art. 15 de la CE - su tutela penal”, en *La Ley*, 1996, p. 1669. DÍAZ PÍTA, María del Mar. “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, en *EPC*, n. XX, 1997, pp. 57 y ss; en el mismo sentido, WOLTER, Jürgen. “Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho penal”, *cit.*, pp. 51-52.

¹⁹⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, p. 79.

¹⁹⁶ HIRSCH, Hans Joachim. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, traducción de Daniel R. Pastor, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, p. 377.

de nuestra sociedad¹⁹⁷. Sin embargo, las Constituciones acaban por envejecer, razón por la cual no se debe tomarlas como parámetro exclusivo en la elección de los bienes jurídicos¹⁹⁸, dado que pueden surgir nuevos bienes jurídicos que ni siquiera eran previsibles en el momento de la elaboración del texto constitucional.

2.2.2. Conceptos sociológico-funcionalistas de bien jurídico.

El modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, como apunta HORMAZÁBAL MALARÉE¹⁹⁹, fortalece la política criminal y, con ella, la necesidad de encontrar un nuevo fundamento racionalizador de la coerción penal. La búsqueda de este fundamento ya no proviene sólo de la filosofía, como ocurría en el pasado, sino que también, y fundamentalmente, de la sociología, en particular de las corrientes que se incluyen en el funcionalismo y el interaccionismo. Estas dos direcciones sociológicas, surgidas en Estados Unidos, contribuyen a enunciar el paradigma del Estado de Bienestar, que evidentemente incide sobre el sistema del Derecho penal y, principalmente, sobre la función de la pena²⁰⁰.

Esta concepción pone el concepto de bien jurídico bajo una visión sociológico-funcionalista. Uno de los primeros representantes de esta corriente es JÄGER²⁰¹, el cuál defiende que sólo puede ser bien jurídico lo que antes del acto legislativo ya era un bien vital o cultural, es decir, lo que ya era un valor social; consecuentemente, bien jurídico sólo puede serlo lo que ya antes de

¹⁹⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal", *cit.*, p. 125.

¹⁹⁸ PAGLIARO *apud* ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. "Bien jurídico y constitución", *cit.*, p. 33.

¹⁹⁹ Así, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, *cit.*, p. 93.

²⁰⁰ FERNÁNDEZ, Gonzalo de. *Bien jurídico y sistemas del delito*, *cit.*, p. 56.

²⁰¹ JÄGER *apud* por BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal – parte general*, *cit.*, p. 109.

todo era un bien.

De ahí que, los bienes jurídicos son comprendidos en su dimensión social, considerándolos como aquellos intereses o valores sin los cuales es imposible el mantenimiento del orden social. Desde este prisma la “dañosidad social” se convierte en la característica común de los hechos lesivos de bienes jurídicos²⁰², siendo ésta entendida como una disfuncionalidad del sistema social. De este modo, para AMELUNG²⁰³, fiel representante del funcionalismo sociológico, el bien jurídico equivale lisa y llanamente a las condiciones de existencia de la vida social, porque “*el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana*”. Como vemos, las propuestas de AMELUNG llevan a una formalización social del problema, al convertir el bien jurídico en una categoría del sistema social haciendo desaparecer, de esta manera, la función garantista y dogmática que cumple el bien jurídico²⁰⁴.

Esta corriente presenta dos vertientes extremas, por un lado la teoría funcionalista, representada por JAKOBS, y, por otro, la personalista, defendida por HASSEMER; y, en el medio de ambas, una funcionalista moderada, propuesta por ROXIN, que merecen algunas consideraciones.

2.2.2.1. El funcionalismo sistémico

El funcionalismo sistémico penal, conocida tesis de JAKOBS, tiene como punto de partida la teoría del sistema social de LUHMANN y entiende la sociedad como un sistema de comunicación²⁰⁵. Así que, para JAKOBS, “*e/*

²⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 268-269.

²⁰³ AMELUNG, Knut. “El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, cit., p. 263.

²⁰⁴ En este sentido, BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal – parte general*, cit., p. 109.

²⁰⁵ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, traducción al castellano de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo, p. 16.

*funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad*²⁰⁶.

Sobre esta base, el Derecho penal, comprendido como un subsistema dentro del sistema social, debe contribuir al mantenimiento de la configuración social y estatal garantizando las normas²⁰⁷. Es decir, el Derecho penal deberá restablecer en el proceso de la comunicación la vigencia perturbada de la norma, cada vez que ésta sea defraudada, representando la identidad no modificada de la sociedad²⁰⁸.

Para JAKOBS, sobre la base de un proceso de comunicación, el delito es entendido como afirmación que contradice la norma²⁰⁹, siendo que esta contradicción por medio de la realización de una conducta es la infracción de la norma. Así, para este autor, la infracción normativa es una desautorización de la norma, que genera un conflicto social dado que pone en discusión la norma como modelo de orientación, es decir, el autor de la infracción, a través de su conducta, pone en cuestión la validez de la norma²¹⁰.

De este modo, la pena surge como la *“respuesta que confirma la norma”*²¹¹. Es decir, la pena es la forma de reacción frente a la infracción de una norma (ante un delito), que pone de manifiesto que las normas deben ser

²⁰⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, cit., p. 16.

²⁰⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, traducción al castellano de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y GONZALEZ DE MURILLO, José Luis Serrano, p. 45.

²⁰⁸ Así, JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, cit., p. 19.

²⁰⁹ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, cit., pp. 17-18.

²¹⁰ En este sentido, JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 13.

²¹¹ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, cit., p. 18.

observadas²¹². Así, mientras el delito significa la negación o no-observancia de la norma penal, la pena significa la confirmación de la vigencia de esta misma norma, o sea, la norma sigue siendo determinante frente al comportamiento del infractor²¹³.

Sobre esta base, con relación a la pena, JAKOBS adopta la teoría llamada prevención general positiva, dado que él justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, alterada por las infracciones normativas, en la estabilidad del ordenamiento y consecuentemente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones²¹⁴. En este sentido, la función de la pena no es evitar lesiones de bienes jurídicos, sino reafirmar la vigencia de la norma, entendiendo por vigencia también el reconocimiento²¹⁵.

Dentro del funcionalismo sistémico propuesto por JAKOBS el bien jurídico-penal es definido como la “vinculatoriedad práctica de la norma”, es decir, el interés a ser protegido es la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a las decepciones que poseen el mismo ámbito de vigencia de la norma puesta en práctica²¹⁶. De ahí que, para este autor, “*el discurso del*

²¹² JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 8.

²¹³ En este sentido afirma JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, cit., p. 28, que: “La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante”. También JAKOBS, Günther. “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Editorial Civitas, traducción al castellano de CANCIO MELIÁ, Manuel, 2003, p. 23.

²¹⁴ Así JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, cit., pp. 18-19. Ver también, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón - teoría del garantismo penal*, 4ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2000, traducción al castellano por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y otros, pp. 274-275.

²¹⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, cit., pp. 13-14 y 26. También en JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción y estudio preliminar de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 2006, p. 25.

²¹⁶ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*, cit., pp.44 y ss.

*bien jurídico es un discurso metafórico sobre la vigencia de la norma*²¹⁷, dado que el Derecho penal debe mantener la vigencia de la norma y no determinados objetos o intereses.

Así, el bien del Derecho penal, para JAKOBS, es la vigencia de la norma misma, siendo que los aportes de la teoría del bien jurídico se quedan reducidos a muy pocos, dado que no siempre una norma está vinculada a la protección de un bien jurídico. Ello porque JAKOBS traslada el núcleo de la función protectora del Derecho penal, desde el bien jurídico hacia la vigencia de la norma. De esta manera, el bien jurídico es tomado como un concepto secundario y de mera referencia que no determina la inclusión o exclusión de un comportamiento en el ámbito penal. En el sistema aquí propuesto la función fundamental del Derecho penal sigue siendo la protección, pero no la protección de un interés o bien jurídico, sino la protección de la norma.

En suma, para JAKOBS *“la teoría del derecho penal como protección de la vigencia de la norma se confirma especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es lesión a la vigencia de la norma, la pena es la eliminación de esta lesión”*²¹⁸.

Además, JAKOBS utiliza el concepto de “dañosidad social” como un filtro necesario para la configuración de las normas -entendidas como los bienes del Derecho penal-, de forma que las que *“pasan ese filtro en parte son normas protectoras de bienes jurídicos, en parte normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y en parte normas para proteger la paz jurídica”*²¹⁹. De este modo, la determinación del bien jurídico va depender de la funcionalidad o disfuncionalidad que posee el hecho

²¹⁷ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, cit., p. 46.

²¹⁸ JAKOBS, Günther. “O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?”, em *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*, tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011, p. 177.

²¹⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 58.

en relación al desarrollo normal de los grupos sociales²²⁰.

Ahora bien, el funcionalismo sistémico propuesto por JAKOBS presenta algunos puntos débiles que merecen destacarse, dado que revelan la insuficiencia de su tesis como tentativa de legitimación del Derecho penal.

Uno de los puntos a destacar es el formalismo de la teoría de JAKOBS, en el sentido de que justifica la necesidad del Derecho penal por su función para el sistema social, pero en ningún momento aporta criterios sobre el contenido de las normas, o sea, no determina cuáles son las expectativas y de qué modo merecen ser estabilizadas²²¹. Con ello, no contribuye en nada a la configuración concreta de los delitos, los cuales son interpretados como simple expresión simbólica de una falta de fidelidad al sistema social²²², prescindiendo de mayores valoraciones.

En este sentido es acertada la crítica de MUÑOZ CONDE, el cual señala que *“la teoría sistémica representa una descripción, aséptica y tecnocrática, del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica del sistema mismo”*²²³; o, como igualmente señala este autor, es rechazable un planteamiento que *“reduce la función protectora al mero restablecimiento de la norma, pues detrás de la norma siempre hay un interés o bien jurídico, a través del cual se comprende, se interpreta y se puede criticar la pretensión de vigencia de la norma”* y, por lo tanto, al prescindir de la referencia al bien jurídico, *“el restablecimiento de la norma como única función directa del Derecho penal es tautológica, vacía de contenido y, sobre todo, impide la crítica de la norma misma”*²²⁴. De ahí que, la teoría funcional de

²²⁰ Así, FERNÁNDEZ, Gonzalo de. *Bien jurídico y sistemas del delito*, cit., p. 117.

²²¹ SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 28.

²²² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*, Jerez, Ed. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 26.

²²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*, cit., p. 26.

²²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 48.

JAKOBS puede adaptarse a cualquier sistema social²²⁵, no estando comprometida con ningún modelo determinado, lo que demuestra que “*como fundamento del sistema jurídico penal es estéril en cuanto al contenido*”²²⁶.

Otra objeción a la teoría sistémica propuesta por JAKOBS es la de que el individuo se queda en un segundo plano. Es decir, el individuo es reducido a un “subsistema físico-psíquico” funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, lo que conlleva a modelos de derecho penal máximo e ilimitado, indiferentes a la tutela de los derechos de la persona²²⁷. Así, se puede decir, que para esta teoría lo que se debe asegurar es el funcionamiento del sistema social, aunque para ello sea necesario sacrificar algunas garantías individuales.

Además, la teoría de la prevención general positiva, defendida por JAKOBS, prescribe que la misión del Derecho penal se proyecta fundamentalmente sobre el fuero interno de los ciudadanos, pues ejercita a los ciudadanos en la fidelidad al Derecho. Con ello, el Derecho penal asume funciones de formación de las conciencias en lugar de limitarse a requerir un respeto externo de las normas jurídicas, caracterizándose como una doctrina social-autoritaria²²⁸.

En este sentido MUÑOZ CONDE advierte que: “*con un entendimiento*

²²⁵ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*, cit., p. 27, advierte: “Cuando desde la teoría sistémica se habla de la ‘funcionalidad’ de la norma jurídica penal, nada se dice sobre la forma específica de su funcionamiento, ni sobre el sistema social para el que es funcional. Desde esta perspectiva, el concepto de función es demasiado neutro y realmente no sirve demasiado para comprender la esencia del fenómeno jurídico punitivo”.

²²⁶ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, traducido al castellano por GÓMEZ RIVERO, Carmen y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, p. 54.

²²⁷ En este sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón - teoría del garantismo penal*, cit., p. 275. También, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*, cit., p. 26, entiende que: “..., la teoría sistemática conduce a una concepción preventiva integradora del Derecho penal en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema...”.

²²⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 226 y ss.

*de la pena como prevención integradora se pretende, en última instancia, alcanzar un consenso de mayorías que, como la experiencia histórica demuestra, puede desembocar en un claro proceso de facistización social, en el que el individuo desaparece devorado por esa máquina terrible que es el Leviatán estatal*²²⁹.

En suma, la teoría funcionalista sistémica desarrollada por JAKOBS no es capaz de satisfacer las exigencias necesarias a la legitimación del Derecho penal, principalmente porque, como ya destacamos, se hurta a cualquier valoración del sistema social, limitándose a su descripción y mantenimiento. Al mismo tiempo, provoca un desenfoque del núcleo de la norma penal, al pasar de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema. Y, por fin, con relación a un concepto material de bien jurídico penal capaz de ejercer la función de limitación del *ius puniendi* estatal, esta teoría se muestra totalmente ineficaz, dado que reduce la función protectora del Derecho penal al mero restablecimiento de la vigencia de la norma.

2.2.2.2. El funcionalismo moderado de ROXIN

Con anterioridad a la tesis de JAKOBS, concretamente en el año de 1970, surgió la concepción de sistema del Derecho penal propuesta por ROXIN, el cuál, en la obra “Política criminal y sistema del derecho penal”, da al Derecho penal una orientación político-criminal²³⁰. En esta obra ROXIN defiende la penetración de “*las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal*”²³¹, sin que esto conduzca a “*un abandono o a una relativización del pensamiento sistemático*”²³².

²²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*, cit., pp. 42-43.

²³⁰ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2002, traducción al castellano de MUÑOZ CONDE, Francisco.

²³¹ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit., p. 49.

²³² ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit., p. 102.

Así, ROXIN elabora un sistema teleológico del Derecho penal²³³, donde las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) deben ser sistematizadas, desarrolladas y contempladas desde un principio bajo el prisma de la función político-criminal²³⁴. Con ello, para ROXIN, el tipo tiene la misión de realizar las exigencias derivadas del principio *nullum crimen, sine lege*. Por el contrario, la antijuridicidad es el sector que trata de la solución de conflictos sociales, resultante del choque de intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo. Por fin, la culpabilidad contribuye a responder la pregunta acerca de si conviene una sanción penal a una conducta que está, en principio, amenazada con una pena en los casos de circunstancias personales irregulares²³⁵, después ROXIN acaba sustituyendo la denominación culpabilidad por la de responsabilidad²³⁶.

Un punto clave en el sistema de ROXIN es la teoría de los fines de la pena, dado que es de fundamental importancia para la configuración de la culpabilidad, pues, según él, ésta viene acuñada desde el punto de vista político-criminal a aquella²³⁷. Y, con relación a los fines de la pena, ROXIN, renunciando a toda retribución, entiende que la pena sirve a los fines de prevención general y especial. Siendo que la pena se limita por la medida de culpabilidad, logrando quedarse por debajo de este límite cuando lo hagan necesarias exigencias preventivoespeciales y a ello no se opongan las mínimas exigencias preventivogenerales²³⁸. Esta teoría de los fines de la pena ROXIN la

²³³ En este sentido, ROXIN, Claus. *Derecho penal - parte general*, cit., p. 217: "Se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas". Ver también, AMELUNG, Knut. "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales – estudios en honor de Claus Roxin en su 50º. aniversario*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, p. 94.

²³⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit., p. 58.

²³⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit., pp. 58 y ss.

²³⁶ Para mayores detalles ver: ROXIN, Claus. "Culpabilidad' y 'responsabilidad" como categorías sistemáticas juridicopenales", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Ed. Reus, traducción al castellano y notas de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, p. 200 y ss.

²³⁷ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*, cit., p. 89.

²³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal - parte general*, cit., p. 103. Aún, en este sentido, ROXIN afirma en, ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso*

denominó como teoría unificadora dialéctica²³⁹.

Además de ello, la prevención general y especial en el sistema de ROXIN, son tenidas como instrumentos para llevar a cabo la misión del Derecho penal de protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales²⁴⁰. De ahí, surge una de las diferencias principales entre el sistema propuesto por JAKOBS y el de ROXIN, pues, como ya afirmamos, aquél autor prescinde de la protección de bienes jurídicos a la hora de legitimar la intervención del Derecho penal. Sin embargo, el hecho de que ROXIN utilice la teoría del bien jurídico no es condición suficiente para comprobar que su sistema limita de manera satisfactoria el *ius puniendi* del Estado. Aún, debemos analizar cuál es el concepto de bien jurídico propuesto por este autor, dado que, como es sabido, la doctrina todavía no ha llegado a un acuerdo con relación al mismo.

Así, cabe destacar que los bienes jurídicos, según ROXIN, “*son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”²⁴¹.

Esta concepción del bien jurídico a primera vista concuerda con las concepciones sociológicas funcionalistas del bien jurídico, dado que los bienes jurídicos son entendidos en su dimensión social, como condiciones de vida y desarrollo del individuo en sociedad que aspira al adecuado funcionamiento del

penal, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, p. 50, que: “Lo novedoso de mi concepción frente a todos los esfuerzos sistematizadores precedentes consiste en esta doble limitación de la pena adecuada a la culpabilidad mediante lo imprescindible preventivamente y de la pena adecuada a la prevención mediante el principio de culpabilidad”.

²³⁹ ROXIN, Claus. “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Ed. Reus, traducción al castellano y notas de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, p. 33.

²⁴⁰ ROXIN, Claus. “Sentido y límites de la pena estatal”, *cit.*, p. 33.

²⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal - parte general*, *cit.*, p. 56. En este mismo sentido, más recientemente en ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?” en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 448.

sistema social.

En este sentido, el propio ROXIN afirma que *“la definición propuesta designa un concepto ‘personal’ de bien jurídico como el que hace más de treinta años desarrollaron por vez primera RUDOLPHI, MARX Y HASSEMER, de forma similar y conforme con el concepto propuesto por el Proyecto alternativo”*²⁴².

Sin embargo, el concepto de ROXIN no es una forma exclusivamente sociológica. El propio autor admite que su concepto es de tipo normativo²⁴³, porque defiende que el bien jurídico, aunque sea previamente dado al legislador penal, no es previo a la Constitución. Y, afirma que *“un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo,(...)”*²⁴⁴.

De lo expuesto, se concluye que ROXIN, aunque presente influencias del funcionalismo, debe estar situado, en realidad, dentro de la corriente constitucionalista del bien jurídico²⁴⁵, dado que acaba reconociendo en la Constitución la función orientadora del *ius puniendi*.

De esta forma, dejaremos de presentar las críticas de que se hace merecedora la teoría del bien jurídico propuesta por ROXIN y, simplemente, nos remitiremos a las ya hechas a las teorías constitucionalistas del bien jurídico.

²⁴² ROXIN, Claus. . “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, *cit.*, p. 448.

²⁴³ Así, ROXIN, Claus. *Derecho penal - parte general*, *cit.*, p. 57, que todavía defiende que, aunque su concepción sea de tipo normativo, no es estática, dado que “dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico”.

²⁴⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal - parte general*, *cit.*, p. 55.

²⁴⁵ En este mismo sentido, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, *cit.*, p. 122. También, FERNÁNDEZ, Gonzalo de. *Bien jurídico y sistemas del delito*, *cit.*, p. 49.

Sin embargo, por fin, cabe añadir que el sistema propuesto por ROXIN está lejos de limitar el *ius puniendi* estatal, no sólo por el concepto de bien jurídico que propone, sino también porque deja un gran campo para la actuación arbitraria del Estado cuando incluye en la misión del Derecho penal la protección de las “*prestaciones de servicios estatales*”. Así, amplía la protección del Derecho penal a ámbitos indeterminados, dado que no presenta una definición clara y precisa sobre las prestaciones que necesitan ser protegidas.

2.2.2.3. La teoría personalista del bien jurídico

Además de los planteamientos ya presentados, de base estrictamente funcionalista, surgen en la doctrina alemana otras propuestas que contienen tanto elementos de la estructura funcionalista como del interaccionismo simbólico²⁴⁶, donde uno de sus representantes es HASSEMER.

El proceso de interacción simbólica se deriva de la teoría del “*labeling approach*” o teoría del etiquetamiento. Esta teoría, que en los últimos años ha adquirido notoriedad en la doctrina jurídica norteamericana, postula que “*la juridicidad no es una calidad esencial u ontológica de determinadas conductas o hechos, sino el resultado de un proceso de atribución de tal cualidad*”²⁴⁷.

Así, la criminalidad es una etiqueta que es aplicada por las instancias formales de control social, policías, fiscales y tribunales penales. Ya, la dirección moderada del interaccionismo simbólico, seguida por HASSEMER, admite que deben ser consideradas otras instancias de control social no formalizadas, como por ejemplo, la escuela, la familia, la vecindad y etc²⁴⁸, en

²⁴⁶ En este sentido HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, cit., p. 114.

²⁴⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, Sevilla, Ed. Innovación Editorial Lagares, 2003, p. 61.

²⁴⁸ En este sentido, HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 86, defiende que: “Una concepción sociológico-criminal, que esté a la altura de la investigación

este proceso de estigmatización.

Para HASSEMER los bienes jurídicos no son productos de procesos naturales y tampoco se elaboran en un laboratorio, sino que derivan del acuerdo social basado en la experiencia²⁴⁹. De ahí que, para este autor, “*los bienes jurídicos no existen, sino que son producidos*”²⁵⁰ con base en la experiencia social, o “*más precisamente según los momentos de la frecuencia de una lesión a un interés, la intensidad de la necesidad vista desde el bien lesionado y la intensidad de amenaza según la percepción social de la lesión*”²⁵¹.

Con esta postura se puede decir que HASSEMER se adhiere a las teorías críticas del bien jurídico, que ubican éste más allá del Derecho penal. Así, rechaza las posiciones inmanentes que entienden el bien jurídico como mera creación del legislador, adoptando la postura transcendentalista para la elaboración de una teoría del delito que parte del bien jurídico²⁵².

Sin embargo, entiende HASSEMER, que ninguna de las teorías transcendentales al sistema penal propuesta hasta ahora ha podido dar un concepto material de bien jurídico capaz de expresar lo que lesiona una acción o responder a la cuestión de por qué unas acciones lesivas son criminalizadas y otras no. Y, todo esto, debido al formalismo de estas teorías, que limitan sus planteamientos exclusivamente a categorías jurídico-normativas²⁵³, no observando la realidad social.

sociológica, no puede tomar en consideración de forma aislada a las instancias de control social formal, sino que debe estudiar éstas en el marco del proceso global del control social”.

²⁴⁹ Así, HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *cit.*, p. 283. También, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, *cit.*, p. 111.

²⁵⁰ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, *cit.*, p. 111.

²⁵¹ HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *cit.*, p. 283.

²⁵² FERNÁNDEZ, Gonzalo de. *Bien jurídico y sistemas del delito*, *cit.*, p. 61.

²⁵³ HASSEMER *apud* HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, *cit.*, p. 114.

Por ello, HASSEMER entiende necesario relacionar los principios normativos con los conocimientos empíricos y desarrollar ambos en un proceso hermenéutico de concreción de la norma²⁵⁴. De este modo, reconoce la necesidad de orientar el sistema del Derecho penal hacia las consecuencias²⁵⁵, pero, como ya destacamos, solamente como criterio complementario para una correcta legislación y no como meta dominante.

Al entender que el bien jurídico no es un fenómeno puramente normativo, HASSEMER, hace derivar de él las directrices para una política criminal racional²⁵⁶. Y, en este sentido, afirma que “*la idea de bien jurídico conduce, por tanto, a una Política criminal racional: el legislador penal debe medir sus decisiones con criterios justos y claros, utilizándolos, al mismo tiempo, para su justificación y crítica*”²⁵⁷, siendo que estas decisiones deben estar vinculadas a un contexto histórico cultural²⁵⁸.

Con relación a la fijación de un concepto general de bien jurídico, HASSEMER entiende que, dada la relatividad social y política de este fenómeno, es recomendable dejar el concepto abierto; precisar el objeto (desde el proceso constitutivo social y político del bien jurídico); y, por fin, definir el concepto de bien jurídico como “*interés humano necesitado de protección jurídico penal*”²⁵⁹. De esta manera, el concepto de bien jurídico se queda lo suficientemente abierto para permitir al legislador penal una decisión

²⁵⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo de. *Bien jurídico y sistemas del delito*, cit., p. 60. Ver, HASSEMER, Winfried y LARRAURI, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Madrid, Ed. Tecnos, p. 46.

²⁵⁵ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 34.

²⁵⁶ Así, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, cit., p. 116.

²⁵⁷ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, cit., p. 105.

²⁵⁸ En este sentido, HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 39, afirma que: “... sólo se puede juzgar la relación del Derecho penal con la realidad de la que ocupa si se toma en cuenta las limitaciones históricas ante las cuales se encuentra un sistema penal orientado empíricamente”.

²⁵⁹ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, cit., p. 112.

discrecional sobre la necesidad de protección de determinados bienes²⁶⁰.

HASSEMER rechaza las teorías funcionalistas del bien jurídico, pues para él un pensamiento penal funcionalista no es capaz de establecer los límites de la política criminal, y, desde una concepción liberal del Estado, que tiene como función solamente el fomento del desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre²⁶¹, defiende un concepto personal de bien jurídico. En esta teoría personal, este autor, plantea que el concepto de bien jurídico se manifiesta patentemente “*en el campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado*”; advirtiendo que “*los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal*”²⁶².

En la teoría propuesta por HASSEMER las instituciones sólo pueden ser protegidas penalmente en la medida que tal protección sea necesaria a la persona. Es decir, los intereses generales y del Estado pasan a ser funcionalizados a partir del individuo. Así, la protección penal de los bienes jurídicos universales o supraindividuales sólo tienen fundamento cuando se corresponden o concilian con los intereses del individuo²⁶³.

De ahí que, el concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de protección penal de bienes jurídicos estatales o generales, pero limita su protección en función de los intereses del hombre²⁶⁴. Entiende este autor que a partir de esta concepción de bien jurídico es posible ofrecer argumentos para la aplicación del Derecho penal y para la elaboración de una

²⁶⁰ En este sentido, HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *cit.*, p. 282.

²⁶¹ Así, HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *cit.*, p. 281.

²⁶² HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *cit.*, p. 282.

²⁶³ En este sentido, HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *cit.*, p. 281. También, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, *cit.*, p. 109.

²⁶⁴ HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *cit.*, p. 282.

Política criminal clara, controlable y orientada a la persona²⁶⁵.

Sin embargo, advierte HASSEMER que la amenaza a un bien jurídico es una condición necesaria, pero no suficiente para criminalizar una determinada conducta, o sea, es necesario algo más a la hora de decidir sobre el merecimiento de pena de una conducta. Y, para que una conducta sea acreedora de protección penal, afirma HASSEMER que además de la lesión del bien jurídico deben ser observados los principios orientados a la limitación de la punibilidad, los cuales resume bajo el concepto de “formalización de la administración de justicia”. De entre estos principios el autor destaca la subsidiariedad, la dañosidad social, la tolerancia, la humanidad, la protección de la dignidad del hombre, así como, los fundamentos del Derecho penal del hecho y las leyes penales determinadas²⁶⁶.

De esta manera y bajo estos presupuestos, entiende que el concepto de protección del bien jurídico puede cumplir “*su función de imponer al legislador penal una barrera y evitar, o, por lo menos, dificultar, una adecuación precipitada del derecho penal a los intereses de la política criminal*”²⁶⁷.

Todos estos planteamientos de HASSEMER con relación al bien jurídico son coherentes con su propuesta de la reducción del Derecho penal moderno a un “Derecho Penal básico”²⁶⁸, que ejerza su función de medio de control social más riguroso y, al mismo tiempo, respete y mantenga todas las garantías del Estado Social y Democrático de Derecho.

²⁶⁵ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, cit., p. 112.

²⁶⁶ Así, HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, cit., pp. 278-279.

²⁶⁷ HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, cit., p. 279.

²⁶⁸ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”. cit., p. 645. En este mismo sentido, HASSEMER, Winfried. “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?”, en *RDPC*, 2ª. época, n. 3, 1999, traducción al castellano de DÍAZ PITA, María del Mar, p. 328, afirma que: “(...) cuanto más amplio sea el campo del Derecho penal, menos se podrá esperar que éste atienda a cuestiones fundamentales; un Derecho penal excesivamente amplio tendrá necesariamente como objeto cuestiones secundarias, al contrario de lo que ocurre con un Derecho penal cuyo núcleo se concentra en intereses vitales de las personas”.

La propuesta de HASSEMER ha recibido algunas críticas por parte de los defensores de la “expansión”²⁶⁹ del Derecho penal. La principal de ellas es la limitación previa que su teoría representa con relación a posibles objetos de tutela penal que, por un lado, puede excluir actuales demandas sociales de protección jurídico-penal vinculadas a bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y que, todavía, sólo se fundamenta parcialmente en el modelo de Estado democrático instituido, que no sólo es un Estado de Derecho Liberal sino que también un Estado Social²⁷⁰.

En este sentido, haciendo un juicio (crítica) global de la teoría personalista del bien jurídico, SCHÜNEMANN²⁷¹ afirma que

esta retirada a los siglos XIX y XVIII (estando éstos, por lo demás, reconstruidos de modo inexacto) no puede ofrecer perspectiva de futuro alguna y constituye un callejón sin salida que precisamente es incapaz de llevar a cabo la necesaria crítica a las tendencias legislativas dominantes en el momento actual, dejando por ello al legislador tanto más vía libre cuanto mayor frecuencia sea transitado.

Entendemos que estas críticas a la teoría aquí presentadas no pueden prosperar por las siguientes razones. En primer lugar, porque la limitación de determinadas materias al ámbito del Derecho penal es la función primordial de una teoría de protección de bienes jurídicos, dado que el Derecho penal, como medio más severo de control social, debe ser utilizado con respeto al principio de subsidiariedad y a su característica de *ultima ratio* del sistema; y ello sólo puede ser alcanzado con un concepto de bien jurídico capaz de limitar el *ius puniedi* estatal. Además, estas demandas sociales pueden ser reguladas, incluso con más éxito, por otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil o administrativo.

²⁶⁹ Por todos, GRACÍA MARTÍN, Luís. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, cit., pp. 128 y ss, principalmente.

²⁷⁰ En este sentido, SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pp. 76-77.

²⁷¹ SCHÜNEMANN, Bernd. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc/mes 1, 1996, p. 205.

En segundo lugar, el Derecho penal debe tener en su centro de actuación la protección de la persona, tanto en el Estado liberal como en el Estado social²⁷². Ello porque uno no se contrapone al otro, pues el Estado Social de Derecho está, como un paso más, aunque de cierto alcance, en la línea del Estado Liberal de Derecho, reuniendo, aunque con algunas variantes, las características e exigencias propias de todo Estado de Derecho²⁷³.

Además, según ELÍAS DÍAZ, el Estado de Derecho aparece conectado a concepciones político-sociales que pueden designarlo como de carácter personalista²⁷⁴. Por fin, en el plano del Derecho penal, no cabe duda que las garantías y principios proclamados por el liberalismo todavía subsisten, aunque algunos con otra lectura, pero de hecho son postulados del liberalismo (principio de legalidad, finalidad de prevención de la pena, principio de proporcionalidad, principio de intervención mínima, entre otros) que representan la base del sistema penal actual.

Por todo lo afirmado hasta el momento, entendemos que la concreción y delimitación de los bienes jurídicos no puede quedar exclusivamente en manos del decisionismo legislativo, dado que no hay una voluntad divina tras la norma. Las conductas no son meros actos de obediencia o no tan sólo, han de ocasionar perturbación (lesión o puesta en peligro) de los intereses amparados por las normas sancionadoras²⁷⁵, lo que implica el rechazo de una concepción de la imputación penal exclusivamente fundamentada en exigencias preventivo generales, puesto que con ello se olvidaría o prescindiría de otros elementos de política criminal centrales para una concepción democrática de la teoría de la imputación, como podrían ser, por ejemplo, los principios de prevención

²⁷² En este mismo sentido ya ha sustentado FERRAJOLI, Luigi. "Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales", traducción al castellano de Walter Antillón M.. Disponible en www.cienciaspenales.org/revista%2005. Fecha de acceso 26 de mayo de 2004, p. 7, que: "(...) el hombre no fue hecho por el Estado o para otras abstracciones similares sino que el Estado y las otras instituciones fueron hechas por el hombre".

²⁷³ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Ed. Taurus, 1998, p. 102.

²⁷⁴ DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 54.

²⁷⁵ En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio. "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", cit., p. 6.

especial, proporcionalidad o de intervención mínima²⁷⁶.

Así, para que el bien jurídico cumpla con la función crítica y limitadora del *ius puniendi* estatal que se trata de atribuir, deberá estar dotado de un contenido material y no meramente formal; contenido que, entendemos, sólo cuando venga determinado por “... aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”²⁷⁷, ofrecerá argumentos adecuados a la hora de aplicar el Derecho penal y elaborar una política criminal clara, controlable y orientada a la persona²⁷⁸ que desemboque en una función político criminal determinante de los bienes jurídicos que deben protegerse y de cómo deben serlo.

Por todo ello, entendemos que la teoría personalista del bien jurídico desarrollada por HASSEMER, hasta el momento, es la que mejor atiende a la función de limitación del *ius puniendi* del Estado²⁷⁹, dado que limita la actuación del Derecho penal sólo a aquellas conductas que amenazan los intereses de las personas. Y, al mismo tiempo, no prescinde de la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

Hasta aquí hemos expuesto cuáles, entendemos, deben ser las bases y los fundamentos de una concepción de bien jurídico adecuada a las exigencias y respetuosa de las garantías y principios informadores de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Sin embargo, la actual situación de la sociedad y del Derecho penal,

²⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo - estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, 4ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 122.

²⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 46.

²⁷⁸ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, cit., p. 112.

²⁷⁹ Sin embargo, como vimos, la doctrina es divergente y está lejos de un consenso sobre el concepto material de bien jurídico, lo que configura la materia en un problema todavía confuso al Derecho penal actual y estimula la continuación de los debates.

nos obliga a enfrentarnos a los instrumentos que actualmente se están empleando por el legislador. Y uno de ellos son los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. Se hace necesario, por tanto, analizar cuáles son las características de esos bienes jurídicos y si se compaginan o no con la concepción personalista que acabamos de adoptar, bien como si no ponen en jaque la propia teoría del bien jurídico.

2.3. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

2.3.1. Caracterización de los bienes jurídicos colectivos

A pesar de lo dicho hasta el momento, hay que reconocer que la actual tendencia expansionista del Derecho penal hace necesario admitir la existencia de una serie de intereses que trascienden al individuo concretamente considerado y que están necesitados de protección por el Estado, aunque más discutible resulta si esa protección debe ser necesariamente verificada por el Derecho penal.

Antes de proponer un concepto para los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, se debe enfrentar la cuestión de la variedad terminológica que la doctrina utiliza para referirse a ellos, y al final adoptar una posición para evitar futuros problemas de interpretación, aunque es necesario partir de la base aceptada de que todos son bienes jurídicos supraindividuales en cuanto que trascienden a la persona.

De entre las denominaciones propuestas para determinar la tutela de intereses que no son individuales, es decir, que pertenecen a una agrupación de varias personas, se puede destacar como pionera la de los “*intereses difusos*”²⁸⁰. Este término, que debería traducirse como “*difundidos*”²⁸¹, trataría

²⁸⁰ Así, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, en *Intereses difusos y derecho penal*, Madrid, CGPJ, noviembre, 1994, p. 17.

de un “*interés –o sea, de una aspiración- difundido –o sea, presente en modo informal y propagado a nivel masivo en ciertos sectores de la sociedad-*”²⁸².

Sin embargo, como advierte CARBONELL MATEU, el término “*difuso*” no parece acertado, porque se refiere a intereses poco claros o definidos, pertenecientes no se sabe a qué titular²⁸³. Además, los intereses difusos se refieren a grupos extraordinariamente amplios de sujetos pero no a la totalidad de las personas, careciendo de un radio ilimitado de expansión²⁸⁴, lo que limita su utilización a solamente una parte de los intereses de carácter no individual.

Ante las dificultades del término “*bien jurídico difuso*”, la doctrina ha planteado otros, cuyos más frecuentes son: bienes jurídicos colectivos, supraindividuales, sociales o universales, social general, comunitarios, de nueva generación o de nuevo cuño²⁸⁵. No obstante, esta diversidad de términos complica aún más la comprensión del tema, pues algunas veces son utilizados de manera indistinta y, otras, estableciendo diferencias o matices entre ellos²⁸⁶.

BUSTOS RAMÍREZ defiende la posibilidad de una sistematización moderna de los bienes jurídicos que se adapte a las nuevas exigencias, o sea, a los intereses no individuales y, al mismo tiempo, ofrezca una mejor precisión conceptual, contribuyendo a la limitación de la intervención estatal. Este autor entiende que hay dos clases de bienes jurídicos, unos que se refieren a las

²⁸¹ En este sentido, SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 194.

²⁸² SGUBBI *apud* BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Los bienes jurídicos colectivos”, en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, n. 11, junio, 1986, p. 152.

²⁸³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, *cit.*, p. 17.

²⁸⁴ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico – parte general*, *cit.*, pp. 94-95.

²⁸⁵ Por todos, SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Ed. Dykinson, 2000, p. 96.

²⁸⁶ Así, SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, *cit.*, pp. 96-97.

bases y condiciones de subsistencia del sistema (bienes jurídicos tradicionalmente denominados individuales), y otros que están en relación con el funcionamiento del sistema, que él divide en tres subclases (los institucionales, los colectivos y los de control). Los primeros de estos, se refieren a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema (delitos contra la administración de la justicia, contra la fe pública, etc); los segundos, están en referencia a la satisfacción de necesidades de naturaleza social y económica, se relacionan con la participación de todos en el proceso económico-social; los terceros, serían aquellos referidos a la organización del aparato estatal, para que éste pueda cumplir sus funciones (los delitos contra la autoridad, los delitos contra la seguridad interior y exterior, etc)²⁸⁷.

Además, BUSTOS RAMÍREZ, prefiere no utilizar el término “*supraindividuales*”, razonando que constituye una categoría que está por encima del individuo o más allá de él, dado que, en realidad, estas clases de bienes jurídicos están en función de todos los miembros de la sociedad²⁸⁸. Así, utiliza como denominación general la de bienes jurídicos colectivos, respetando la clasificación arriba presentada.

Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, al abordar la cuestión del bien jurídico en la esfera de los delitos socio-económicos, divide los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos en dos grupos: los bienes jurídicos generales o social general, que son de interés de la generalidad de las personas que integran la comunidad social, es decir, son intereses de todos; y, los bienes jurídicos difusos, que no afectan la totalidad de las personas, sino que tienen un carácter sectorial, que podría considerarse como algo característico de grupos extraordinariamente amplios de sujetos, pero carentes

²⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Los bienes jurídicos colectivos”, *cit.*, pp. 161-162.

²⁸⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Los bienes jurídicos colectivos”, *cit.*, p. 159. En este mismo sentido, SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, *cit.*, p. 193. También, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico – parte general*, *cit.*, pp. 93-94.

de un radio ilimitado de expansión²⁸⁹.

Sin embargo, aunque no se niegue la importancia de la labor de la doctrina en la búsqueda de una denominación lo más precisa posible, en el presente trabajo emplearemos los términos bienes jurídicos “*supraindividuales*”, “*colectivos*”, “*universales*” o “*comunitarios*”, para designar los nuevos bienes jurídicos surgidos con la globalización y el avance tecnológico que poseen en común el carácter supraindividual, esto es, su titular no es el individuo²⁹⁰.

Para el presente trabajo, es necesario establecer la diferencia entre los bienes jurídicos individuales (vida, libertad, salud, etc) y los bienes jurídicos supraindividuales, para discutir la extensión que debe darse a tal distinción y cómo debe configurarse en el caso concreto²⁹¹, razón por la cuál se hace necesario la caracterización de los bienes supraindividuales.

Actualmente la doctrina presenta varios criterios para la caracterización general de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, de entre los cuales se puede citar la titularidad, la indisponibilidad, la indivisibilidad, los intereses protegidos o la naturaleza conflictual, los sujetos pasivos, la acción lesiva²⁹².

De ellos, los criterios que más nos interesan son los de la titularidad y de la indisponibilidad de los bienes jurídicos aquí llamados colectivos o supraindividuales.

²⁸⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico – parte general, cit.*, pp. 94-95.

²⁹⁰ Centraremos las observaciones en estos bienes jurídicos, dejando de lado las referencias sobre los bienes jurídicos institucionales y de control (clasificación de BUSTOS RAMÍREZ), por la indiscutible necesidad de protección de estos bienes que hace mucho integran los Códigos penales de los Estados democráticos de Derecho.

²⁹¹ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal, cit.*, p. 107.

²⁹² Estos criterios, bien como sus nomenclaturas, no son empleados de manera unánime en la doctrina. Para mayores detalles ver SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, cit.*, p. 96 y ss. También, SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, cit.*, p. 194 y ss.

Con relación a la titularidad se debe destacar que, en el caso de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, se presenta como no individual, es decir, la titularidad es compartida con el conjunto de la sociedad o una generalidad de personas²⁹³.

Y, la indisponibilidad²⁹⁴, característica consecuente de la anterior, indica que el individuo no puede disponer libremente de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, dado que solamente el titular de un bien jurídico podría disponer de él.

Estas dos características, para HASSEMER y MUÑOZ CONDE, son las que indiscutiblemente permiten distinguir los bienes jurídicos individuales de los universales²⁹⁵. Ello porque, la extensión de tal distinción y su configuración en el caso concreto son elementos importantes en la adopción de una concepción de bien jurídico, pues en esta cuestión se enfrentan las teorías “dualistas” con las teorías “monistas”²⁹⁶.

²⁹³ En este sentido, SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, cit., p. 97. En contra, SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 194, entiende que: “(...), la atribución de la titularidad de un bien jurídico a un grupo social más o menos amplio, en vez de al individuo aisladamente considerado, no comporta automáticamente su calificación de bien jurídico colectivo, sino que ello depende, en mi opinión, de un elemento previo fundamental, cual es la distinta función o utilidad (no fin) que cumplen los bienes jurídicos colectivos con respecto a los individuales”.

²⁹⁴ Ver JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general*, 5ª edición, Granada, Ed. Comares, 2002, Traducción al castellano de OLMEDO CARDENETE, Miguel, p. 234.

²⁹⁵ Así, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, cit., p. 107.

²⁹⁶ Sobre estas teorías, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, cit., pp. 107-108, enseñan que la teoría dualista admite que hay dos clases de bien jurídico, manteniendo la distinción. Esta es una solución insatisfactoria, pero presenta la ventaja que exime la busca de un concepto común superior y evita la elección entre la vaguedad y la lejanía de la praxis. Ya, las teorías monistas sólo admiten, en cambio, “dos posibilidades de concebir el bien jurídico y ambas se excluyen entre sí”. Así, o el bien jurídico es concebido desde el punto de vista del Estado, en este caso los bienes jurídicos individuales son considerados como “simples atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado” (*monista colectiva*). O es concebido desde el punto de vista de la persona, en este caso los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo (*monista personalista*), que consideramos más correcta dado que responde mejor a los presupuestos democráticos adecuados para la protección del individuo y de los principios que el concepto de bien jurídico debe respetar, *ult. cit.*, pp. 109 y 112.

En resumen, los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos pueden ser definidos como aquellos intereses que *“afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y suponen un cierto orden social o estatal”*²⁹⁷ y, por tanto, *“no pertenecen de manera exclusiva a los individuos, sino al conjunto de la población”*²⁹⁸.

En este sentido, HEFENDEHL afirma que *“todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser utilizado potencialmente por cualquier miembro de la sociedad, de modo que no es posible asignar el bien jurídico colectivo o un fragmento del mismo sólo a una determinada parte de la sociedad”*²⁹⁹.

Como ejemplos de bienes jurídicos colectivos, podemos citar el medio ambiente, la seguridad y la salud pública, la economía, la organización política, la seguridad del tráfico, etc.

2.3.2. Problemas relacionados con los bienes jurídicos colectivos

La protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos presenta algunos problemas, debido, fundamentalmente, a la propia dificultad de configuración o delimitación de estos bienes, que sugieren, entre otras cosas, el conflicto con algunos principios ya consagrados por el Derecho penal.

A diferencia de lo que ocurre con los bienes jurídicos “clásicos”, intereses individuales concretos, los bienes jurídicos colectivos son de naturaleza espiritualizada, lo que desnaturaliza la función crítica y selectiva del

²⁹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 46.

²⁹⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, cit., p. 11.

²⁹⁹ HEFENDEHL, Roland. “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 189.

bien jurídico³⁰⁰, dado que no pueden ser utilizados como parámetro en la tipificación de conductas, al no permitir la concreción del mismo. Así, el bien jurídico, muchas veces, pasa a ser utilizado en sentido contrario a su proposición inicial, o sea, deja de ser un límite al *ius puniendi* del Estado para transformarse en un mandato para la criminalización de hechos³⁰¹.

Una de las dificultades que plantean los bienes jurídicos supraindividuales para la delimitación de su contenido, es que son definidos mediante fórmulas vagas, imprecisas, confusas o, incluso, ajenas al Derecho penal³⁰².

Esto se agudiza aún más con la creación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales, derivados del gran avance tecnológico y de la globalización, de difícil concreción, tales como el medioambiente, los socioeconómicos, la salud pública, la seguridad en el trabajo, la manipulación genética, etc., donde la proliferación de conceptos jurídicos indeterminados es una realidad. Este fenómeno puede ser fácilmente comprobado en elementos típicos como “la composición del aire”, o “los elementos de reserva naturales de especial importancia”, que tratan de la protección penal de medio ambiente³⁰³. También

³⁰⁰ IGLESIAS RÍO, Miguel Angel. “Constitución y moderno derecho penal en la sociedad del riesgo”, en *La constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Barcelona, Ed. Bosch, 2003, pp. 1019 y ss. En este mismo sentido, MOCCIA, Sergio. “De la tutela de bienes a la tutela de funciones”, en *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1997, p. 117, advierte que: “El establecimiento de renovadas exigencias de tutela y la búsqueda de eficiencia, a menudo sólo ilusoria, han contribuido a determinar la crisis que actualmente sufre el bien jurídico, cuando menos en su función fundamental de delimitación de la intervención”.

³⁰¹ Así, HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 638. También, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995, p. 23. En este mismo sentido afirma, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal - aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *cit.*, p. 122, que: “..., la doctrina tradicional del bien jurídico pone de relieve – según se señala más arriba – cómo a diferencia de lo sucedido en los procesos de despenalización de los años sesenta y setenta, su capacidad crítica en el marco de procesos de criminalización como los que caracterizan el presente – y seguramente el futuro – resulta sumamente débil.

³⁰² BUSTOS RAMÍREZ, “Los bienes jurídicos colectivos”, *cit.*, pp. 153 y 158. En el mismo sentido HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 640. Y, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, *cit.*, p. 28.

³⁰³ En este sentido, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. “Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente”, *cit.*, p. 514.

es común la utilización de expresiones como “sustancias nocivas para la salud” (art. 359 del CPE), “productos químicos que puedan causar estragos” (art. 359 del CPE), medicamentos “deteriorados” (art. 361 del CPE), etc., en delitos contra la salud pública, que generan dudas con relación al objeto protegido y la conducta lesiva.

En este sentido, advierte MENDOZA BUERGO que *“el problema de la aprehensión del bien jurídico en la formación de nuevos delitos es que entran en juego novedosos bienes jurídicos supraindividuales de perfiles tan inconcretos que constituyen más bien objetivos de regulación”*³⁰⁴.

Ello presupone un claro problema a la teoría del bien jurídico, pues, como afirma HASSEMER³⁰⁵, *“los bienes de protección de esta calidad conceptual no permite criticar un tipo penal por su excesiva amplitud”*. Además, continua el autor, *“el concepto de bien jurídico solamente puede funcionar como posible correctivo de la política criminal en la medida en que los bienes jurídicos a ser protegidos penalmente estén descritos de forma concreta”*.

El reconocimiento de estos nuevos bienes jurídicos supraindividuales, que sólo se pueden definir o formular de modo vago e impreciso, supone la tendencia a la disolución del concepto mismo de bien jurídico, dado que tal concepto es espiritualizado o desmaterializado al ser empleado en ámbitos como la economía y el medioambiente³⁰⁶. En este sentido, MOCCIA advierte, que *“no parece que tales bienes puedan ser reconducidos a objetos de tutela; en realidad vistos bajo estos parámetros, parecen inabarcables conceptualmente y sus límites escapan a una clara delimitación; de hecho, no*

³⁰⁴ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Ed. Comares, 2001, p. 16.

³⁰⁵ HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *cit.*, p. 280.

³⁰⁶ En este sentido, MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, *cit.*, p. 68. Ver también, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, *cit.*, pp. 130-131.

*son objetos de tutela, sino ratones de tutela*³⁰⁷.

El Derecho penal medioambiental es un claro ejemplo de la tendencia a la disolución del concepto de bien jurídico, dado que su protección se lleva a cabo a través de tipos dilatados, que se refieren a bienes jurídicos universales y que en la praxis afectan más a sucesos insignificantes, instrumentalizables por la accesoriadad de la Administración³⁰⁸. Este es el caso del artículo 325 del CP que dispone:

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos 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, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

2. Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, se impondrá una pena 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.

Si se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Este artículo describe una serie de conductas que, al fin y al cabo, dependerán de la contravención de “leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, no dejando claro lo que realmente pretende sancionar y generando problemas, como veremos más adelante, de remisión normativa. Además, el artículo no aclara el objeto que pretende proteger, pues no es posible determinar con el mínimo de seguridad exigible lo que es “el equilibrio de los sistemas naturales”, o sea, no determina lo que

³⁰⁷ MOCCIA, Sergio. “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, *cit.*, p. 121.

³⁰⁸ En este sentido, HERZOG, Félix. “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo – perspectivas más allá del derecho penal”, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo – el análisis crítico de la escuela de frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, traducción al castellano de DEMETRIO CRESPO, Eduardo, p. 256.

debe ser realmente afectado o debe sufrir un menoscabo que justifique la intervención penal.

Estas construcciones banalizan el concepto de bien jurídico, que es indispensable para la construcción del delito desde el punto de vista de las garantías, tanto formales como sustanciales, y favorecen la propagación de objetos ficticios de tutela³⁰⁹.

El carácter difuso e impreciso de los bienes jurídicos supraindividuales conlleva una inadecuada comprensión de su contenido material y causa una gran confusión a la hora de interpretar los tipos penales, principalmente, por el empleo de elementos o cláusulas normativas indeterminadas, lo que presupone una merma del principio de legalidad³¹⁰.

Efectivamente, el principio de legalidad, en materia penal, presenta algunas exigencias garantistas³¹¹, de entre las cuales podemos destacar la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). De ahí que, este principio constituye una garantía material, representada por el principio de taxatividad, a través del cual se exige que el legislador haga la ley de forma clara y concreta, evitando el abuso de conceptos vagos e indeterminados³¹².

En este sentido, afirma FERRAJOLI, que “... *la estricta legalidad garantiza la verificabilidad y la refutabilidad de los supuestos típicos penales abstractos asegurando, mediante las garantías penales, la denotación taxativa de la acción, del daño y de la culpabilidad que forman sus elementos*

³⁰⁹ MOCCIA, Sergio. “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, *cit.*, p. 121.

³¹⁰ Así, MORALES PRATS, Fermín. “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, en *Intereses difusos y derecho penal*, Madrid, Ed. CGPJ, 1994, p. 86.

³¹¹ Las cuales serán tratadas en el Capítulo III.

³¹² MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, 9ª Edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 96.

*constitutivos...*³¹³. Así, cualquier tipificación debe ser realizada de forma clara y precisa, posibilitando a sus destinatarios la total comprensión del hecho sancionado.

Estas exigencias de certeza y taxatividad oriundas del principio de legalidad, chocan frontalmente con la utilización de conceptos vagos y de contenidos abstractos e indeterminados, característica fundamental e inevitable por su propia configuración, de los bienes jurídicos supraindividuales.

Una vez más es posible utilizar el ejemplo de las expresiones “sustancias nocivas para la salud” y “productos químicos que puedan causar estragos”, empleadas en el artículo 359 del Cp. De ahí, surgen algunas preguntas: ¿Qué son sustancias nocivas para la salud? ¿Qué efectos debe generar una sustancia para que sea considerada nociva a la salud? Una hamburguesa o un refresco, desde en un determinado punto de vista, pueden ser “nocivos” para la salud. Incluso, el tabaco y las bebidas alcohólicas son comprobadamente “nocivos” para la salud de las personas y la comercialización de estas sustancias es libre. Pero aún más, ¿Qué “estragos” deben causar los productos químicos? En estos delitos es evidente la vaguedad de los conceptos y la infracción del principio de legalidad.

Pero no sólo el empleo de términos y conceptos vagos o imprecisos se puede alegar como crítica a los bienes jurídicos supraindividuales, sino que en un importante número de supuestos, incluso teniendo claro lo que se pretende proteger, se tipifican comportamientos que nunca, o muy difícilmente, podrían lesionar o, siquiera, poner en peligro aquello que se está protegiendo, al conllevar una mínima o inexistente capacidad lesiva.

Efectivamente, la criminalización de sucesos insignificantes implica un problema para el Derecho penal, que debe ser aplicado siempre observándose su carácter de *ultima ratio* y subsidiariedad, o sea, el principio de intervención

³¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, traducción al castellano por ANDRÉS IBÁÑEZ P. y GREPPI A., p. 96.

mínima. Esta característica de algunos delitos que poseen como fundamento la protección de bienes jurídicos colectivos, junto con la forma de protección, esencialmente a través de delitos de peligro abstracto, hace surgir la crítica de la doctrina de que el Derecho penal se ha “administrativizado”³¹⁴.

En este punto surge una idea que se manifiesta evidente, si aisladamente la conducta descrita, por su mínimo potencial lesivo, es incapaz de vulnerar el bien jurídico, lógicamente necesitamos que se produzca una reiteración de estos mismos comportamientos a fin de configurar una posible afección del bien jurídico.

Una vez más los delitos medioambientales, sirven de ejemplo, pues, debido a la insignificancia de la conducta aislada estos sólo existirían, de hecho, si hubiera la acumulación, es decir, la reiteración y generalización de conductas³¹⁵.

Así, como destaca SILVA SÁNCHEZ³¹⁶:

Los vertidos de una empresa – de una sola – por mucho que superen los

³¹⁴ Así, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal - aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 134, señala que: “... esta orientación a la protección de contextos cada vez más genéricos (en el espacio y en el tiempo) del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, lleva el Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas, son, por el contrario, de <<intensidad baja>>. Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha <<administrativizado>>.”

³¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 156. También, PRITTWITZ, Cornelius. “Sociedad de riesgo y derecho penal”, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo – el análisis crítico de la escuela de frankfurt*, Toledo, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 263, afirma que: “Estas conductas generalmente son designadas como criminalidad de bagatela, en cuanto que su peligrosidad surge únicamente por el denominado efecto de acumulación, o, dicho de otro modo, la falta de peligrosidad en el momento del comportamiento se desmiente únicamente a través de la consideración de perspectivas temporales más amplias”.

³¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Política criminal <<moderna>>? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código pena español”, en *AP*, n. 23, 8 al 14 de junio de 1998, p. 444.

grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa no tienen por qué poner en peligro – por ellos solos – el medio ambiente. Si sólo se tratara de ellos, no existiría problema medio-ambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esa medida, es lógico que desde la perspectiva global del Derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría – tiene – un inadmisibles efecto lesivo.

Por tanto, la conducta aislada no debería ser sancionada por el Derecho penal, una vez que es insignificante con relación al bien jurídico tutelado individualmente considerado, dado que no presentan elemento alguno que permita asignarles un carácter lesivo, o, incluso, que por sí mismas constituyan o generen un peligro, sino que estos resultados (lesivos o de peligro) vienen dados por la reiteración o masificación del comportamiento.

Evidentemente, resulta claro desde este planteamiento la irrelevancia de la conducta individual en lo relativo a su potencialidad lesiva que aisladamente considerada no logra llegar al punto de generar ningún riesgo que le sea atribuible, sino que éste sólo aparece mediante la suma de componentes externos que en ningún caso pueden serle imputables, esto es, la conducta de terceros; en conclusión, en caso alguno puede llegarse a imputar el resultado lesivo a cada uno de los comportamientos individuales, dado que por sí mismos son inofensivos y absolutamente inidóneos para ocasionarlo³¹⁷.

En este punto, el hacer depender la atribución de un determinado resultado, y consecuentemente, fundamentar la culpabilidad de un sujeto no en el propio comportamiento realizado (que tal como hemos visto es inofensivo aisladamente considerado) sino en las conductas de terceros, absolutamente externas e independientes de la realizada por el sujeto, resulta completamente inadmisibles desde el prisma del respeto a los principios inspiradores del

³¹⁷ En sentido contrario, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho – especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 921, afirma que: “Es posible que se ocasione la pérdida de la posibilidad de dominio sobre el potencial riesgo pero sigue siendo legítima la intervención penal puesto que ese riesgo puede perjudicar a un bien jurídico concreto”.

Derecho penal y, esencialmente, al principio de culpabilidad³¹⁸.

La situación empeora, todavía más, debido a la forma de protección de estos nuevos bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, pues, como bien observa ACALÉ SÁNCHEZ, “... un sector de la doctrina afirma que es imposible constatar efectivamente su lesión en algunos supuestos por su amplitud o por que su menoscabo se produce a través de la suma de distintas acciones individuales...”³¹⁹.

De este modo, los bienes jurídicos supraindividuales plantean un problema más para el Derecho penal “clásico” o “liberal”, como es, la forma de tutela. Ello porque, mientras la lesión de un bien jurídico individual presenta perfiles muy claros, la lesión de los bienes jurídicos supraindividuales es de difícil delimitación y constatación, o sea, es mucho más difusa³²⁰. Justamente el carácter difuso e impreciso de los bienes jurídicos supraindividuales, como la salud pública y el medioambiente, y la consecuente dificultad de comprobar su lesión o su puesta en peligro contribuye a que se plantee su protección mediante la construcción de delitos de peligro en su modalidad de peligro abstracto, y el recurso a las leyes penales en blanco³²¹.

Los delitos de peligro abstracto generan algunas discusiones sobre su legitimidad, debido a la falta de lesividad o peligrosidad de algunas de las

³¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Política criminal <moderna>? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español”, *cit.*, p. 443.

³¹⁹ ACALE SÁNCHEZ, María. *El injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, Editorial Comares, 2000, pp. 191-192. En este mismo sentido, MORALES PRATS, Fermín. “Técnicas de tutela penal de los intereses difusos”, *cit.*, p. 77, afirma que: “Los intereses difusos se caracterizan por la imposibilidad de articular su tutela a través de las técnicas clásicas del Derecho penal”.

³²⁰ Así, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, *cit.*, p. 20.

³²¹ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. “El ‘moderno’ derecho penal en el nuevo código penal - principios y tendencias”, *cit.*, p. 1340. También, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, *cit.*, p. 20. Y, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico – Universidad de Valladolid, 1999, p. 38.

acciones incluidas en el tipo³²². Ello porque, en estos delitos se castiga una acción típicamente peligrosa o peligrosa “en abstracto” en su peligrosidad típica, sin exigir en el caso concreto la puesta efectivamente en peligro del bien jurídico protegido³²³; es decir, en los delitos de peligro abstracto el legislador se conforma con la adecuación de la acción para lesionar un bien jurídico, negando, a menudo, el “desvalor de resultado”³²⁴.

En estos delitos no se exige la puesta en peligro del bien jurídico para el objeto de la acción o el bien jurídico protegido, solamente la realización de un comportamiento supuestamente peligroso, que signifique un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico³²⁵. De ahí que, en los delitos de peligro abstracto, lo que se castiga es la realización de una conducta *ex ante* peligrosa para determinado bien jurídico. La peligrosidad en estos casos implica necesariamente un juicio sobre la propia acción en el momento de ponerla en práctica y, por tanto, se trata en todo caso de un juicio a realizar con los conocimientos y datos disponibles en ese momento, como juicio de pronóstico o previsibilidad³²⁶, pero sin exigir, en modo alguno, la constatación de la existencia de una peligrosidad *ex post*, es decir, referida al caso concreto.

De este modo, los delitos de peligro abstracto presuponen un excesivo adelantamiento de la tutela penal, pues ésta pasa a actuar en momentos previos a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, consumándose con la simple realización de la conducta descrita en el tipo; es decir, “*no requieren una comprobación de afectación, potencial, a un objeto en que se materialice el*

³²² MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, *cit.*, p. 5.

³²³ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, p. 14.

³²⁴ En este sentido, MAQUEDA ABREU, María Luisa. “La idea de peligro en el moderno derecho penal – algunas reflexiones a propósito del proyecto de código penal de 1992”, en *AP*, n. 26/27, junio/julio, 1994, pp. 486-487.

³²⁵ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, *cit.*, pp. 20-21.

³²⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, *cit.*, p. 25.

bien jurídico o a una manifestación concreta del mismo, el juicio *'ex post'* sería, a efectos de subsunción, *'absolutamente irrelevante'*³²⁷. En estos delitos el peligro es un mero motivo, "*ratio*" de la incriminación, no el resultado típico del mismo, no siendo la producción del peligro un elemento del tipo de injusto³²⁸.

Además, los delitos de peligro abstracto producen una reducción de los requisitos para castigar, pues evitan los problemas de prueba de la lesión del bien jurídico, disminuyendo, consecuentemente, la posibilidad de defensa. Y, por fin, amplían enormemente el ámbito de aplicación del Derecho penal y prescinden de la demostración de la causalidad³²⁹, cuestiones que suelen ser un problema en los delitos contra el medio ambiente, y los relacionados con manipulación de medicamentos, alimentos³³⁰ y sustancias peligrosas.

Aquí, podemos citar como ejemplo el ámbito del Derecho penal económico, pues es uno de los sectores donde se puede constatar la existencia de tipos de peligro abstracto puramente formales y carentes de todo contenido material de injusto. En este sentido, el delito societario de obstaculización a la actuación supervisora de la administración (art. 294) o el delito tributario contable en su modalidad de incumplimiento de la obligación de llevar libros o registros fiscales (art. 310, apdo. a)³³¹, casos que constituyen meros supuestos de infracción de obligaciones formales que, en modo alguno, implican la infracción del bien jurídico.

³²⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Peligro abstracto y garantías penales", en *El nuevo derecho penal español – estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra, Aranzadi, 2001, p. 799.

³²⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. "La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea", en *El nuevo derecho penal español – estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001, p. 693.

³²⁹ Así, HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal", *cit.*, pp. 640-641. También, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, *cit.*, pp. 36 y ss.

³³⁰ Con relación a las dificultades que plantean la determinación de la causalidad en estos ámbitos, véase HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, *cit.*, pp. 87 y ss.

³³¹ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico – parte general*, *cit.*, pp. 108-109.

Pero no terminan aquí los problemas que plantea la protección de bienes jurídicos colectivos. Efectivamente, además de tener que recurrir a la técnica de delitos de peligro abstracto por las dificultades que presenta la constatación y acreditación de un menoscabo o resultado lesivo para el bien jurídico, se hace necesario acudir al empleo de leyes penales en blanco ante la imposibilidad e incapacidad del legislador de concretar cuáles son los aspectos del bien jurídico que se lesionan y cuáles son las conductas que pueden afectarlos.

La utilización de la técnica de tipificación de la ley penal en blanco, entendida aquí, como aquella ley penal que *“configura su supuesto de hecho, total o parcialmente, por remisión a disposiciones de otras ramas del Ordenamiento jurídico, exigiendo la infracción de esta normativa extrapenal”*³³², también presenta problemas con relación al principio de legalidad, lo que, muchas veces, pone en discusión su propia constitucionalidad.

Las leyes penales en blanco presentan una significación constitucional cuando la norma que complementa el supuesto de hecho es de rango inferior a las leyes penales³³³, generalmente un reglamento o leyes de las Comunidades Autónomas. También genera dificultades porque el legislador, a través de esa técnica de tipificación, delega el establecimiento del elemento típico a otra instancia³³⁴.

Así, el principio de legalidad, en algunas ocasiones, puede ser vulnerado tanto en sus postulados formales como materiales, provocando una merma en la seguridad jurídica de los ciudadanos³³⁵. Los postulados formales

³³² MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 24.

³³³ MUÑOZ CONDE, Francisco y CUADRADO RUIZ, María Angeles. “Ley penal en blanco”, en *EJB*, Madrid, Ed. Civitas, 1995, tomo III, p. 4013. También, BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1998, p. 40.

³³⁴ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *EPC*, Santiago de Compostela, XVI, 1993, p. 71.

³³⁵ En este sentido, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formación de las normas penales – el caso de las leyes penales en blanco, cit.*, p. 128.

porque la definición de los delitos y penas pasa a ser estipulada por la normativa administrativa, confiando la materia penal a normas que no poseen el rango establecido en la Constitución³³⁶, además de dejar en manos del Gobierno la definición de la ley penal, que es de competencia exclusiva del legislador. Por otro lado, la utilización de las leyes penales en blanco también puede vulnerar la garantía material del principio de legalidad, representada por el principio de taxatividad de la ley penal, según el cual, la ley debe ser cierta y clara para que todos los destinatarios puedan comprenderlas sin dificultades, lo que consagra el principio de seguridad jurídica.

Las leyes penales en blanco, por su propia naturaleza, tienden a contrariar estos postulados del principio de legalidad, sustrayendo de la ley penal la certeza y la claridad, requisitos que deben estar presentes en el ordenamiento jurídico. El supuesto de hecho se queda, así, indeterminado, necesitando ser completado a través de una remisión. De este modo, considerando que la principal característica de la seguridad es el conocimiento previo respecto de algo, tal hecho genera un clima de inseguridad jurídica porque dificulta el conocimiento predeterminado del ciudadano de las conductas ilícitas³³⁷.

Una vez más el bien jurídico medio ambiente sirve de ejemplo, pues es usual el empleo de leyes penales en blanco en la tipificación de conductas que en teoría podrían lesionarlo. Es el caso del ya citado artículo 325 del Cp, donde

³³⁶ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formación de las normas penales – el caso de las leyes penales en blanco*, cit., p. 128.

³³⁷ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formación de las normas penales – el caso de las leyes penales en blanco*, cit., pp. 129-130. Todavía, se puede destacar que, de acuerdo con la definición de la Real Academia Española, la seguridad, en un sentido amplio, es definida como certeza, “conocimiento claro y seguro de algo”. Ya considerando en sentido más estricto, trasladando el concepto para el campo jurídico, se tiene, así, que seguridad jurídica es la “cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación”. (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª. edición, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 2001, tomo II, p. 2040). Tal previsibilidad de la aplicación de las normas genera una expectativa sobre la conducta de los demás, de cierto modo, una certidumbre de lo que va a ocurrir, porque hay una regularidad constante de las conductas de la mayoría de los miembros de un determinado grupo (LAPORTA, Francisco J. “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, *Estado, justicia, derechos*, eds. DÍAZ, Elíaz y COLOMER, José Luis, Madrid, Ed. Alianza, 2002, p. 109).

la conducta delictiva no consiste sólo en la provocación o realización de los resultados típicos, es necesario que tal conducta se realice “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, remetiéndolo a la complementación de la ley penal a una pluralidad de fuentes, que no mantienen identidad en cuanto al rango³³⁸.

Por todo lo expuesto, resultan evidentes los problemas que se derivan o pueden hacerlo de una utilización de bienes jurídicos de carácter supraindividual, por las reiteradas y diferentes vulneraciones de los principios básicos y clásicos que esta técnica puede implicar. Ahora bien, la realidad social y jurídica se impone, y la presencia de este tipo de bienes en los ordenamientos de nuestro entorno sociocultural es innegable. La pregunta a contestar ya no sería si se protegen o no los bienes jurídicos supraindividuales, sino cómo protegerlos para que respeten los postulados del Derecho penal en un Estado de Derecho; es decir, la cuestión es la legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales como objeto de protección en las nuevas tendencias penales.

2.4. LA LEGITIMIDAD DE LOS “NUEVOS” BIENES JURÍDICOS EN EL MODERNO DERECHO PENAL

De todo lo visto hasta ahora, podemos observar que los cambios sociales han ocurrido de manera muy rápida, principalmente por la gran evolución en los medios de comunicación y transporte, que funcionan como motores de la actual Sociedad. Y, con esa nueva realidad social, surgen situaciones hasta el momento inéditas, carentes de regulación. Son nuevos “intereses” o, mejor dicho, nuevos bienes jurídicos respecto de los que la Sociedad clama por su protección, fundamentalmente, los aquí denominados bienes jurídicos supraindividuales o colectivos.

³³⁸ En este sentido TERRADILLOS BASOCO. “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 44.

Evidentemente, el Derecho penal de hoy no puede renunciar a la protección de estos nuevos bienes jurídicos supraindividuales, porque casi todas las actividades de la vida cotidiana (trabajo, economía, producción, etc.) se han hecho más complicadas y, consecuentemente, más vulnerables³³⁹.

Sin embargo, muchas veces la protección de estos nuevos bienes jurídicos supraindividuales por el Derecho penal presenta algunas dificultades, fundamentalmente, por los problemas relacionados con la delimitación de los mismos (epígrafe 3.2) y por los principios y características propias del Derecho penal. De ahí surgen algunas cuestiones que deben ser elucidadas con la intención de dirimir el problema de la legitimidad de la intervención penal en la protección de bienes jurídicos supraindividuales, tales como: ¿Debe ocuparse el Derecho penal de la protección de bienes jurídicos colectivos? Y, en caso afirmativo: ¿Cuáles deben ser los límites de la intervención penal en estos ámbitos?. Es decir, ¿Hasta qué punto debe llegar tal intervención para que sea legítima en el Estado Social y Democrático de Derecho?

La respuesta a la primera cuestión ya fue adelantada arriba, el Derecho penal necesita proteger los nuevos bienes jurídicos supraindividuales, pero esta protección no debe realizarse indiscriminadamente, es decir, no todos ellos son bienes jurídicos que merezcan protección penal y, tampoco, la merecen todos los ataques a los mismos. Ello porque, el Derecho penal debe ser utilizado de la forma más restrictiva posible y respetando todos sus principios y garantías, pues constituye el medio más contundente de control social, dado que es la rama del derecho que prevé las sanciones más gravosas.

La protección penal de determinados bienes jurídicos supraindividuales hoy en día es una necesidad que no puede ser negada. Ello porque, los cambios sociales y el gran desarrollo de determinados sectores de la vida

³³⁹ En este sentido, HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad - bases para una teoría de la imputación en derecho pena*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, traducido al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco y DÍAZ PITA, María del Mar, p. 68.

moderna, como la economía, producción, etc, exponen a las personas a peligros reales, con existencia objetiva, creando situaciones de inseguridad que van más allá de la sensación de inseguridad subjetiva³⁴⁰.

Ante esta situación le corresponde al Estado promover la protección de estos bienes para, a través de ésta, proteger a toda la Sociedad; ahora bien, es evidente que esta protección no debe ser hecha “sólo” por el Derecho penal, sino “también” por esta rama del Derecho. De este modo, ciertos sectores del sistema económico, por la importancia que tienen y para que las personas puedan hacer transacciones comerciales con el mínimo de seguridad exigible, necesitan ser protegidas también por el Derecho penal. Este es el caso por ejemplo de la administración desleal, donde es posible la intervención penal, dado que protege un bien jurídico individual, el patrimonio, y un bien jurídico colectivo, cuál sea la confianza en el sistema económico.

Sin embargo, consideramos que algunos de estos bienes jurídicos supraindividuales, por los problemas que presentan, no deberían ser protegidos por el Derecho penal. Un buen ejemplo es el medio ambiente. Ello porque el medio ambiente no puede ser considerado en sí un bien jurídico, pues éste sólo logra la condición de bien jurídico por la función que ejerce a la persona³⁴¹, o sea, no hay “derechos del medio ambiente”, ni tenemos “deberes hacia el medio ambiente”³⁴².

El primer paso a dar a la hora de afirmar la necesidad de proteger un determinado bien jurídico, es concretar su contenido; esto es, delimitar qué es lo que estamos protegiendo, porque sólo a través de esta delimitación podremos, en un momento posterior, determinar cómo y con qué podemos lesionar aquello que hemos protegido. Por tanto, se hace imprescindible dotar

³⁴⁰ La sensación de inseguridad subjetiva puede existir incluso independiente de la presencia de peligros reales.

³⁴¹ En este sentido, HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? – bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *cit.*, p. 9.

³⁴² Ver ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en *RECPC* 04-08 (2002), fecha 27/10/2003, p. 4.

de un contenido propio, de un concepto, a ese bien jurídico.

La propia definición del medio ambiente presenta problemas, dado que es muy vaga e imprecisa; no se sabe lo que debe ser protegido, si el agua, el aire, el suelo, la fauna, etc., y ello imposibilita su tipificación con el mínimo de seguridad jurídica exigible en un Estado de derecho. Y, como señalamos, derivado de este problema de definición, surge otro, aún más complicado, que es la determinación de la lesividad, ya que no es posible establecer el menoscabo de un bien jurídico que no se puede concretar; es evidente que si no se puede concretar qué se puede lesionar, difícilmente se podrá concretar cómo se puede lesionar.

Además, la protección del medio ambiente a través del Derecho penal puede causar más perjuicios que beneficios, pues como advierte MÜLLER-TUCKFELD, *“el problema principal no es que el Derecho penal del medio ambiente sea ineficaz para impedir la contaminación ambiental, sino que su mensaje –en la medida que se cree en él- impide una política ambiental racional y totalmente efectiva”*³⁴³.

En conclusión, entendemos que un primer paso a dar para afirmar la legitimidad de la protección penal de un bien jurídico supraindividual, radica en la necesidad de aportar un concepto preciso y claro de aquello que se pretende proteger, a fin de poder determinar y concretar claramente, y dentro del respeto a la seguridad jurídica, qué conductas estarían prohibidas por ser potencialmente peligrosas para lo que se está protegiendo.

Una vez concretado, si fuera posible, el contenido y configuración del bien jurídico que se pretende proteger, surge la segunda cuestión: ¿qué comportamientos potencialmente lesivos para el mismo deben prohibirse? ¿cualquier ataque contra el mismo debe criminalizarse?

³⁴³ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. “Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente”, *cit.*, p. 525.

De la misma forma que ni todos bienes jurídicos deben ser protegidos penalmente, tampoco todos los ataques a los bienes jurídicos necesitan ser tipificados. Partiendo de uno de los ejemplos arriba propuesto, no todos los ataques al sistema económico merecen protección penal, sino que algunos de ellos pueden perfectamente ser protegidos por otros medios de control social, principalmente, por el Derecho Civil o Administrativo, preferibles por la menor gravedad de sus sanciones. De este modo, solamente serán objetos de protección los bienes jurídicos más importantes para la convivencia social y el libre desarrollo del individuo en la sociedad, y, asimismo, cuando la violencia de los ataques fuera lo suficientemente grave para justificar esta protección.

En este mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ³⁴⁴ señala que "(...), *guiada siempre por principios restrictivos de la intervención penal en este terreno, la doctrina especializada ha propugnado únicamente la criminalización de las infracciones económicas de mayor gravedad, de acuerdo con una concepción material del bien jurídico, y además sólo frente a las modalidades de ataque más intolerables*".

En todo caso, el Derecho penal deberá ser empleado siempre respetando los límites trazados por sus principios y garantías en la tipificación de toda y cualquier conducta, es decir, tanto en la protección de bienes jurídicos individuales, como de bienes jurídicos supraindividuales. De entre estos principios asumen especial relevancia el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de legalidad y de intervención mínima.

El principio de legalidad es imprescindible en el Estado de derecho, porque regula las formas de producción y los contenidos producidos del Derecho positivo. Es decir, gracias al principio de legalidad, el Derecho penal más allá de programar sus formas de producción, por medio de normas de procedimiento para la formación de leyes y demás disposiciones, debe

³⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes jurídico-penales – especial referencia al ámbito económico", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo - libro en homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Ed. Tecnos, 2003, p. 411.

programar sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y valores constitucionales³⁴⁵.

Los bienes jurídicos supraindividuales por las particularidades que presentan, muchas veces, entran en conflicto con las exigencias de este principio, tanto formal como material.

Con la garantía formal, porque muchos de estos bienes, como ya destacamos, son protegidos a través de leyes penales en blanco, leyes penales que configuran “*su supuesto de hecho, total o parcialmente, por remisión a disposiciones de otras ramas del Ordenamiento jurídico*”³⁴⁶. Se vulnera así el principio de legalidad, dado que no se respeta el esquema de división de poderes y la reserva de ley, principalmente cuando la ley penal no contiene el núcleo de la conducta típica y esta es reglamentada por el Gobierno.

Un claro ejemplo es el artículo 316³⁴⁷ del Cp., que trata de los delitos contra los derechos de los trabajadores, específicamente de los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, donde la expresión “estando legalmente obligados” vincula la existencia del delito a la realización de la infracción administrativa, de tal manera que sin infracción administrativa no hay delito³⁴⁸, representando, así, una clara ofensa al principio de legalidad, pues deja al complemento no penal el establecimiento de elemento esencial del núcleo del tipo, cual sea, el sujeto activo.

También la garantía material del principio de legalidad, representada

³⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*, cit., pp. 19-20.

³⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 24.

³⁴⁷ CP, Art. 316. Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

³⁴⁸ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p.105.

fundamentalmente por el principio de la taxatividad y seguridad jurídica, puede sufrir una merma significativa en la tutela de bienes jurídicos colectivos, porque en estos sectores se produce la proliferación de conceptos vagos e indeterminados.

Nuevamente, se muestra pertinente el ejemplo de los delitos del medio ambiente, en los cuales algunos conceptos como “composición natural del aire” o “los elementos de reservas naturales de especial importancia” son una constante en los preceptos legales³⁴⁹, y su indeterminación y abstracción se muestra evidente.

Ante todo lo expuesto, entendemos que la tutela penal de los bienes jurídicos colectivos solamente será posible desde dentro de las exigencias del principio de legalidad, tanto formal como material, que son fundamentales para la supervivencia del Estado Social y Democrático de Derecho. Es decir, aún reconociendo la innegable necesidad que existe en determinados ámbitos de recurrir a la técnica de las leyes penales en blanco es imprescindible que en la regulación se respete el principio de legalidad y que, por lo menos, el núcleo del comportamiento típico aparezca claramente precisado en el precepto penal; junto a ello es preciso que los términos y conceptos empleados en la descripción típica sean claros y determinados.

La tutela penal también debe estar dentro de los límites del principio de intervención mínima. Sin embargo, la incriminación de estos nuevos ámbitos, algunas veces, vulnera este principio en sus dos vertientes, el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal.

En primer lugar, como ya hemos destacado, el Derecho penal debe ocuparse de la protección de los bienes inequívocamente imprescindibles para

³⁴⁹ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. “Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente”, *cit.*, p. 514.

el orden social y contra los ataques más violentos³⁵⁰, sean estos bienes individuales o supraindividuales.

Citando el ejemplo propuesto por BUSTOS RAMÍREZ³⁵¹, del bien jurídico patrimonio, es posible entender tal principio con la debida claridad, dado que este bien jurídico está protegido penalmente de varias maneras, incluso en algunos delitos clasificados de socio-económicos, pero no todo ataque a ese bien jurídico está tipificado, es decir, no todo ataque merece una pena. El hurto, el robo y, también, la administración desleal son elevados a la condición de delito por la gravedad que sus ataques representan para el patrimonio, sin embargo el incumplimiento de un contrato o el no pago de una deuda, no necesitan ser tutelados penalmente.

De ahí la importancia del principio de lesividad, pues el ataque al bien jurídico debe ser idóneo para lesionarlo o al menos ponerlo en peligro. Incluso, la conducta lesiva deberá afectar las necesidades del sistema social en su conjunto y sus consecuencias deberán ser susceptibles de constatación en la realidad social³⁵².

Así, es necesario la presencia de dos elementos para que el Derecho penal actúe: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a éste sea grave. De lo contrario, el Derecho penal no debe ser utilizado, lo que no significa que el bien jurídico no pueda o no deba ser protegido por otra rama del ordenamiento jurídico, que inclusive debe preceder a la tutela penal.

De ahí, el carácter subsidiario del Derecho penal, que solamente debe ser utilizado, como forma de control social, cuando otros medios de control menos gravosos son insuficientes, fundamentalmente, porque es el Derecho

³⁵⁰ En este mismo sentido, SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 172.

³⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 67.

³⁵² En este sentido, DÍEZ RIPOLLES, José Luis. "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", cit., p. 12.

penal la rama del ordenamiento que prevé las más graves sanciones. Por ello, siempre que sea posible será preferible la utilización de otras formas de control social que generen un menor sacrificio a la libertad de los ciudadanos.

Sin embargo, ocurre que, la protección penal de nuevos bienes jurídicos supraindividuales, muchas veces, ofende el carácter subsidiario del Derecho penal, que deja de ser la *ultima ratio* del sistema para transformarse en *prima*, o incluso, *unica ratio*. Ello porque, algunas conductas, a pesar de lesionar o poner en peligro estos bienes jurídicos, podrían ser reguladas por otras ramas del ordenamiento jurídico como el Derecho civil o administrativo, inclusive, con resultados más productivos. Este es el caso del bien jurídico medio ambiente, que por sus propias peculiaridades y de las conductas que lo lesionan o lo ponen en peligro, estaría mejor protegido por otras ramas del ordenamiento.

No obstante, entendemos que el Derecho penal, incluso ante la necesidad de proteger algunos bienes jurídicos colectivos, no puede prescindir del principio de intervención mínima, dado que aunque este sea una herencia del Iluminismo, su vigencia en la actualidad está plenamente justificada y el mayor intervencionismo del Estado social no debe servir de disculpa para su violación.

En este mismo sentido, advierte MIR PUIG³⁵³, que:

Por una parte, un Estado puede caer en la tentación de utilizar el Derecho penal como apoyo de una política de gobierno determinada. Es éste el riesgo más intolerable, que tiende a la maximalización de la eficacia del poder público. Por otra parte, el Estado social puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos difundidos entre amplias capas de la población con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. La bondad de una acción de gobierno para la colectividad no justifica sin más que busque el apoyo de un arma tan lesiva como el Derecho penal.

³⁵³ MIR PUIG, Santiago. "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal", en *RFDUG*, n. 12, 1987, p. 244.

Así, no hay dudas de que los principios de legalidad, intervención mínima y lesividad deben ser observados a la hora de promover la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales, pues se configuran como garantías fundamentales del individuo frente al *ius puniendi* del Estado.

Sin embargo, hasta aquí no hay nada de novedoso: toda y cualquier tutela penal, para ser legítima, debe estar de acuerdo con todos los principios antes citados. El problema es llegar a un denominador común entre la necesidad de protección de determinados bienes jurídicos colectivos y la adaptación a las exigencias de estos principios básicos del Derecho penal, para que estas intervenciones sean legítimas.

Sobre esa base, entendemos, en primer lugar que la tutela penal solamente será posible a través de conceptos claros y precisos. Es decir, el objeto de tutela de una norma penal tiene que estar bien descrito, configurado, para no causar incertidumbre sobre lo que realmente esta norma protege, si la vida, la integridad física, el patrimonio y etc., pues solamente así el Estado podrá garantizar la protección de bienes jurídicos sin lesionar la libertad de los ciudadanos.

Además, la norma penal debe transmitir con precisión los límites de la protección, es decir, el destinatario de la norma tiene que conocer la conducta prohibida sin mayores dificultades de interpretación, sin que haya dudas entre la conducta lícita o ilícita. La "frontera" entre la acción reprochable y la permitida debe estar bien delimitada y configurada en el tipo penal, para evitar errores de interpretación y para que todos los destinatarios de la norma tengan fácil acceso a su contenido, de tal forma que se debe evitar, en lo posible, el recurso a leyes penales en blanco, por lo menos las que impidan la descripción clara de la conducta típica en el precepto penal.

En tercer lugar, se debe evitar el recurso a los delitos de peligro abstracto, utilizando esta técnica de tipificación solamente en casos

extremamente necesarios, cuando la importancia del bien jurídico y la gravedad del ataque lo justifiquen. Asimismo, aunque presentes estos requisitos, el recurso a los delitos de peligro abstracto solamente será admisible si no es posible la tipificación a través de los delitos de peligro concreto o de los delitos de lesión.

Aquí asume una importante función la delimitación de la lesión del bien jurídico protegido, pues, como advierte MUÑOZ CONDE, “*sólo la lesión o la puesta en peligro concreto de un bien jurídico debe ser sancionada con una pena*”³⁵⁴. Y, también, como ya destacamos, algunos ataques merecen protección y otros no, como en el caso del bien jurídico patrimonio.

Sin embargo, atender a esos requisitos mínimos es muy complicado en la protección de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, por sus propias características. Por ello, entendemos que la única forma de conciliar la protección de estos bienes jurídicos con los principios y características del Derecho penal es tomándolos en consideración a los intereses de la persona, o sea, sólo con base en una teoría personalista del bien jurídico podremos llegar a una solución satisfactoria.

En esta línea, HASSEMER, como ya destacamos, defiende que la protección penal de los bienes jurídicos universales o supraindividuales sólo tienen fundamento cuando se corresponden o concilian con los intereses del individuo³⁵⁵, pues, según él, “*los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal*”³⁵⁶.

En este mismo sentido, entiende TAVARES³⁵⁷ que:

³⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GRACÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 305.

³⁵⁵ En este sentido, HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, cit., p. 281. También, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, cit., p. 109.

³⁵⁶ HASSEMER, Winfried. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, cit., p. 282.

³⁵⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, cit., p. 199.

“El bien jurídico en su condición de valor y, consecuentemente, inserto en el amplio aspecto de la finalidad del ordenamiento jurídico cumple la función de protección, no de sí mismo, sino de la persona humana, que es el objetivo final de protección del ordenamiento jurídico. Esto significa que el bien jurídico sólo tiene sentido en la medida que se considere como objeto referencial de protección de la persona, pues sólo en esta condición es que se incluye en la norma como valor”.

ROXIN³⁵⁸, más recientemente, también propuso, como él mismo admitió, *“un concepto `personal` de bien jurídico como el que hace más de treinta años desarrollaron por vez primera RUDOLPHI, MARX Y HASSEMER”*. Sin embargo, ha destacado que tal concepto no limitase a los bienes jurídicos individuales, o sea, incluye los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, desde que estos sirvan al ciudadano individual.

Así, el requisito mínimo para que un bien jurídico merezca la protección penal es que guarde relación con los intereses individuales, objetivando la protección de la persona. Ello porque, el problema de la legitimidad del Derecho penal como técnica de control social mediante la restricción de la libertad de los ciudadanos es en gran medida el problema mismo de la legitimidad del Estado como monopolio organizado de fuerza³⁵⁹.

Y éste sólo será legítimo cuando estuviera en su centro de actuación la protección de la persona, sea cuál fuera el modelo de Estado, Liberal o Social, pues, como advierte FERRAJOLI, *“(...) el hombre no fue hecho por el Estado o para otras abstracciones similares sino que el Estado y las otras instituciones fueron hechas por el hombre”*³⁶⁰ y, por tanto, para la protección de los intereses de esto.

Ello en modo alguno impide la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, solamente limita la actuación del Derecho penal

³⁵⁸ Así, ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, *cit.*, p. 448.

³⁵⁹ En este sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón - teoría del garantismo penal*, *cit.*, p. 248.

³⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, *cit.*, p. 7.

a la tutela de bienes que estén en función última de los intereses individuales. De lo contrario, el Derecho penal puede apartarse de su primordial función de exclusiva protección de bienes jurídicos, para tutelar funciones que se refieren más al funcionamiento de los sistemas sociales mismos, y para esto no es necesario el sacrificio de las personas, que pasarían a ser tratadas en segundo plano, teniendo sus derechos y garantías limitados en función del correcto funcionamiento del sistema³⁶¹.

De este modo, entendemos que siempre que un bien jurídico supraindividual o colectivo no sea reconducido a los intereses de las personas, no deben ser protegidos por el Derecho penal, porque tal intervención será claramente ilegítima y contraria a los principios y garantías de esta rama del Derecho. Ello no quiere decir que tales bienes no puedan ser protegidos por otras ramas del ordenamiento, como el Derecho civil, el Derecho administrativo o, hasta mismo, por un “*Derecho de intervención*”, en los términos planteados por HASSEMER³⁶².

En este mismo sentido, MUÑOZ CONDE³⁶³, ha defendido el Derecho de Intervención propuesto por HASSEMER, asignando:

“no creo, por tanto, que el Derecho de intervención que propone Hassemer excluya, como tantas veces se le ha achacado, completamente el Derecho penal de estos ámbitos, sino sólo reservarlo para los casos en los que realmente la gravedad de la conducta es relevante, porque por ejemplo ha despreciado las normas más elementales de cuidado, y el elevado nivel del daño producido, a veces catastrófico. Fuera del ámbito penal quedarían las meras infracciones administrativas que no pasan del nivel del peligro abstracto, que pueden ser corregidas y/o prevenidas con medidas administrativas, y, por supuesto, con todo un arsenal de medidas técnicas destinadas a la prevención del daño y cuya aplicación debería ser controlada por la vía administrativa.”

³⁶¹ Así, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*, cit., pp. 42-43. También, MUÑOZ CONDE, Francisco. “El ‘moderno’ derecho penal en el nuevo código penal - principios y tendencias”, cit., pp. 1339-1341.

³⁶² Véase HASSEMER, Winfried. “Viejo y nuevo derecho penal”, cit., p. 72

³⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Recensión bibliográfica”, en *Hassermer e o direito penal brasileiro, direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo, 2013, 282 pp.

Por fin, para ser legítima la intervención penal en estos ámbitos no basta la amenaza a un bien jurídico. Junto con ello deberán estar presente las condiciones de merecimiento de pena, observándose los principios limitadores del *ius puniedi*, fundamentalmente, de legalidad, de proporcionalidad, de intervención mínima, de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como los fundamentos del derecho penal del hecho y leyes penales claras y determinadas.

Solamente así será posible atender a la demanda de protección penal de estos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales exigida por la sociedad actual, sin que sean lesionados los principios y garantías del Derecho penal característico de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Con base en todo lo que hemos afirmado, y a modo de resumen, resulta perfectamente posible la protección de bienes jurídicos supraindividuales, pero para ello, es imprescindible constatar que con esta protección se respetan todos y cada uno de los fundamentos del Derecho penal, partiendo de la propia configuración del bien jurídico en el sentido de utilizar siempre como referente los intereses de la persona³⁶⁴.

Otra concepción distinta a ésta, vulneraría, en nuestra opinión³⁶⁵, los postulados inspiradores del ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de Derecho, convirtiéndose, por ello mismo, en ilegítima.

³⁶⁴ En este sentido, ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, *cit.*, p. 448, al defender un concepto personal de bien jurídico, aclara que “*tal concepto de bien jurídico no puede limitarse a bienes jurídicos individuales, sino que incluye bienes jurídicos de la comunidad. Éstos, sin embargo, sólo son legítimos cuando en última instancia sirven a ciudadano individual*”. Véase, en este mismo sentido, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 188.

³⁶⁵ En que pese todas las críticas a la teoría personal del bien jurídico. Véanse las críticas, principalmente, en SCHÜNEMANN, Bernd. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc/mes 1, 1996, pp. 191 y ss.

2.5. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL

Tras todas las consideraciones en relación al moderno derecho penal y, más específicamente, al bien jurídico, se hace necesario verificar si la teoría del bien jurídico es capaz de limitar el poder punitivo del Estado, pues, hace más o menos diez años, esta cuestión volvió a ser objeto de una viva discusión, especialmente, en Alemania³⁶⁶.

En este sentido, VON HIRSCH³⁶⁷ ha afirmado que *“en Alemania se discute si es preciso mantener la teoría del bien jurídico o si, dada la falta de claridad y la vaguedad de dicho concepto, debe considerarse fracasada como base teórica y ser por ello rechazado o al menos completado con ulteriores criterios”*.

El objeto de la discusión, de fundamental importancia para esta tesis doctoral, es si la teoría del bien jurídico representa una teoría político-criminal que, todavía, es válida para afrontar la legitimidad de las decisiones concretas del legislador a la hora de criminalizar una determinada conducta. Es decir, ¿La teoría del bien jurídico resulta el instrumento adecuado para criminalizaciones en el marco de un sistema democrático de libertades?³⁶⁸

Según la teoría del bien jurídico, el Estado solamente puede sancionar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, siendo la protección del bien jurídico la función original o primordial del Derecho penal³⁶⁹. Esta teoría

³⁶⁶ Así, ROXIN, Claus. “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, p. 01:2. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>.

³⁶⁷ HIRSCH, Andrew Von. “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 44.

³⁶⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, en *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2008, núm. 2, p. 3. Disponible en www.indret.com.

³⁶⁹ En este sentido, QUINTANAR DÍEZ, Manuel y ORTIZ NAVARRO, José Francisco. *Elementos de derecho penal-parte general*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 75.

encuentra sus raíces históricas en los siglos XVIII y XIX, presentando una concepción: la crítica (impone límites al poder del Estado) y el bien jurídico como medio de interpretación (establece los fines de protección del delito)³⁷⁰.

Como aclara KAHLO³⁷¹, *“a la doctrina jurídico-penal del bien jurídico le ha sido siempre asignada una función decididamente crítica – lo que implica no sólo una vertiente <<deconstructiva>> sino también una constructiva.”* Dicha función tiene gran significado para la fundamentación y formulación de los tipos penales.

Aquí, si cuestiona esta función crítica de la teoría del bien jurídico, entendida como *“la posibilidad de declarar la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección frente a supuestos de penalización de conductas meramente inmorales, como por ejemplo la prostitución, lo que a su vez habría de llevar a concluir que dicha conducta no debería ser criminalizada”*³⁷².

De entre las causas de este escepticismo en relación a la teoría del bien jurídico, como veremos con más detalles en el apartado siguiente, están el carácter “vacío” del concepto de bien jurídico, el gran incremento de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, la existencia de tipos penales sin bienes jurídicos y, hasta mismo, la propia finalidad del Derecho penal.

ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Compendio de Derecho Penal - parte general, 6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 124. También, POLAINO NAVARRETE. *Lecciones de derecho penal-parte general*, Tomo I, 2ª Edición corregida y actualizada, Madrid, Tecnos, 2015, p. 78, defiende que *“La **función primordial** del Derecho penal es, pues, a nuestro juicio, la función de **protección** de bienes jurídicos y **prevención** de ataques lesivos a los mismos.”*

³⁷⁰ En este sentido, BURCHARD, Christoph. “El principio de proporcionalidad en el ‘derecho penal constitucional’ o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania”, en KAI AMBOS (dir.) y MARÍA LAURA BÖHM (coord.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, Bogotá, Editorial Temis, 2012.

³⁷¹ KAHLO, Michael. “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal”, traducción de Rafael Alcácer Guirao, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 53.

³⁷² HIRSCH, Andrew Von. “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”, *cit.*, p. 37.

Así, aunque, para la doctrina dominante la tarea del derecho penal sigue consistiendo en la protección de bienes jurídicos, como en los últimos años han empezado a aparecer diversas grietas³⁷³, necesario se hace el análisis de las dos principales posiciones.

2.5.1. La inexistencia o imposibilidad de la función crítica del bien jurídico.

De entre los autores que entienden que la restricción del Derecho penal a las lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos es imposible o incorrecta, ocupan lugar de destaque STRATENWERTH, HIRSCH y JAKOBS³⁷⁴.

STRATENWERTH³⁷⁵, después de hacer un breve histórico en relación a los conceptos de bien jurídico, desde su introducción por BIRNBAUM en 1834, concluye que *“hasta hoy no se ha logrado esclarecer el concepto de bien jurídico ni siquiera de modo aproximado”*.

Para este autor, los conceptos de bien jurídico dados hasta ahora, o bien son demasiados selectivos, lo cual elimina su capacidad de servir de concepto que abarque a todos los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal, o bien son demasiado abstractos, lo que hace de ellos un concepto vago que no enuncia sus atributos y que en definitiva lo comprende todo³⁷⁶.

³⁷³ En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Presentación” de HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 11.

³⁷⁴ Así, ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, *cit.*, p. 445.

³⁷⁵ STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – parte general I – el hecho punible*, *cit.*, p. 64 y ss.

³⁷⁶ En este sentido, PARIONA ARANA, Raúl. “El derecho penal ‘moderno’”, en *Revista Penal*, n. 20, julio, 2007, p. 162. Disponible en www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/328/319, consultado en 30/10/2014.

De ahí que, STRATENWERTH³⁷⁷ entiende que es imposible una completa definición material de bien jurídico, pues *“todos los intentos hechos al respecto han fracasado por la dificultad, acaso imposible de superar ya por principio, de hallar una definición que se ajuste a todos los tipos penales cuya legitimación esté fuera de cuestión y que, a pesar de ello, aún exprese algo.”*

Es decir, si el concepto de bien jurídico no es capaz de abarcar todas las materias objeto de regulación penal, decae como instancia crítica de legitimación y, por consecuencia, el postulado de que el derecho penal es protección de bienes jurídicos no puede seguir siendo admitido³⁷⁸.

Aún, aclara STRATENWERTH³⁷⁹ que el concepto de bien jurídico presenta un contenido concreto solamente en los casos de los intereses individuales, mientras que, en relación a los bienes jurídicos universales o colectivos, sólo caracteriza la idea básica en la que se funda la disposición penal. De esta manera, a modo de ejemplo, afirma que se podría hacer un bien jurídico hasta mismo de las “buenas costumbres”.

Además, este autor³⁸⁰, ante el modelo social actual, afirma que el concepto de bien jurídico colectivo es prescindible. Esto porque, *“si la ley protege los intereses individuales más o menos consolidados de una pluralidad de sujetos, tal vez de un número indeterminado o puede que de todos, entonces no tenemos que crear ningún bien universal para justificar la norma penal”*.

³⁷⁷ STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – parte general I – el hecho punible*, cit., p. 65.

³⁷⁸ En este sentido, SEHER, Gerhard. “La legitimación de norma penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, cit., p. 75.

³⁷⁹ STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – parte general I – el hecho punible*, cit., p. 64-65.

³⁸⁰ STRATENWERTH, Günter. “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos” en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, traducción de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita valle Mariscal de Gante, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 371-372.

Así que, para STRATENWERTH³⁸¹, la lesión de determinados bienes jurídicos no entra en consideración para fundamentar la criminalización, sino exclusivamente la vulneración de normas de conductas fundamentales para el concepto básico de una sociedad. Es decir, lo decisivo para la criminalización es *“la posición fundamental, reconocida social y legislativamente, de querer mantener una determinada norma, o, por otro lado, sencillamente no desear un determinado comportamiento”*.

Esto es así, porque, STRATENWERTH entiende que todos los tipos penales son delitos de comportamiento, por lo que la razón de las criminalizaciones concretas no reside en la lesión de determinados bienes jurídicos, sino en la desatención o el menosprecio de normas de conductas fundamentales para el consenso normativo básico de la sociedad³⁸².

También HIRSCH³⁸³ defiende que la búsqueda de una limitación del derecho penal se debe hacer con un criterio distinto al del concepto de bien jurídico. Esto porque, según él, *“el concepto de bien jurídico no constituye un principio apto para una limitación a priori del derecho penal”*³⁸⁴, pues todas las tentativas de definición de bien jurídico han sido formuladas muy en general y, por ello, *“la mayor parte no logra diferenciar entre la idea de un bien jurídico previamente dado y la de uno inmanente al sistema del derecho positivo”*³⁸⁵.

³⁸¹ STRATENWERTH, Günter citado por ROXIN, Claus. “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, p. 01:16. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

³⁸² En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, en *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2008, núm. 2, p. 12. Disponible en www.indret.com

³⁸³ HIRSCH, Hans Joachim. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, traducción de Daniel R. Pastor, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, p. 377.

³⁸⁴ HIRSCH, Hans Joachim. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, *cit.*, p. 386.

³⁸⁵ Así, HIRSCH, Hans Joachim. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, *cit.*, pp. 380-381.

Según aclara ROXIN³⁸⁶, aunque no niegue que sea posible inferir el concepto de bien jurídico personal del contrato social, HIRSCH entiende que el concepto de bien jurídico como entidad preexistente a la labor del legislador no existe, y por esto, no es apto para la limitación inmanente del derecho penal, o sea, no vincula el legislador.

Aún, HIRSCH³⁸⁷ afirma, en relación al concepto de bien jurídico inmanente al sistema, que ha entrado en crisis debido a la ampliación constante del círculo de los bienes jurídicos universales, que ha llevado a una creciente “espiritualización” de los bienes jurídicos, bien como, de una tendencia a la “desmaterialización” del concepto de bien jurídico.

De este modo, HIRSCH³⁸⁸ sustenta, como criterio de legitimación del Derecho penal, que la mirada debe ser dirigida a la escala de los medios estatales de regulación e intervención, es decir, la pena y la extensión de su legitimación estatal.

Y, para este autor³⁸⁹, la legitimación de la pena presupone el principio constitucional de proporcionalidad y, como partes de él, a los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*. De este modo, si la evitación o contención de las acciones en cuestión puede ser obtenida por medios menos gravosos o sin medidas estatales, no hay legitimación para penalizar. Luego, para que se pueda criminalizar una conducta, antes “*debe ser comprobado por el legislador si el objeto de la regulación no puede ser alcanzado ya por otro camino menos incisivo*”.

³⁸⁶ ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, *cit.*, pp. 445 y 454.

³⁸⁷ HIRSCH, Hans Joachim. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, *cit.*, p. 381.

³⁸⁸ Así, HIRSCH, Hans Joachim. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, *cit.*, p. 386.

³⁸⁹ HIRSCH, Hans Joachim. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”, *cit.*, p. 378.

Así que, en resumen, HIRSCH³⁹⁰ prescinde de la teoría del bien jurídico y recurre al principio de proporcionalidad, juntamente con los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, para imponer límites al legislador.

Ya, para JAKOBS, como destacamos anteriormente (apartado sobre el *funcionalismo sistémico*), el bien jurídico-penal es definido como la “vinculatoriedad práctica de la norma”, es decir, el interés a ser protegido es la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a las decepciones que poseen el mismo ámbito de vigencia de la norma puesta en práctica³⁹¹. De ahí que, para este autor, “*el discurso del bien jurídico es un discurso metafórico sobre la vigencia de la norma*”³⁹², dado que el Derecho penal debe mantener la vigencia de la norma y no determinados objetos o intereses.

Así, el bien del Derecho penal, para JAKOBS, es la vigencia de la norma misma, siendo que los aportes de la teoría del bien jurídico se quedan reducidos a muy pocos, dado que no siempre una norma está vinculada a la protección de un bien jurídico. Ello porque JAKOBS traslada el núcleo de la función protectora del Derecho penal, desde el bien jurídico hacia la vigencia de la norma.

De esta manera, en el sistema de JAKOBS, el bien jurídico es tomado como un concepto secundario y de mera referencia que no determina la inclusión o exclusión de un comportamiento en el ámbito penal. En el sistema aquí propuesto la función fundamental del Derecho penal sigue siendo la protección, pero no la protección de un interés o bien jurídico, sino la protección de la norma.

³⁹⁰ En este sentido, ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, *cit.*, p. 455.

³⁹¹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, *cit.*, pp. 13-14 y 26. También en JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*, *cit.*, pp.44 y ss.

³⁹² JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, *cit.*, p. 46.

Sin embargo, según ha aclarado HEFENDEHL³⁹³, “cuando JAKOBS afirma que sólo su teoría de la lesión de la vigencia de la norma estaría en condiciones de aplicar la sanción como reparación del daño, se pone de manifiesto precisamente la falta de capacidad de delimitación del concepto de vigencia de la norma”. De la misma manera, no merece acogimiento el argumento de que el punto de partida crítico de la teoría de la protección de bienes jurídicos pertenece al campo de política y no es asunto científico, “es tan popular como falso”.

Ahora bien, los tres autores y sus “teorías” sobre el carácter prescindible del bien jurídico penal, fundamentalmente, su función crítica, han encontrado hueco no sólo en la doctrina, más también en la jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) pronunció una sentencia en 2008 donde empezó a poner fin a la teoría del bien jurídico, vez que consideró que “las normas penales no están sujetas a ningún requerimiento que se pueda derivar de la teoría del bien jurídico en materia penal”³⁹⁴.

Esta decisión se refiere al incesto entre hermanos y el TCFA ha afirmado que la norma penal, que regula la materia, es compatible con la Ley Fundamental, o sea, la Constitución alemana. Esto porque las facultades legislativas no pueden ser restringidas invocando los bienes jurídicos³⁹⁵.

³⁹³ HEFENDEHL, Roland. “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, traducción de Gonzalo Medina Schulz, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 464-465.

³⁹⁴ BVerfGE 120 citada por BURCHARD, Christoph. “El principio de proporcionalidad en el ‘derecho penal constitucional’ o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania”, *cit.*, p. 34.

³⁹⁵ ROXIN, Claus. “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, pp. 01:8-01:9. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>.

De este modo, en esta decisión, el TCFA sustituyó la teoría del bien jurídico, de manera semejante a HIRSCH, por el principio constitucional de proporcionalidad. Así, ha sustituido el derecho penal preconstitucional por un derecho penal constitucional³⁹⁶. Luego, lo que limita o vincula al legislador no es un bien jurídico preexistente, sino el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, conforme advierte ROXIN³⁹⁷, el TCFA entra en contradicción en la citada decisión, pues intenta identificar determinados bienes jurídicos protegidos por el precepto penal, la familia, la autonomía sexual y la salud genética. Este intento demuestra que el TCFA no ha rechazado de todo la teoría del bien jurídico, pues, de lo contrario, no buscaría identificar un bien jurídico en la base de la norma penal.

En la doctrina, adoptando la misma línea del TCFA, BURCHARD³⁹⁸ defiende que los principios no establecidos y asegurados constitucionalmente, de entre ellos el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, *“no son más que recomendaciones no vinculantes”*. Por lo tanto, no podrán poner límites al legislador penal, tampoco dar forma a una política criminal democrática.

2.5.2. La irrenunciable función crítica del bien jurídico.

Como ya afirmado anteriormente, para la mayoría de la doctrina en la ciencia penal alemana la legitimación de los tipos penales depende de la presencia de un bien jurídico merecedor de protección³⁹⁹, es decir, *“el bien jurídico es ese <<algo>> protegido, y se mantiene como el punto de partida*

³⁹⁶ En este sentido, BURCHARD, Christoph. “El principio de proporcionalidad en el ‘derecho penal constitucional’ o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania”, *cit.*, p. 48.

³⁹⁷ ROXIN, Claus. “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *cit.*, p. 01:9.

³⁹⁸ BURCHARD, Christoph. “El principio de proporcionalidad en el ‘derecho penal constitucional’ o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania”, *cit.*, p. 49.

³⁹⁹ En este sentido, HIRSCH, Andrew Von. “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”, *cit.*, p. 47.

*para la comprobación de la legitimidad de las normas penales*⁴⁰⁰.

El Derecho penal es un medio de control social, es decir, cumple la función, en cuanto ordenamiento, de protección de la paz social y de las condiciones sociales indispensables para el ser humano en la convivencia en sociedad⁴⁰¹.

Sin embargo, no es el único medio de control social que existe. Hay otras formas que, incluso, deben preceder al Derecho penal que, por la gravedad de sus consecuencias, es la *ultima ratio* del sistema. Así que, son formas de control social extrajurídico que lo anteceden, la familia, la escuela y la religión; ultrapasados estos primeros filtros, aparecen también los métodos de control jurídicos, que son las otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, administrativo o mercantil.

De ese modo, el Derecho penal es un subsistema más dentro del sistema de control social, que utiliza los mismos instrumentos de las otras formas de control social en la definición y corrección de la conducta desviada⁴⁰², como la norma, la sanción y el proceso, además de perseguir los mismos fines de aseguramiento del orden social⁴⁰³.

Según MUÑOZ CONDE⁴⁰⁴, *“lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del*

⁴⁰⁰ En este sentido, WOHLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 405.

⁴⁰¹ BAUMANN, J. *apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal - introducción*, Madrid, Ed. Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid, 2000, p. 86.

⁴⁰² HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal, cit.*, p. 115.

⁴⁰³ DÍEZ RIPOLLES, José Luis. “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, en *JD*, n. 30, 1997, p. 10.

⁴⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 16.

coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social."

El Derecho penal presenta, al lado de la función de control social, la función instrumental de exclusiva protección de un bien jurídico. Así, en el Estado Social y Democrático de Derecho, cabe destacar que la función primordial que el Derecho penal asume y que legitima su actuación es la protección de bienes jurídicos⁴⁰⁵, es decir, de aquellos intereses y valores que gocen de un reconocimiento social mayoritario o que tengan un valor fundamental para los miembros de la comunidad.

En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA⁴⁰⁶ señala que *"una de las aplicaciones de la definición de Estado como social y democrático de Derecho es que en el ejercicio del poder de castigar, el Estado ha de someterse al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos"*; principio que debe ser entendido como *"un medio para la protección de los bienes jurídicos penales resultantes de la selección operada conforme a los principios fundadores del Derecho penal (bien jurídico y principio de intervención mínima), y no como un fin en si mismo"*⁴⁰⁷.

Esta función se caracteriza por la exigencia de que el Derecho penal castigue solamente ataques a bienes jurídicos, postulando su uso lo más restrictivo posible⁴⁰⁸, pues lo que no sea un bien jurídico no debe ser tutelado por esta rama del Derecho. Es decir, la tipificación penal debe estar limitada a

⁴⁰⁵ En este sentido, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Reflexiones sobre el derecho penal del futuro", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, disponible en <http://criminetugr.es/recpc>, fecha de acceso 27 de octubre de 2003, p. 13, afirma: "Para nosotros la función protectora que con primacía debe de cumplir el Derecho Penal se refiere al amparo de bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad". Para DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español - parte general*, 4ª Edición Revisada, y adaptada a las reformas de 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 63, "será rechazable todo precepto del que no pueda decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico".

⁴⁰⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. "Bien jurídico y constitución", en *CPC*, n. 43, 1991, p. 19.

⁴⁰⁷ SANTANA VEGA, Dulce María. "Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos", en *AP*, n. 9, 2001, p. 160.

⁴⁰⁸ Así, MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", en *EPC*, n. XIV, 1991, p. 205.

las conductas que consistan en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos⁴⁰⁹, lo que es definido “merecimiento de pena”.

De ahí que, según afirma HASSEMER, “*el bien jurídico recibe un lugar sistemático como criterio negativo de una criminalización legítima; allí donde no hay una lesión de un bien jurídico no debe haber delito*”⁴¹⁰.

En este mismo sentido, enseña FRISCH⁴¹¹ que “*la limitación del derecho penal a la protección de bienes jurídicos implica, pues, la garantía o la barrera para que determinadas realidades, que no pueden definirse como bienes jurídicos o como lesiones de bienes jurídicos, queden al margen del derecho penal*”.

Las críticas de los detractores de la teoría del bien jurídico, aunque puedan parecer razonables, no son suficientes para su invalidación. Al contrario, muchas de ellas, vienen demostrar sus ventajas y contribuir al continuo desarrollo de la teoría del bien jurídico.

Así, la ya mencionada crítica de STRATENWERT, de que es imposible una completa definición material de bien jurídico, no es capaz de invalidar la teoría del bien jurídico, no si pudiendo hablar ni mismo de un menoscabo de esta teoría. Esto porque, como ha defendido AMELUNG⁴¹², “*el carácter ‘vacío’ de este concepto, la indeterminación del juicio de valor que crea el bien*

⁴⁰⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”, en *RFDUCM*, n. 63, 1981, p. 127.

⁴¹⁰ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 637. También en HASSEMER, Winfried. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 98.

⁴¹¹ FRISCH, Wolfgang. “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, traducción de Ricardo Robles Planas, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 309.

⁴¹² AMELUNG, Knut. “El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, *cit.*, p. 232.

jurídico, es al mismo tiempo la razón de su riqueza”.

Y, esto es así porque, según AMELUNG⁴¹³, *“gracias a esta característica, el dogma del bien jurídico se convierte en punto de conexión de la política con la dogmática, y el concepto de bien jurídico en un concepto complementario de la positividad del Derecho que traslada el dinamismo de lo político a la estabilidad del sistema jurídico.”*

Además, la indeterminación del concepto de bien jurídico tras consigo la ventaja de permitir la incriminación de determinadas conductas merecedoras de intervención penal, que se quedarían fuera de la esfera de protección del Derecho penal, caso el concepto de bien jurídico se presentase de manera absoluta.

La función de exclusiva protección de bienes jurídicos es perfectamente compatible con el Estado Social y Democrático de Derecho porque no considera el Derecho penal como un fin en si mismo, sino que desarrolla su actividad teniendo en cuenta también otros principios limitadores del *ius puniendi*⁴¹⁴.

Así, podemos afirmar que la tarea del Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho no es otra que evitar determinados comportamientos humanos lesivos para los bienes jurídicos⁴¹⁵, lo que sólo puede ser alcanzado observándose el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, junto con los principios de proporcionalidad, de lesividad, intervención mínima y legalidad.

⁴¹³ AMELUNG, Knut. “El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, *cit.*, p. 232.

⁴¹⁴ Estos principios serán analizados en el tercer capítulo.

⁴¹⁵ Por todos, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, en *ADPCP*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, tomo XXXV, fascículo I, 1981, p. 462.

En esta misma línea, HEFENDEHL⁴¹⁶ defiende que una interpretación liberal y evaluable del Derecho penal debe ser complementado por otros parámetros que limitan el Derecho penal, como por ejemplo el principio de proporcionalidad. Sin embargo, este autor destaca que, “*esos principios restrictivos complementarios serían simplemente inaplicables sin el que he denominado eje material del concepto de bien jurídico*”.

Ahora bien, de lo expuesto en relación a la defensa de la función crítica del bien jurídico, es posible concluir que esta no descarta la aplicación de otros principios limitadores del *ius puiendi* del Estado, que son fundamentales para la legitimidad de la norma penal. A lo contrario, los defensores de la teoría del bien jurídico entienden que el bien jurídico debe ser una “directriz político-criminal del legislador”⁴¹⁷, “*directriz normativa*”⁴¹⁸ o “el eje material de la norma”⁴¹⁹, debiendo, por lo tanto, ser complementada por los demás principios.

De este modo, los defensores de la función crítica de la teoría del bien jurídico, defienden, cada uno a su manera, que la existencia de un bien jurídico sea el punto de partida para la criminalización de una determinada conducta o, mejor diciendo, que la ausencia de un bien jurídico, criterio negativo, impide la utilización del Derecho penal. Esto porque, la posibilidad de criminalización de conductas sin determinados límites o criterios pondría en riesgo la libertad ciudadana frente el poder punitivo del Estado.

⁴¹⁶ HEFENDEHL, Roland. “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, *cit.*, p. 461.

⁴¹⁷ Así, ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, *cit.*, p. 452.

⁴¹⁸ Expresión utiliza por SCHÜNEMANN, Bernd. “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, *cit.*, traducido por María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 202.

⁴¹⁹ En este sentido, HEFENDEHL, Roland. “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, *cit.*, p. 461.

En este sentido, HASSEMER⁴²⁰ destaca que *“una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo”*.

No hay duda que la teoría del bien jurídico presenta aún algunas limitaciones y, hasta mismo, problemas, como los aquí ya presentados cuando da análisis de los defensores de la “renuncia”, por lo menos, de la función crítica del bien jurídico.

Sin embargo, como respuesta a todas estas críticas, SCHÜNEMANN ha defendido que *“no sólo se debe perseverar en la posición central del concepto de bien jurídico para la dogmática penal; sino que, más bien, el auténtico desarrollo de la teoría del bien jurídico está aún por venir.”*⁴²¹

De ahí que, aunque se reconozcan algunas limitaciones en relación al estado actual de la teoría del bien jurídico, sus defensores creen que todavía sigue siendo el mejor criterio de legitimación del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho⁴²².

Por fin, importante destacar, que el presente trabajo de tesis tomará como punto de partida la “validad” del principio de la exclusiva protección de

⁴²⁰ HASSEMER, Winfried. “Crisis y características del moderno derecho penal”, *cit.*, p. 637. También en HASSEMER, Winfried. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 103.

⁴²¹ SCHÜNEMANN, Bernd. “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, *cit.*, p. 226.

⁴²² En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. “Winfried Hassemer y la ciencia del derecho penal”, en *Revista Penal*, n. 34, julio, 2014, p. 295, al abordar el concepto personalista del bien jurídico propuesto por Hassemer, señala que *“esta estrategia definitoria tiene la ventaja de ofrecer más un argumento para elaborar y aplicar el Derecho penal, que un ‘salvoconducto’ de la ‘ratio legis’, que es lo que normalmente hacen los conceptos tradicionales de bien jurídico. Poco más se puede esperar de este tipo de conceptos fundamentales, pero tampoco su vaguedad debe llevar a su abandono o, como algunos pretenden, a su sustitución por otros conceptos aún más vagos e imprecisos como es el de ‘funcionalidad’ o ‘equilibrio funcional’ de los sistemas sociales”*.

bienes jurídicos, donde partirán las demás argumentaciones⁴²³. Es decir, entendemos imprescindible la existencia de un bien jurídico, en los términos del concepto personalista propuesto por HASSEMER, para la legitimidad de la ley penal⁴²⁴.

⁴²³ En este mismo sentido, OLMEDO CARDENETE, Miguel, en OLMEDO CARDENETE, Miguel y ARAÚJO NETO, Felix. *Introdução ao direito penal*, Leme/SP, EDIJUR, 2014, p. 68, defiende que “cabe, pois, ao direito Penal a tarefa de proteção de bens jurídicos”.

⁴²⁴ También, COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 18, afirma que “(...), pode-se dizer que o conceito de bem jurídico, sob uma leitura personalista não só continua atual como deve ganhar ainda maior importância no enfrentamento dos novos problemas do direito penal. Ele mantém seu caráter de parâmetro crítico, permitindo, de um lado, a tutela de novos bens jurídicos, inclusive os coletivos, mas submetendo-os, doutro lado, a um rigoroso exame quanto à sua legitimidade”.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Tras el análisis del panorama actual sobre el moderno derecho penal y la teoría del bien jurídico, fundamentalmente, los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, es necesario abordar los puntos más significativos para las leyes penales en blanco.

No es ninguna novedad que, *"el número de leyes en blanco aumenta rápidamente en todas las legislaciones. Y ya no se trata de normas que incriminan conductas insignificantes. Los nuevos tipos en blanco describen hechos graves amenazados por lo tanto con penas severas."*⁴²⁵

En este mismo sentido, MUÑOZ CONDE⁴²⁶ destaca el uso abusivo de las leyes penales en blanco en España señalando que

"el nuevo Código penal español, que entró en vigor el 24 de mayo de 1996, representa en buena parte de su articulado, quizá más que ningún otro texto punitivo general de nuestra época, lo que Hassemmer y la Escuela de Frankfurt llaman, no precisamente en sentido elogioso, 'moderno' Derecho penal: desmedida protección de bienes jurídicos colectivos o institucionales, difíciles de precisar y definir; proliferación de delitos de peligro abstracto que en nada se diferencian de simples infracciones administrativas; uso abusivo de la técnica de las normas penales en blanco que remiten continuamente a otras ramas del Ordenamiento jurídico, en las que las disposiciones jurídicas ni siquiera tienen rango de ley."

Por ello la importancia del tema propuesto, que, para su desarrollo, debe obligatoriamente analizar desde cuestiones, aparentemente más sencillas y básicas, hasta las más polémicas.

Con la finalidad de delimitar el objeto del presente trabajo de tesis, bien

⁴²⁵ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1988, p. 31.

⁴²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. "Winfried Hassemmer y la ciencia del derecho penal", en *Revista Penal*, n. 34, julio, 2014, p. 297.

como fundamentar las discusiones centrales que serán abordadas en el tercer capítulo, es imprescindible determinar, entre otras cosas, el concepto, la estructura y el rango de la ley penal.

Después del abordaje de la ley penal en general, se hace necesario el enfrentamiento y posicionamiento de las cuestiones atinentes a las leyes penales en blanco, concepto, clasificación, funciones, bien como, las especies de remisiones y la distinción de esta técnica de tipificación con los elementos normativos del tipo.

1. LEY PENAL

Para el desarrollo del tema de la ley penal en blanco es imprescindible algunas consideraciones acerca de la ley penal, fundamentalmente su concepto, pasando por diferenciarla de la norma, estructura y rango.

1.1. CONCEPTO DE LEY PENAL Y SU DISTINCIÓN CON LA NORMA

La búsqueda por un concepto más estricto de ley penal, de fundamental importancia para este trabajo, pasa obligatoriamente por su distinción con la norma penal, aunque, la doctrina mayoritaria⁴²⁷ considere y utilice, de manera general, los términos como equivalentes⁴²⁸.

Desde las aportaciones de BINDING⁴²⁹, en su conocida obra intitulada

⁴²⁷ Por todos MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., nota de pie 1, p.11, que, aunque reconozca la distinción de BINDING, entiende innecesaria su aportación.

⁴²⁸ En este sentido, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal - parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*, cit., p. 65, aclara que "(...), la doctrina no parece tener excesivo inconveniente en utilizar indiscriminadamente los términos ley o norma, (...)".

⁴²⁹ BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*, vol. 1, 3 ed., 2002, traducción al portugués de ROSA, José Miguel Feu, p. 16, afirma que "*uma revisão da ciência do Direito Penal, portanto, está condicionada à tarefa de esclarecer a confusão entre Norma e Lei Penal, através de*

Die Normen und ihre Übertretung, donde desarrolló la llamada teoría de la norma, se habla de la distinción entre norma y ley.

Según BINDING la norma es un “imperativo primario”, el fundamento de la ley, la precede conceptual y regularmente, aunque no necesariamente en el aspecto temporal. La norma es formulada por medio de la ley penal, pero no en ella. No es una ley sino una proposición del derecho no legislado⁴³⁰.

Cómo enseña MAURACH⁴³¹, para BINDING, “*las normas son aquellos mandatos jurídicos, escritos o no escritos, conceptualmente anteriores a la ley penal, pertenecientes al derecho público, cuyo contenido, en caso de no poder ser averiguado fuera del derecho penal, en el derecho positivo o el consuetudinario, por lo regular puede ser captado en la parte dispositiva de la conminación penal*”.

De ahí que, BINDING⁴³², defiende que el delincuente viola la norma y no la ley penal. Es decir, al violar la norma, cumple la ley penal, pues quien realiza un delito actúa en perfecto acuerdo con la disposición legal.

Por lo tanto, el mandato o la prohibición, el precepto legal contra el que se dirige el delincuente es la norma, que, como ya dicho, precede a la ley

cuidadosa definição das normas de acordo com sua forma, conteúdo e espécies, e finalmente esclarecer as relações externas e internas em ter norma e leis penais.” En este sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal-la ley y el delito*, 3 edición, Buenos Aires, Editorial Abedelo-Perrot, 1958, p. 77, afirmaba que: “*Nosotros, los penalistas, desde los tiempos de Binding, diferenciamos Ley y Norma*”.

⁴³⁰ Véase KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas – fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, traducción al castellano a cargo de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, pp. 11-12.

⁴³¹ MAURACH, Reinhart. *Derecho penal-parte general*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, traducción de la 7 edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, p. 342.

⁴³² BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*, cit., p. 16. También, KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas – fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, traducción al castellano a cargo de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, p. 6.

penal, o sea, el imperativo proviene de la norma y no de la ley⁴³³.

La doctrina mayoritaria, aunque, como ya dicho, muchas veces utiliza los términos indistintamente, acepta la distinción entre ley y norma propuesta por BINDING, pues, como advierte ÁLVAREZ GARCÍA⁴³⁴, *"han sido pocos los autores que se opusieron a la existencia de normas extramuros de la ley penal y previas a ésta"*.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁴³⁵ aclara que la norma penal es *"un mensaje prescriptivo expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados. Pero tales enunciados –enunciados, proposiciones jurídicas, preceptos legales- constituyen sólo el vehículo de expresión de las normas, y no deben confundirse con las normas mismas"*.

En este mismo sentido, MIR PUIG⁴³⁶, después de advertir sobre la utilización indiscriminada y frecuente de la expresión "normas legales", para referiros a la norma jurídica y al enunciado legal, defiende que es *"preferible distinguir claramente entre el texto legal y la norma o normas que expresa"*. Esto porque, para este autor, *"el enunciado legal es un conjunto de símbolos lingüísticos que conviene diferenciar del mensaje prescriptivo que transmite, único que constituye la norma jurídica"*.

No es otro el entendimiento de SILVA SÁNCHEZ⁴³⁷, el cual destaca la

⁴³³ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, con introducción de Francisco Muñoz Conde, vol. 1, 1 ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010, traducción al castellano de José Arturo Rodríguez Muñoz, p. 341.

⁴³⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre la estructura de la norma penal-la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 52.

⁴³⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen I, 5 edición, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, p. 395. En este mismo sentido, ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y otros. *Derecho penal-parte general-introducción-teoría jurídica del delito*, Granada, Comares, 2013, p.11.

⁴³⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general*, 9 edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2011, p. 60.

⁴³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 506.

distinción entre "leyes penales" o "enunciados legales" y las "normas". Aclarando que las leyes penales o enunciados legales *"son conjuntos de signo lingüístico"*. Ya, las normas jurídicos penales, *"son el sentido, el mensaje prescriptivo que se desprende de tales enunciados legales"*.

Aunque, la teoría de las normas de BINDING tenga sufrido críticas, algunas de sus tesis son, según ALFLEN DA SILVA⁴³⁸, incuestionables: *"primeramente, la de que normas son reglas jurídicas autónomas; en segundo, a de la que generalmente anteceden la ley penal y tienen de ser deducidas a partir de ellas; y, en tercero, son indispensables a la eficacia y al contenido de la dogmática del Derecho penal"*.

La distinción entre norma y ley, en los términos presentados, es de gran importancia especialmente para el presente trabajo de tesis, aunque, tenga toda la razón MUÑOZ CONDE⁴³⁹ cuando afirma que *"toda ley penal plasma una norma de conducta, preexistente o concomitante a ella, que, en todo caso, adquiere eficacia jurídica desde el momento en que entra en vigor la ley penal"*. Hasta porque, *"en virtud del sometimiento del Derecho Penal al principio de legalidad, las normas penales han de hallarse contenidas en la ley"*⁴⁴⁰.

Además, como advierte VIVES ANTÓN⁴⁴¹,

"identificar norma y ley responde a un uso lingüístico corriente. Y 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 que 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."

⁴³⁸ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco – aspectos críticos e fundamentais*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, p. 37.

⁴³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., nota de pie 1, p.11. También, MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2003, p. 19, destaca que, en respecto al principio de legalidad, *"solo la ley es norma jurídica susceptible de tener carácter penal"*.

⁴⁴⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 339.

⁴⁴¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, cit., p. 339.

La correcta definición de "*ley penal en blanco*" debe observar la distinción entre ley y norma, pues es la "ley" en cuanto enunciado, "*conjunto de signo lingüístico*", y no el "*mensaje*" del enunciado, el objeto del presente trabajo de tesis doctoral.

De ahí que, será utilizado el término "*ley penal*" para referirse al enunciado o precepto legal, entendido como conjunto de símbolos lingüísticos, a través del cual la "*norma penal*" es expresada.

1.2. NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS

La ley penal, en el sentido adoptado, puede servir de base a más de una norma penal, precisamente, las que están en la Parte Especial del Código Penal⁴⁴².

Es que, los enunciados de la Parte Especial del Código Penal contienen dos clases de norma. Conforme sostenía BINDING, una norma dirigida al Juez, obligándole a imponer una pena en caso de que se cometa el delito descrito (norma secundaria) y otra, dirigida al ciudadano prohibiéndole la comisión del hecho delictivo (norma primaria)⁴⁴³.

Las normas secundarias mantienen relación con las sanciones o

⁴⁴² En este sentido, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general*, cit., p. 61. También, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen I, 5 edición, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, p. 396.

⁴⁴³ Así MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal - parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*, cit., p. 67. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, cit., p. 396. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general*, cit., p. 61. En este sentido, BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*, cit., p. 17 y ss., ya había destacado que las leyes penales se dirigen al pueblo (ciudadano), a la Magistratura (Juez) y, por fin, al Estado. En sentido contrario, MAYER, Max Ernest. *Normas jurídicas y normas de cultura*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2000, traducción al Español de José Luis Guzmán Dálbora, p. 41, para quien "*todas la leyes se dirigen al administrador de las leyes; los órganos del Estado, que están llamados a aplicar las leyes, son los únicos destinatarios de las órdenes que la ley formula*".

consecuencias jurídicas, o sea, con las penas señaladas en la ley penal. Transmiten de forma expresa un mandato dirigido al Juez, que tiene el deber de imponer la pena caso se realice el delito.

MIR PUIG⁴⁴⁴, tomando como ejemplo el precepto que castiga el homicidio, *"el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años"* (art. 138 CP), aclara que se expresa la norma que obliga a castigar al homicida con la pena de prisión. Así, en estos casos, el Juez tiene el deber de imponer la pena de prisión correspondiente.

Ya, las normas primarias, relacionadas al supuesto de hecho, son dirigidas al ciudadano, de forma imperativa, para que no realice la conducta prohibida. En el ejemplo anterior, la norma primaria transmite al ciudadano la prohibición de "matar". Por tanto, al indicar la pena para el homicidio el legislador pretende no solo informar y castigar, sino también prohibir que el individuo mate otro⁴⁴⁵.

En este mismo sentido y partiendo del mismo ejemplo, SILVA SÁNCHEZ⁴⁴⁶, afirma que *"social y psicológicamente, a la existencia de un enunciado del género de 'el que matare a otro será castigado' se asocia, sin mayores problemas, la idea de 'prohibido matar', de 'no mates', esto es, el contenido de la norma primaria"*.

Así, surge la necesidad de reconocer la existencia de las normas primarias y secundarias. Esto porque, no es suficiente que la conducta sea prohibida por la norma primaria, es necesario garantizar la aplicación de la sanción a través de la norma secundaria.

⁴⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general, cit.*, p. 61.

⁴⁴⁵ En este sentido, aunque partiendo de otro ejemplo, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal-parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 62.

⁴⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo, cit.*, p. 510.

Aunque, como advierte MIR PUIG⁴⁴⁷, el texto legal se refiere solamente a la norma secundaria, la doctrina con razón admite la existencia de la norma primaria, hasta porque *"si sólo existiera la 'norma secundaria', el delito no sería 'infracción' alguna, puesto que aquélla no prohíbe el hecho al ciudadano, sino que se dirige al Juez"*. De ahí que, conforme aclara LUZÓN PEÑA⁴⁴⁸, *"la norma primaria -no se debe cometer tal delito- sólo se desprende implícitamente de la proposición o norma jurídicopenal"*.

Además, toda la teoría del delito, elaborada por la tradición de la dogmática jurídica, tiene como presupuesto la existencia de las normas primarias como correlato de las normas secundarias⁴⁴⁹.

De lo expuesto, es posible concluir que la ley penal, precisamente, la incriminadora, es constituida por normas primarias (dirigidas a los ciudadanos) y secundarias (dirigida al Juez)⁴⁵⁰.

Las normas primarias están relacionadas con el supuesto de hecho que, como será aclarado más adelante, tendrán fundamental importancia en el concepto mismo de ley penal en blanco y en la discusión sobre la admisibilidad de esta técnica legislativa, pues al dirigirse al ciudadano las normas primarias no deben dejar dudas en relación a las conductas prohibidas.

1.3. ESTRUCTURA DE LA LEY PENAL

La ley penal tiene la misma estructura de todas las proposiciones jurídicas que no se limitan a contener una definición, pues está compuesta por

⁴⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general, cit.*, p. 62.

⁴⁴⁸ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general*, 3ª edición, ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 58.

⁴⁴⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal, cit.*, p. 398. En este mismo sentido, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general, cit.*, p. 63.

⁴⁵⁰ En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2 edición, Buenos Aires, Editorial B de F, 2012, p. 512.

un supuesto de hecho (*Tatbestand*) y una consecuencia jurídica⁴⁵¹.

Según enseña LARENZ⁴⁵², *"la norma jurídica enlaza, como toda preposición, una cosa con otra. Ella asocia al hecho circunscrito de modo general, el 'supuesto de hecho', una consecuencia jurídica, (...)"*.

La diferencia entre ley penal y las demás proposiciones jurídicas está en que en la ley penal el supuesto de hecho lo constituye un delito y la consecuencia jurídica una pena y/o medida de seguridad⁴⁵³. Por tanto, la ley penal estructuralmente es semejante a cualquier otra y diferente de todas las demás en relación a su contenido⁴⁵⁴.

Terminológicamente, la doctrina suele distinguir supuesto de hecho o presupuesto y consecuencia jurídica de precepto y sanción. RODRIGUEZ DEVESA⁴⁵⁵ prefería emplear los términos presupuesto y consecuencia, pues considera que la utilización del término precepto induce a pensar que es una parte de la ley penal, cuando, en realidad, el precepto *"forma un todo inescindible con su consecuencia: el precepto carece de valor y sentido sin la sanción, pues la ley es una unidad"*.

También, MIR PUIG⁴⁵⁶ defiende que *"desde el punto de vista de la*

⁴⁵¹ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general*, 5ª edición, Granada, Ed. Comares, 2002, Traducción al castellano de OLMEDO CARDENETE, Miguel, p. 53. También, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal, cit.*, p. 14. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Manual de derecho penal medioambiental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 28.

⁴⁵² LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, 2 edición, Barcelona, Editorial Ariel, 2001, p. 243.

⁴⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Manual de derecho penal medioambiental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 28. En este mismo sentido, DEMETRIO CRESPO, Eduardo; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina y OTROS. *Curso de derecho penal-parte general*, 2 edición, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2010, p. 21.

⁴⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria, 1985, p. 25.

⁴⁵⁵ RODRIGUEZ DEVESA, Jose María. *Derecho penal español-parte general*, 8 edición, Madrid, Autor-Editor, 1981, p. 175.

⁴⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2003, pp. 21-22.

estructura lógica sólo es válida la distinción de presupuesto y consecuencia jurídica”, pues “la distinción precepto-sanción alude al significado imperativo, más que a la estructura formal, de la norma penal”.

El presupuesto o supuesto de hecho de la ley penal describe la conducta que es regulada. Ya, la consecuencia jurídica la pena o medida de seguridad que se aplican ante el incumplimiento de respetar la conducta prohibida.

Así que, la ley penal, en palabras de MORILLAS CUEVA⁴⁵⁷, presenta:

*“dos elementos diferenciados pero participados entre sí: el **supuesto de hecho**, como ‘previsión o anticipación hipotética respecto de una posible o incluso probable realidad futura’; y la **consecuencia jurídica**, que aparece ligada al presupuesto con la siguiente relación: Si A comete un delito, la norma prevé una nueva situación que produce unos concretos efectos jurídicos, la imposición de una pena o de una medida de seguridad.”*

Esta estructura de la ley penal, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, es la llamada estructura lógica, lógico-interna, formal o estática. Sin embargo, más allá de la estructura lógica se puede hablar en estructura dinámica o funcional.

Esta estructura funcional fue desarrollada por CALLIESS, que acoge el carácter comunicativo o dialogal de la estructura de la ley penal, sosteniendo que *“la norma penal posee una función de comunicación entre tres sujetos. Estos son el destinatario de la prohibición o eventual sujeto activo de la conducta delictiva – al que Calliess llama Ego-, la posible víctima de dicha actuación – al que denomina Alter-, y el llamado a reaccionar frente al delito mediante la pena- Tercero-”*⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal - parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal, cit.*, p. 67.

⁴⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general, cit.*, p. 65. También, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen I, *cit.*, p. 422, donde cita CALLIESS, R.P., *Theorie der Strafe*. En este mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, volumen I, *cit.*, pp. 36-37.

Esta propuesta de CALLIESS está de acuerdo con la forma que la ley penal actúa y promueve las interacciones entre las personas relacionadas con el delito, pero no excluye la admisión de la estructura lógica, pues se trata del análisis del mismo fenómeno bajo otro punto de vista.

Ahora bien, en función de la estructura lógica, que es la que más importancia tiene para este trabajo, según MUÑOZ CONDE⁴⁵⁹, “*puede distinguirse tres clases de normas penales: normas penales completas, normas penales incompletas y normas penales en blanco*”.

Por tanto, una vez adoptada la estructura lógica de la ley penal, formada por el supuesto de hecho o presupuesto y consecuencia jurídica, es imprescindible conceptualizar y diferenciar las leyes completas, incompletas y las leyes penales en blanco.

1.3.1. Leyes penales completas

Ley penal, en el sentido anteriormente adoptado, o sea, enunciado que expresa la norma penal, comprende dos normas: la primaria y la secundaria. La primaria representada por el supuesto de hecho y la secundaria por la consecuencia jurídica, en derecho penal, respectivamente, delito y pena.

Tradicionalmente se ha afirmado que la ley penal tiene la siguiente estructura: por un lado, *el supuesto de hecho* (<<Tatbestand>>), compuesto de una previsión hipotética de una posible, o incluso probable, realidad futura; por otro, *la consecuencia jurídica* ligada a la efectiva producción o realización del supuesto de hecho⁴⁶⁰.

Sin embargo, ni toda ley penal presenta esta estructura, supuesto de

⁴⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Manual de derecho penal medioambiental*, cit., p. 28. Este autor utiliza la expresión “*normas penales*” como sinónima de “*leyes penales*”.

⁴⁶⁰ Así, SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio-Jesus. “Contribución al estudio de la norma penal: estructura, contenido y función de las normas penales (I)”, Boletín num. 1642, p. 4424.

hecho y consecuencia jurídica, solamente las llamadas leyes penales completas⁴⁶¹, que generalmente están en la Parte Especial del Código Penal o en Leyes Especiales. Esto porque, esta estructura corresponde a las leyes penales incriminadoras, que deben reunir todos los elementos.

Según MUÑOZ CONDE⁴⁶², prototipo de una ley penal completa es el artículo 138,1 del Código Penal (<<El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años>>), "porque en ella se describe claramente el supuesto de hecho, <<matar a otro>>, y la consecuencia jurídica, <<la pena de prisión de diez a quince años>>".

Ocurre que, algunos autores⁴⁶³ defienden que en la construcción de una ley penal completa hay que considerarse las previstas en la Parte Especial del Código Penal y el conjunto de artículos de la Parte General, como por ejemplo, los que hacen referencia a las causas de exclusión de la antijuridicidad. De ahí que, todas las disposiciones legales serían leyes incompletas.

En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁴⁶⁴, advierte que "aunque suelen presentarse los preceptos de la Parte Especial como preceptos 'completos' lo cierto es que también éstos han de ponerse en relación con otros preceptos para una descripción completa del contenido de los mismos: y, en tal sentido, son también leyes incompletas aunque describan su presupuesto y la

⁴⁶¹ En este sentido, FIERRO, Guillermo J. *Legalidad y retroactividad de las normas penales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 189, aclara que son leyes completas aquellas "que el mandato o la prohibición se encuentran establecidos y, además, las condiciones de aplicación y consecuencias jurídicas que trae aparejada su transgresión."

⁴⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 21.

⁴⁶³ Así, GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal-introducción al derecho penal*, Tomo I, Madrid, lustel, 2010, p. 44. También, DEMETRIO CRESPO, Eduardo; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina y OTROS. *Curso de derecho penal-parte general*, 2 edición, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2010, pp. 21-22. En este mismo sentido, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general*, cit., p. 65.

⁴⁶⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen I, cit., p. 406.

consecuencia jurídica".

Sin embargo, es posible admitir que las leyes penales o preceptos que prevén los delitos y sus penas constituyen *"la sede lingüística principal de las normas jurídicos-penales, porque por sí mismos poseen sentido normativo, siquiera sea necesitado de ulterior concreción"*⁴⁶⁵.

Además, según aclara LUZÓN PEÑA⁴⁶⁶, las leyes de la Parte Especial son incompletas en razón de sus contenidos, debiendo acudir a las proposiciones de la Parte General, pero en cuanto a su estructura son, en general, completas, pues se componen de supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

Con todo, no hay que confundirse ley penal con artículo del Código Penal, aunque normalmente pueden coincidir. Pero, otras veces el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica pueden estar repartidos en diferentes artículos del Código, cuando están en inmediata conexión, dentro de la misma sección o capítulo, no hay dificultades en considerarlos como leyes penales completas⁴⁶⁷.

Así que, en relación a su estructura, la ley penal será completa siempre que describir el supuesto de hecho (delito) y la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad).

1.3.2. Leyes penales incompletas

Las leyes penales completas, como afirmado, son aquellas que contienen los dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

⁴⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general, cit.*, p. 62.

⁴⁶⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general*, 3ª edición, ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 59.

⁴⁶⁷ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, pp. 21-22. También, SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio-Jesus. "Contribución al estudio de la norma penal: estructura, contenido y función de las normas penales (I)", *cit.*, p. 4426.

Ahora bien, no toda disposición legal contiene una ley completa, pues no ofrece esta estructura⁴⁶⁸.

Son las llamadas leyes penales incompletas o dependientes, las cuales, según MUÑOZ CONDE⁴⁶⁹, "*sólo tienen sentido como complemento o aclaración del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica de una norma penal completa*".

Esta definición explica la existencia de las normas de la Parte General del Código Penal. Ejemplo de este tipo de normas son el artículo 19 CP, que declara exentos de responsabilidad criminal, el artículo 28 CP, que dispone que también responderán del delito como autores quienes induce a otro a cometerlo, etc⁴⁷⁰.

La utilización de leyes penales incompletas, en el sentido hasta ahora expuesto, se debe a razones meramente técnicas, pues con ellas se evita repeticiones innecesarias de aquellos elementos comunes a todos los delitos y las penas.⁴⁷¹

Así, es un procedimiento de economía legislativa para evitar que a cada figura de delito hubiese que referirse a todas las proposiciones complementarias de la Parte General del Código Penal.⁴⁷²

Aunque, estas leyes sean comúnmente llamadas de incompletas,

⁴⁶⁸ Entre otros, RODRIGUEZ DEVESA, Jose María. *Derecho penal español-parte general, cit.*, p. 175.

⁴⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 22.

⁴⁷⁰ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

⁴⁷¹ Así, RODRIGUEZ DEVESA, Jose María. *Derecho penal español-parte general, cit.*, 1981, p. 175. También, MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 23.

⁴⁷² MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal, cit.*, p. 33.

algunos autores⁴⁷³ prefieren llamarlas de "fragmentos de normas", ya que no pueden ser consideradas leyes penales en sentido propio, vez que no contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Además, al complementaren o integren la ley penal, forman también parte de ésta.

De ahí que, es posible afirmar que las leyes incompletas requieren, para su exacta comprensión y aplicabilidad, una conjugación con leyes penales completas. Es decir, las leyes incompletas *"carecen de una aplicación autónoma, pues su finalidad es establecer las condiciones, modalidades y límites en las que se aplicarán las leyes penales propiamente dichas, como ocurre con todos los artículos de la parte general del Código Penal"*⁴⁷⁴.

Más allá de la definición aquí presentada, hay autores⁴⁷⁵ que entienden las leyes penales incompletas, en sentido estricto, como siendo aquellas que contienen sólo el supuesto de hecho o sólo la consecuencia jurídica, debiendo ser unidas a otras para formar una ley completa. Citado autor, menciona como ejemplo de ley incompleta los artículos 205 y 208 do Código Penal, que tipifican, respectivamente la calumnia y la injuria, mientras que las penas están previstas en los artículos siguientes.

De este modo, los artículos de la Parte Especial del Código Penal, aunque prevean la práctica de un delito, si no estuvieren compuesto por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, deberán ser consideradas leyes incompletas.

Sin embargo, este procedimiento legislativo no puede confundirse con el concepto de ley penal incompleta, vez que, como aclara MUÑOZ CONDE *"más que de <<técnica legislativa>> se puede hablar de <<pereza*

⁴⁷³ Por todos véase, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal, cit.*, p. 17.

⁴⁷⁴ En este sentido, FIERRO, Guillermo J. *Legalidad y retroactividad de las normas penales, cit.*, p. 190.

⁴⁷⁵ Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general, cit.*, pp. 58-59. Véase también, GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal-introducción al derecho penal, Tomo I, cit.*, p. 44.

legislativa>>⁴⁷⁶, donde los artículos mencionados siguen siendo leyes completas, ya que contienen la consecuencia jurídica, pero para saber cuáles son hay que acudir a otro artículo.

En este sentido, GARCÍA RIVAS⁴⁷⁷ ya ha advertido que debe ser abandonada la denominación ley penal incompleta para caracterizar las especies de leyes penales cuyo o presupuesto se encuentra en una disposición distinta de aquella donde se ubica la consecuencia jurídica. Ello porque, este fenómeno llamado "integración normativa" es propio de la evolución del Derecho penal y de la creación de los Códigos Penales, compuestos de una Parte General y otra Parte Especial.

Además, conforme ya afirmado, no hay que confundirse ley penal con artículo del Código Penal, aunque muchas veces sean coincidentes, en algunos casos, como de los ejemplos aquí mencionados, supuesto de hecho y consecuencia jurídica están repartidos en diferentes artículos, pero contenidos en la misma ley.

Por lo tanto, las leyes penales incompletas estructuralmente son aquellas que no están formadas por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, pero establecen pautas refiriéndose a las otras leyes, las cuales son compuestas por presupuesto de hecho y consecuencia jurídica.

También, conforme ya afirmado, no hay que confundirse ley penal incompleta en razón de su estructura, con ley penal incompleta debido al contenido, de tal modo que una ley penal puede ser estructuralmente completa (presentar supuesto de hecho y consecuencia jurídica) y, al mismo tiempo, incompleta en relación a su contenido.

⁴⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 24.

⁴⁷⁷ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el estado democrático*, Cuenca, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 82-83.

1.4. RANGO DE LA LEY PENAL

Una cuestión fundamental para este trabajo es determinar el rango de la ley penal en España, o sea, que clases de leyes han de ser las leyes penales: leyes orgánicas, leyes ordinarias, decretos legislativos o decretos-leyes.

Aunque haya acuerdo en la exigencia constitucional de ley estricta para la previsión de delitos y penas, el tema del rango de la ley penal, tras la Constitución Española de 1978, ha sido muy debatido, en razón de la redacción de los artículos 9.3⁴⁷⁸, 25.1⁴⁷⁹, 53.1⁴⁸⁰ y 81.1⁴⁸¹, que, todavía, está lejos de tener un consenso⁴⁸².

Este desacuerdo sobre el rango de la ley penal es consecuencia de la propia formulación del principio de legalidad en la Constitución Española, que, como advierten BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE⁴⁸³, “*es bastante precaria y requiere un esfuerzo interpretativo lógico y sistemático para*

⁴⁷⁸ CE, Art. 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

⁴⁷⁹ CE, 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.

⁴⁸⁰ CE, Art. 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

⁴⁸¹ CE, 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.

⁴⁸² Entre otros, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general, cit.*, p. 56. También, VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 91-92.

⁴⁸³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, volumen I, *cit.*, p.83. También BORJA JIMENEZ, Emiliano. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: estado actual de un debate permanente*, en Revista General de Derecho, año XLIX, núm. 585, Valencia, junio, 1993, p. 5703, apunta que “*la Constitución española no contiene una declaración clara y tajante sobre la proclamación del principio de legalidad en materia penal*”. En este mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Principio de legalidad penal*, en Eunomía – Revista en Cultura de la legalidad, nº 1, septiembre, 2011-febrero 2012, p. 158.

comprender dentro de la formulación constitucional todos sus aspectos”.

La fijación del rango de la ley penal es necesaria para la propia conceptualización de la ley penal en blanco, pues se funda, básicamente, en la distinción jerárquica entre la ley penal y su disposición complementaria⁴⁸⁴.

De este modo, se hace imprescindible el análisis de las alternativas presentadas por la doctrina y por el Tribunal Constitucional, bien cómo la adopción de una posición personal para el desarrollo del tema.

En este trabajo, las vías de los Decretos-Leyes defendida por RODRÍGUEZ DEVESA⁴⁸⁵, que desde ya refutase, no será abordada con más detalles. Aunque este autor tenga algunos seguidores, como es el caso de LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ⁴⁸⁶, que entienden necesario, en caso de posible emergencia, acudir al Decreto-Ley como único modo de legislación penal.

Ello porque, como ha aclarado BOIX REIG⁴⁸⁷ *“la tesis de la posibilidad*

⁴⁸⁴ Al abordar el tema de la reserva de Ley Orgánica y fuentes legales en materia penal, ARROYO ZAPATER. Luis. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, núm. 8, mayo-agosto 1983, p.36, enseña que *“de la calificación de la materia penal como reserva de ley orgánica se deriva la exclusión como fuentes de Derecho penal de toda otra fuente legislativa que no sea la orgánica y, con mayores razones, de las fuentes del derecho no legislativas”*. De ahí, la importancia de determinación del rango de la ley penal en España.

⁴⁸⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español-parte general*, 8 edición, Madrid, 1981, p. 171. También, RODRÍGUEZ DEVESA, José María. "Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal", en *Revista de Derecho Público*, Madrid, 1982, pp. 245-246, donde después de citar algunos ejemplos defiende que: *"se trata de casos de <<extraordinaria y urgente necesidad>> prevenidos en el art. 86, apartado uno, de la Constitución que establece para ellos la vía del decreto-ley, no la prolongada tramitación de las leyes orgánicas"*.

⁴⁸⁶ LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho penal español-parte general*, 7 edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, p. 128-129.

⁴⁸⁷ BOIX REIG, Javier. *El principio de legalidad penal en Repercusiones de la constitución en el derecho penal-algunos problemas específicos - semana de derecho penal en memoria del Profesor Julián PEREDA*, S. F., Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pp. 59-60. En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general*, cit., p. 57, advierte que: *"en cuanto a la posibilidad de que se regule por Decreto-ley materias penales en los pocos casos en que no se vean afectados derechos fundamentales, la doctrina absolutamente dominante lo niega, argumentando que el art.86.1 CE señala que los decretos-leyes no pueden afectar a derechos y libertades del Tít. I CE y que no es posible que*

de dictar Decretos-Leyes que contengan normas penales, por cuanto la lectura de los distintos artículos de la Constitución sobre la materia excluyen claramente tal posibilidad, como por otra parte ha puesto de manifiesto reiteradamente la doctrina”.

De este modo, serán expuestos tres criterios para la fijación del rango de la ley penal que, en la actualidad, doctrina y Tribunal Constitucional han sustentado: la reserva absoluta de *Ley Orgánica*, la inexistencia de reserva de *Ley Orgánica* y la reserva relativa de *Ley Orgánica*.

1.4.1. La reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal

La doctrina mayoritaria, según LUZÓN PEÑA⁴⁸⁸, *“considera que todas las leyes penales, que establezcan penas o medidas de seguridad, restringen y afectan a derechos fundamentales (regulados en la Secc. 1ª, Cap. II, Tít. I CE), que son por ello ‘relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas’ y que por consiguiente ha de ser leyes orgánicas conforme al art. 81.1 CE”.*

El artículo 81.1 de la Constitución Española establece que *“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.”*

De esta manera, para la mayoría de la doctrina⁴⁸⁹, que defiende la

la regulación de delitos, penas y medidas de seguridad no afecte de algún modo a tales derechos constitucionales (mucho más amplios que los fundamentales)”.

⁴⁸⁸ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general, cit.*, p. 56. En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales, cit.*, pp.116-117. También, MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, pp. 94 y ss.

⁴⁸⁹ En este sentido, entre otros, CÓRDOBA RODA, Juan. "Consideraciones sobre el principio de legalidad", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, p. 238. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3 edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 117. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp.

reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal, las leyes penales siempre afectan o limitan los *derechos fundamentales y las libertades públicas*. De lo contrario, no habría la necesidad de la reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal, pues tal exigencia deviene del contenido del artículo 81.1 de la CE⁴⁹⁰.

En otras palabras, todo tipo penal supondría una coerción, una limitación de la libertad, debiendo ser, pues, contemplado por la reserva absoluta de Ley Orgánica prevista en el artículo 81.1 de la CE⁴⁹¹.

Aquí, es de fundamental importancia, aclarar si la ley penal *desarrolla o no un derecho fundamental*. Hay que indagar si la descripción de cualquier hecho delictivo en una ley penal, o sea, la tipificación de una determinada conducta, por sí sólo, ya afecta el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas o solamente aquellas leyes penales que protegen determinados bienes jurídicos o imponen determinadas sanciones.

12-13. También, ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Compendio de Derecho Penal - parte general, 6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 42. VIVES ANTÓN, Tomás S. *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 385. BOIX REIG, Javier. *El principio de legalidad penal en Repercusiones de la constitución en el derecho penal-algunos problemas específicos - semana de derecho penal en memoria del Profesor Julián PEREDA*, S. F., Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pp.67-68. MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 95. BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, editorial Hammurabi, 1999, p. 27. COBO DEL ROSAL. "Constitución y derecho penal: el principio de legalidad en materia criminal", en *Fragmentos penales II - ensayos y escritos breves*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 162. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español - parte general, cit.*, p. 56. La minoría que rechaza la reserva absoluta de ley orgánica será abordada en el apartado siguiente.

⁴⁹⁰ En este sentido, CÓRDOBA RODA, Juan. "Consideraciones sobre el principio de legalidad", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, p. 238.

⁴⁹¹ En este sentido, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3 edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 117. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 12-13. También, ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Compendio de Derecho Penal - parte general, 6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 42, defienden, con base en el artículo 81.1 de la CE, la reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal.

En este sentido, advierte BORJA JIMENEZ⁴⁹², que para poder dar una respuesta a esta cuestión:

“en primer lugar, es necesario comprobar que las Leyes Penales, de forma intrínseca, son un reflejo del desarrollo de los mencionados derechos fundamentales y libertades públicas. En segundo lugar, atendiendo al contenido, se tendrá que corroborar asimismo que, o bien el presupuesto de dichas Leyes Penales (delitos y estados peligrosos), o bien las consecuencias jurídicas (penas o medidas de seguridad), afectan, en el sentido indicado, a alguno de los denominados derechos fundamentales o libertades públicas”.

Inicialmente, se argumenta que toda ley penal, independiente de la sanción prevista, privativa de libertad o multa, por sí ya limita la libertad de actuación del individuo, bien cómo afecta, entre otros derechos fundamentales, el honor.

En este sentido, concluye VIVES ANTÓN⁴⁹³, al abordar el tema de la reserva de ley orgánica en materia penal, que *“si se piensa que la conducta es presupuesto, no sólo de la pena, sino también de la posible detención o prisión preventiva y, más aún, si se toman en consideración otros derechos fundamentales (honor, intimidad, inviolabilidad del domicilio, etc.) se comprenderá por qué sostuve y sostengo que en Derecho penal rige una reserva sustancial y absoluta de Ley Orgánica”.*

Sin embargo, si se refuta que la ley penal que impone solamente multa limita la libertad y afecta el honor, pues la propiedad, limitada al exigirse el pago de una multa, no es un derecho fundamental, la ley penal, en estos casos, podría tener rango inferior a la ley Orgánica.

⁴⁹² BORJA JIMENEZ, Emiliano. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: estado actual de un debate permanente*, en Revista General de Derecho, año XLIX, núm. 585, Valencia, junio, 1993, p. 5707.

⁴⁹³ VIVES ANTÓN, Tomás S. *La libertad como pretexto*, cit., p. 385. También, BOIX REIG, Javier. *El principio de legalidad penal*, cit., pp.67-68, defiende que la regulación jurídicas de los instrumentos jurídicos procesales, por ejemplo, la prisión provisional, deben revestir la forma de Ley Orgánica.

No obstante, conforme destaca MUÑOZ CONDE⁴⁹⁴, el impago de una multa puede conllevar el arresto sustitutorio del condenado, *"por lo que, de manera indirecta, también las normas penales que impongan multas limitan la libertad de los individuos y en tal medida, en aplicación del art. 53,1 Cp, deben ser aprobadas como leyes orgánicas"*.

De este modo, mismo en los casos que la sanción impuesta por la ley penal es la de multa, ante la posibilidad del arresto sustitutorio del condenado en el caso de impago, aún existiría limitación, aunque de forma indirecta, a un derecho fundamental del individuo, cuál sea, la libertad.

También, hay que subrayar, como hace BACIGALUPO⁴⁹⁵, que en España la interpretación de los derechos fundamentales ha sido siempre, al menos como punto de partida, la teoría liberal. Para esta teoría, según citado autor:

"los derechos fundamentales son, en todo caso, derechos de defensa de los individuos frente a las intervenciones del Estado en sus esferas de derechos. De ello se deduce -como se dijo- que 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 posibles mediante una ley orgánica (art. 81.1, CE)".

Para COBO DEL ROSAL⁴⁹⁶, desarrollo y limitación son iguales, siendo que le Derecho penal es el encargado de esta limitación. Luego, *"debe inexorablemente sostenerse una reserva de Ley, y más todavía, una reserva absoluta de Ley Orgánica. Y digo Ley Orgánica en su sentido más estricto, y no de Ley ordinaria, como a mi juicio, equivocadamente, se ha mantenido, un tanto de forma solitaria, en la doctrina penal española."*

⁴⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 96.

⁴⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*, cit., p. 27.

⁴⁹⁶ COBO DEL ROSAL. "Constitución y derecho penal: el principio de legalidad en materia criminal", en *Fragmentos penales II - ensayos y escritos breves*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 162.

BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE⁴⁹⁷, al analizar el tema, presentan dos argumentos, un teleológico y otro sistemático.

El argumento teleológico, coincide con lo anteriormente dicho, se sostiene en la potestad del Estado que incide en la libertad del individuo y que, la libertad, aparece como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 de la Constitución Española. Luego, la preocupación básica de la Constitución es buscar un equilibrio a favor del individuo en relación a la intervención del Estado, que se concreta no sólo en la exigencia de ley orgánica para su desarrollo, como también el reconocimiento de los recursos de inconstitucionalidad (art. 16.1.a CE) y de amparo judicial y constitucional (art. 53.2 CE).⁴⁹⁸

Ya, el argumento sistemático, está derivado de la propia ubicación del artículo 25 de la Constitución Española, en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, es decir, entre “*los derechos fundamentales*” y “*las libertades públicas*”.⁴⁹⁹

ARROYO ZAPATERO⁵⁰⁰, aunque partiendo del artículo 17.1⁵⁰¹ de la Constitución Española, defiende el argumento sistemático, sustentando que “*el hecho de que el artículo 17.1 configure un derecho fundamental y esté ubicado en la Sección primera del capítulo II del título primero determina que la reserva de ley que establece es la de ley orgánica del artículo 81.*”

⁴⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, volumen I, *cit.*, p.84.

⁴⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, volumen I, *cit.*, p.84.

⁴⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, volumen I, *cit.*, p.84.

⁵⁰⁰ ARROYO ZAPATER. Luis. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, *cit.*, p.27.

⁵⁰¹ CE, Art 17.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.

También, QUINTANAR DÍEZ y ORTIZ NAVARRO⁵⁰², defienden el argumento sistemático aclarando que:

“(...) una interpretación sistemática de nuestra Constitución llevar a exigir la reserva absoluta de ley orgánica para la materia penal, puesto que si a tenor del artículo 81.1 las leyes orgánicas son las que regulan el 'desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas', los delitos que comportan privación de derechos y libertades no pueden ser menos en su regulación”.

Además, desde el punto de vista de política legislativa, fundado en el artículo 81.2 CE, el cual señala que *“la aprobación, modificación o derogación de una ley orgánica exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyectos”*, es ventajoso la Reserva de Ley Orgánica en materia penal.

Así, RODRÍGUEZ RAMOS⁵⁰³ ha estimado conveniente que precisamente en materia penal se haya producido una Reserva de Ley Orgánica, requiriéndose la mayoría prevista en el art. 81.2. El Derecho penal afecta profundamente a la libertad de todos, debiéndose abordar soluciones cercanas a la política de Estado; soluciones no sometidas a políticas concretas de Gobiernos minoritarios; soluciones que siendo más compartidas sean en consecuencia generales y estables. Entiende dicho autor que en el orden material la reserva de ley orgánica en el ámbito de las leyes penales permitirá el planteamiento de una política criminal más consensuada, que evite la utilización del Derecho penal como instrumento de criminalización de la discrepancia política, económica o ideológica, o si no se evita radicalmente tal peligro, sí al menos se merma en gran medida.

En el mismo sentido, ARROYO ZAPATER⁵⁰⁴ advierte que *“la creación por los constituyentes de la categoría de las leyes orgánicas es precisamente la*

⁵⁰² QUINTANAR DÍEZ, Manuel y ORTIZ NAVARRO, José Francisco. *Elementos de derecho penal-parte general*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 22.

⁵⁰³ RODRÍGUEZ RAMOS, Luís. "Hacia una teoría de las fuentes materiales del derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, mayo-diciembre, 1981, pp. 736-737.

⁵⁰⁴ ARROYO ZAPATER. Luis. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, cit., p.33, siguiendo las aportaciones de RODRÍGUEZ RAMOS.

mayor expresión de la preocupación de que en las materias fundamentales se puedan imponer restricciones por “mayorías minoritarias”, de la exigencia, en definitiva, de la más amplia mayoría”.

De ahí que la Reserva de ley Orgánica en materia penal supone una mayor garantía, pues el Estado solamente podrá limitar la libertad de los individuos, a través del Derecho penal, medio más grave de que el Estado dispone, cuando existir un consenso de la mayoría cualificada.

Así, enseña MUÑOZ CONDE⁵⁰⁵ que:

“la ley penal expresa los intereses que la sociedad considera más importantes para la convivencia, destinando a su protección el instrumento más grave de que dispone. La legitimación exclusivamente atribuida al legislador para elaborar la ley penal debe ejercerse con el máximo consenso posible en torno a su elaboración y promulgación, lo que resulta favorecido por la exigencia de la mayoría cualificada propia de las leyes orgánicas”.

Cómo advierte GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁵⁰⁶, la exigencia de Ley Orgánica es reforzada por tres argumentos: la mayor estabilidad que representa la Ley Orgánica, por exigir un *quórum* cualificado para su alteración; un plus de *legitimidad política* que exige la Ley Orgánica, vez que el *quórum* cualificado implica un mayor consenso social e, por fin; porque estas dos primeras circunstancias propician una *percepción social* de las Leyes Orgánicas muy positiva, vez que refrenda y consolida el consenso social e implantación de las mismas.

Además, conforme defiende MOURILLAS CUEVA⁵⁰⁷:

*“me **adscribo a la concepción amplia**, en la idea que supone un fortalecimiento de las garantías ciudadanas, no solamente de la persona que delinque sino de toda la sociedad inevitablemente unida al Derecho penal a través de la función de prevención general que éste desarrolla y en la consecuente exigencia de una necesaria predeterminación normativa*

⁵⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 96.

⁵⁰⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*, 3 ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 502.

⁵⁰⁷ MOURILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal - parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal, cit.*, p. 135.

suficiente, por intensa, que conlleve una reserva absoluta de Ley orgánica como presupuesto de la actuación punitiva del Estado".

También, POLAINO NAVARRETE⁵⁰⁸, concluye que *"en todo caso, y por encima de particularidades, creemos que la exigencia de Ley Orgánica se presenta en Derecho penal con mayor intensidad que en otros sectores del ordenamiento jurídico"*.

Hasta porque, conforme advierte DÍEZ RIPOLLÉS⁵⁰⁹, la exigencia de Ley Orgánica en materia penal está *"en coherencia con carácter de ultima ratio de la intervención penal en el marco del control social jurídico"*.

En definitiva, la doctrina mayoritaria, que defiende la reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal, se funda, básicamente, en la afectación de los derechos fundamentales y libertades públicas por la ley penal, especialmente, del honor y de la libertad (identificable con el *argumento teleológico*); en la propia ubicación del art. 25 CE y/o 17.1 CE (*argumento sistemático*); y, finalmente, en el argumento político-legislativo (art. 81.2 CE).

1.4.2. La inexistencia de reserva se Ley Orgánica en materia penal

Una posición opuesta a la anteriormente presentada, defendida por una minoría doctrinaria, sostiene que las leyes penales no han de tener el rango de Ley Orgánica⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ POLAINO NAVARRETE. *Lecciones de derecho penal-parte general*, Tomo I, *cit.*, p. 130.

⁵⁰⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español - parte general*, *cit.*, p. 56.

⁵¹⁰ Así, LAMARCA PEREZ, Carmen. *Legalidad penal y reserva de ley en la constitución española*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, num. 20, mayo-agosto, 1987, pp. 99 e ss. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. "Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal", en *Revista de Derecho Público*, Madrid, 1982, p. 241 y ss. FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales*, en *Cuadernos de política criminal*, nº 52, Madrid, 1994, pp. 97 y ss.

LAMARCA PEREZ⁵¹¹ defiende que sólo el desarrollo normativo de los artículos 15 a 29 de la CE queda incluido en el ámbito de la Ley Orgánica, lo que ya entiende ser un buen argumento para rechazar la naturaleza orgánica de todas las normas penales, pues muchas de ellas se proyectan sobre materias o derechos que no están comprendidos en estos preceptos.

También, señala LAMARCA PEREZ que desde una perspectiva política, *“el ambiente natural’ de las leyes orgánicas es el de las decisiones genuinamente constitucionales, donde desempeñan una función de clarificación o desarrollo de preceptos que, por los motivos que fuese, producían desconfianza o recelo en alguno de los grupos constituyentes, que trataban por esta vía de asegurar su futura participación”*. Aclarando que, aunque el Derecho penal tenga transcendencia para el ejercicio de las libertades, bien cómo conexión con el modelo constitucional, *“no se puede deducirse que el catálogo de delitos y penas sea una decisión constitucional cuyo desarrollo puede equipararse al de los preceptos afectados por la reserva del artículo 81.1”*.⁵¹²

Más allá de ello, esta autora destaca las distinciones de las expresiones “desarrollo” contenida en el artículo 81.1 CE y el “afectar” del artículo 86.1 CE, concluyendo que *“el ‘ambiente natural’ de las leyes orgánicas es el de las decisiones genuinamente constitucionales”*, lo que excluiría el Derecho penal, pues no es un desarrollo de la Constitución⁵¹³.

En este sentido, LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ⁵¹⁴ entienden que *“el texto constitucional habla de leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales, no de toda ley que incida o coarte de algún modo*

⁵¹¹ LAMARCA PEREZ, Carmen. *Legalidad penal y reserva de ley en la constitución española*, cit., p. 123.

⁵¹² LAMARCA PEREZ, Carmen. *Legalidad penal y reserva de ley en la constitución española*, cit., p. 126.

⁵¹³ LAMARCA PEREZ, Carmen. *Legalidad penal y reserva de ley en la constitución española*, cit., p. 126.

⁵¹⁴ LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho penal español-parte general*, 7 edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, p. 128.

un derecho fundamental. Luego se refiere sólo a las leyes que regulen un derecho fundamental ex integro".

También, RODRÍGUEZ DEVESA⁵¹⁵, al analizar los artículos 81, 53 y 25 de la Constitución Española, ya había concluido que *"para crear delitos o penas, o para modificar las leyes penales no se declara en lugar alguno que haya que acudir a leyes orgánicas"*. De lo contrario, entiende que la reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal *"es algo más que folklore legislativo"*, que llevaría *"a una concatenada sucesión de lentísimas reformas"*⁵¹⁶.

Para FEIJOO SANCHEZ⁵¹⁷, que parte de una perspectiva institucional de los derechos fundamentales y de una concepción funcionalista de la Teoría del Derecho, no existe, en materia penal, una reserva de Ley Orgánica, sino simplemente una reserva de Ley Ordinaria.

Esto es así, porque los derechos fundamentales deben ser concebidos como "fundamento funcional" de la democracia, que no agotan su función dentro del ordenamiento jurídico con un mero reconocimiento normativo abstracto. Por el contrario, según este autor, *"el legislador ostenta primordialmente un papel activo y decisivo para asegurar el contenido y disfrute simultáneo y compatible de los derechos reconocidos por la ley fundamental del sistema político-social"*⁵¹⁸.

De este modo, defiende que *"por desarrollo de los derechos fundamentales ha de entenderse la intervención normadora del legislador para*

⁵¹⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. "Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal", *cit.*, p. 243.

⁵¹⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. "Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal", *cit.*, pp. 246-247.

⁵¹⁷ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 97 y ss.

⁵¹⁸ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales*, *cit.*, p. 98. De este modo, rechaza la teoría liberal donde los derechos fundamentales suponían un límite a la actividad del legislador.

el desenvolvimiento de los mismos equivalente a la del constituyente o, lo que es lo mismo, es toda aquella actividad relativa a su configuración esencial". Ya, el derecho penal, sólo, regula el ejercicio de los derechos fundamentales, lo que no supone un desarrollo de los mismos⁵¹⁹.

Aún, FEIJOO SÁNCHEZ⁵²⁰ rechaza los argumentos a favor de la exigencia absoluta de Ley Orgánica en materia penal, presentando tres objeciones: *primera*, que sólo las materias que están reguladas en el artículo 81.I de la Constitución exigen la intervención normadora del legislador orgánico, independiente de la mayor o menor importancia de las materias; *segunda*, la exigencia de una mayoría cualificada para la aprobación de una ley penal, puede llevar a una situación de atrofia y rigidez, cuando distintos grupos parlamentarios dispongan de un número importante de escaños; *tercero*, otros Estados que poseen un sistema constitucional inspirados en los mismos principios que el Español, no necesitan de estas "garantías especiales" al legislar en materia penal.

Por fin, FEIJOO SÁNCHEZ, conforme señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁵²¹, va más allá y cuestiona, también, *"la 'reserva relativa' de ley orgánica en materia penal, rebatiendo la construcción de las denominadas 'leyes de desarrollo negativo'"*, pues *"entiende FEIJÓO SÁNCHEZ que las leyes penales despliegan una función tuitiva y externa, limitativa pero periférica, de los derechos fundamentales, sin afectar al contenido esencial de estos, sin pretender configurarlos. Por ello, no exigen el rango de orgánicas: 'limitar' no es 'desarrollar' en el sentido del artículo 81 de la Constitución."*

De ahí que, por todas las razones expuestas, este sector de la doctrina defiende que, en material penal, no hay que se hablar en reserva, aunque relativa, de Ley Orgánica.

⁵¹⁹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales*, cit., pp. 104-105.

⁵²⁰ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales*, cit., pp. 106-107.

⁵²¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*, cit., p. 501.

1.4.3. La reserva relativa de Ley Orgánica en materia penal - especial referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional

La tercera posición, llamada de intermedia, sostenida por el Tribunal Constitucional y algunos autores, preconiza que la ley penal debe tener rango de Ley Orgánica solamente cuando las penas o las medidas que impongan afectan o limitan derechos fundamentales⁵²².

En principio es necesario hacer un breve histórico de las decisiones del Tribunal Constitucional en relación al rango de la ley penal, pues, según advierte LAMARCA PÉREZ⁵²³, *“la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia tampoco ha resultado muy satisfactoria y, además, y lo que es más grave, no ha cerrado el debate”*.

La primera doctrina del Tribunal Constitucional⁵²⁴, sobre la reserva de Ley Orgánica en materia penal, se encuentra en la STC 25/1984, que se pronunciaba, en un recurso de amparo, sobre la constitucionalidad de la Ley de Control de Cambios que tenía carácter ordinario, afirma *“que la reserva de Ley en materia penal implique reserva de Ley orgánica es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del art. 81.1 de la CE con el mencionado art. 25.1 de la misma. El desarrollo a que se refiere el art. 81.1 y que requiere Ley Orgánica, tendrá lugar cuando sea objeto de las correspondientes normas sancionadoras los ‘derechos fundamentales’”*.

Poco tiempo después, cómo enseña VICENTE MARTÍNEZ⁵²⁵, en un nuevo recurso de amparo, el Tribunal Constitucional, en la STC 32/1984, afirma

⁵²² En este sentido, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general*, cit., p. 56, lo cual, incluso, entiende que esta es la posición correcta.

⁵²³ LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Principio de legalidad penal*, en Eunomía – Revista en Cultura de la legalidad, nº 1, septiembre, 2011-febrero 2012, p. 159.

⁵²⁴ En este sentido, GERPE LANDÍN, Manuel. *Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal*, en Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, Any XC, n 3, 1991, p. 692. También, VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 125. LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Principio de legalidad penal*, cit., p. 159.

⁵²⁵ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*, cit., pp. 125-126.

de pasada en su Fundamento Jurídico 3, “*que de ser necesaria una Ley orgánica para regular la materia de referencia únicamente lo será en relación con las penas privativas de libertad*”.

Todavía, en la STC 140/1986 y STC 160/86, el Tribunal Constitucional comienza a exigir el rango de Ley Orgánica en materia penal siempre que las leyes establezcan penas o medidas de seguridad privativas de libertad⁵²⁶, en los siguientes términos:

"Lo que ahora se plantea es si, aparte de la exigencia del rango de Ley formal, se requiere también, a la luz de lo dispuesto en el art. 81.1 de la C.E., en relación con el art. 17.1 de la misma, que las normas penales sancionatorias estén contenidas en Leyes Orgánicas. La respuesta ha de ser afirmativa. El art. 81.1 mencionado prevé que son Leyes Orgánicas «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas». Y 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, 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 C.E., es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social. Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo «en los casos y en la forma previstos en la Ley»: En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código Penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 de la C.E., 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 Orgánicas."⁵²⁷

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del art. 7.1 de la Ley 40/1979, de Control de Cambios, pues imponía penas privativas de libertad sin poseer el carácter de Ley Orgánica.

⁵²⁶ Entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*, 3 ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 501.

⁵²⁷ STC 140/1986, FJ 5.

Tras estas decisiones, el Tribunal Constitucional declaró, en la STC 93/1988, parcialmente constitucional o texto de la Ley Orgánica 9/1984 (contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas), bien como la inconstitucionalidad del art. 1 del Real Decreto-Ley 19/1979 por insuficiencia de rango.

Además, el Tribunal Constitucional, como advierte CARBONELL MATEU⁵²⁸, parece “*admitir la constitucionalidad de la ley ordinaria cuando la pena prevista no es privativa de libertad. Así, la STC 66/1989.*”

En este mismo sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁵²⁹, señala que “*la doctrina del Tribunal Constitucional deja, pues, abierta la posibilidad de castigar a través de ley penal no orgánica delitos o faltas, vg. contra el patrimonio, imponiendo penas de multa*”.

Todavía, la STC 234/1997, relativa al delito consistente en la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, reitera (fundamento jurídico 10) la doctrina del Tribunal Constitucional la cual exige que las normas penales que establezcan penas privativas de libertad estén contenidas en Leyes Orgánicas⁵³⁰.

Más reciente, en la STC 57/2005, el Tribunal Constitucional ha confirmado que sólo puede cumplir el principio de legalidad una Ley del Estado que debe tener el rango de orgánica al afectar derechos fundamentales, especialmente si prevé penas privativas de libertad. Es decir, admite la figura de una ley mixta, Ley Ordinaria respecto a los artículos que afecten a aspectos

⁵²⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 118.

⁵²⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*, cit., p. 501.

⁵³⁰ CUERDA RIEZU, Antonio. *Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal*, en *El nuevo derecho penal español-Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, p. 168.

no penales, y Ley Orgánica en los que establezcan delitos y penas⁵³¹.

Por las decisiones presentadas, no hay duda que el Tribunal Constitucional exige la reserva de Ley Orgánica únicamente cuando las leyes penales establezcan penas o medidas de seguridad privativas de libertad y, aún, cuando el objeto (bien jurídico) protegido sea algún derecho fundamental.

De esta forma, el Tribunal Constitucional hace la distinción entre aquellos preceptos penales que prevén penas privativas de libertad y, por esto, afectan los derechos fundamentales, y aquellos otros preceptos que tan sólo prevén penas pecuniarias o de otro tipo, en las que no se afectan a los derechos fundamentales y a las libertades públicas⁵³².

En la doctrina, MIR PUIG⁵³³ defiende que el art. 81 de la Constitución, que asegura el rango de Ley Orgánica, no se refiere expresamente al derecho penal, más sólo a los “derechos fundamentales y libertades públicas” previstos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución.

De ahí que, este autor, estima preferible examinar cada clase de pena si afecta algún derecho fundamental específico⁵³⁴. Es decir, debe ser perquirido cada ley penal en relación a la afectación de los derechos fundamentales o libertades públicas, en caso positivo debe ser asegurado el rango de ley orgánica.

Esto es así, según MIR PUIG⁵³⁵, pues aunque es evidente que las penas o medidas de seguridad privativas de libertad afectan los derechos fundamentales y libertades de forma directa (derecho de la libertad (art. 17 de la Constitución), bien como las penas de multa, en el caso de su impago,

⁵³¹ Así, RODRÍGUEZ RAMOS, Luís. *Compendio de derecho penal-parte general*, cit., 2 edición, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 56-57.

⁵³² Así, VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*, cit., p. 127.

⁵³³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 110.

⁵³⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 111.

⁵³⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 110.

sostiene que lo mismo no ocurriría en determinadas penas, como por ejemplo, en la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, entre otras.

Por lo tanto, para MIR PUIG⁵³⁶, las penas o medidas de seguridad que no limiten derechos fundamentales, de la clase prevista en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, deberán ser establecidas por una ley en sentido estricto, aunque ordinaria, si afecta algún otro derecho previsto en el Capítulo 2º del Título I de la Constitución.

Para CEREZO MIR⁵³⁷, que también adopta esta posición intermedia, *“sólo aquellas leyes penales, (...), que por el bien jurídico protegido o por la índole de las sanciones que establezcan (penas privativas de libertad, por ejemplo) afecten los derechos fundamentales y las libertades públicas regulados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución (...) tendrán que tener el carácter de orgánicas”*.

Como puede ser verificado de lo hasta aquí expuesto, los dos autores citados, comparten el entendimiento que las sanciones establecidas en la ley penal, para que esta tenga el carácter de orgánica, deben, necesariamente, afectar un de los derechos fundamentales y libertades públicas ya mencionados.

Sin embargo, CEREZO MIR⁵³⁸ hace referencia, no sólo a la sanción prevista en la ley penal, como también al bien jurídico protegido, señalando la importancia del mismo para la exigencia de Ley Orgánica. Es decir, caso el bien jurídico sea uno de los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, la ley deberá tener el rango de Orgánica.

⁵³⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 111.

⁵³⁷ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*, Tomo I, quinta edición, Madrid, Tecnos, 1997, p. 152.

⁵³⁸ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*, Tomo I, *cit.*, p. 152.

En este mismo sentido, MADRID CONESA⁵³⁹ defiende que:

" (...), cuando por el bien jurídico protegido o por la naturaleza de la pena resulte afectado un derecho fundamental o una libertad pública de las reconocidas en la citada Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, la reserva de ley hará referencia a una reserva absoluta de Ley Orgánica. (...), cuando por el bien jurídico protegido o por la naturaleza de la pena resulte afectado uno de los derechos a los que se refiere el art. 53.1 de la Constitución, esta reserva será de ley ordinaria y tendrá también, como se ha visto, el carácter de reserva absoluta."

Ya, MIR PUIG⁵⁴⁰, asume una posición contraria a la de CEREZO MIR y MADRID CONESA, pues rechaza explícitamente el criterio de la naturaleza del bien jurídico protegido señalando que *"en orden a la cuestión aquí contemplada de la necesidad o no de ley orgánica, es irrelevante, en cambio, que el bien jurídico protegido por la ley penal halle o no constituido por un derecho fundamental de la Sec. 1ª del Cap. 2º del Título I de la Const."*

Por tanto, la posición intermedia, defendida por el Tribunal Constitucional y parte de la doctrina, aboga por la reserva relativa de Ley Orgánica, en materia penal, en la medida que la ley afecte o no los derechos fundamentales. Es decir, aunque utilicen criterios distintos, naturaleza de la sanción o del bien jurídico, lo fundamental para la reserva de Ley Orgánica es que los derechos fundamentales sean afectados o limitados por determinada ley.

1.4.4. Posición personal

Ahora bien, tras presentar y analizar las distintas aportaciones de la doctrina y del Tribunal Constitucional, es necesario para el desarrollo del tema adoptar una posición en relación al rango de la ley penal, pues tendrá reflejos significativos en la ley penal en blanco.

⁵³⁹ MADRID CONDESA, Fulgencio. *La legalidad del delito, cit.*, Valencia, Universidad de Valencia, 1983, pp. 54-55.

⁵⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 111, nota 24.

Inicialmente, es importante subrayar, como hace QUERALT⁵⁴¹, algunas de las características de las Leyes Orgánicas:

“para su aprobación requieren de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (art. 81.2 CE), su materia resulta indelegable (art. 82.1 CE) y sobre las materias objetos de ley orgánica no pueden dictarse decretos-ley (art. 86.1 CE) ni dictarse leyes de comisión ni decretos legislativos; en cambio las leyes ordinarias, además que sí pueden ver su objeto delegado e, incluso, normado por decretos gubernativos con fuerza de ley, pueden ser aprobadas en comisión, sin necesidad de pasar por el pleno de las Cámaras (art. 75.2 CE). Es más, la materia propia de la ley ordinaria podría hasta regularse, cumplidas ciertas condiciones, por Ley anual de Presupuestos Generales del Estado, con los consiguientes problemas en orden a la inidoneidad del vehículo normativo y a la restricción del debate parlamentario”.

También, no hay que olvidarse que al Derecho Penal le corresponde la tarea más ingrata y temible, la de sancionar con las sanciones más graves⁵⁴². En el Estado Social y Democrático de Derecho el "arma" más poderoso que este posee, pero también el que más daño puede hacer a los ciudadanos, es el Derecho Penal.

De ahí que su utilización debe ser la más cautelosa posible, no sólo en la aplicación de la legislación vigente, observándose todos los principios limitadores del *ius puniendi*, como, especialmente, en la elaboración y promulgación de las leyes penales.

Las distinciones, ya destacadas entre la Ley Orgánica y las demás, no dejan duda que aquélla, al exigir mayoría absoluta, garantiza una mayor participación popular en las decisiones relativas a la criminalización de conductas, como también mejora la calidad de la legislación⁵⁴³.

⁵⁴¹ QUERALT, Joan Josep. "Código penal y ley orgánica", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo 1, Madrid, 1992, pp. 63-64. Aunque, en el mismo artículo (p.82), defiende que no es necesario el rango de Ley Orgánica para toda ley penal, por entender que "no todo que se contiene en las leyes penales tiene que ver con el principio de legalidad".

⁵⁴² En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 96.

⁵⁴³ En este sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. "Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? principio de legalidad e interpretación del 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. 191.

Esto porque, cuando un órgano está compuesto por una elevada cantidad de miembros la tendencia es la mejora de la calidad de la legislación, pues es considerado distintos puntos de vista, distintos conocimientos, experiencias e intereses.

El propio concepto de legalidad, en la actualidad, presenta una serie de exigencias y postulados que se vinculan a un modelo que se expresa en la fórmula de Estado de Derecho, o sea, la ley entendida como expresión de la soberanía popular, la voluntad de la mayoría de la sociedad. La ley, finalmente, entendida de forma democrática.⁵⁴⁴

Además, la Ley Orgánica garantiza la participación de las minorías del Congreso, pues, *"el origen de las leyes orgánicas seguramente se encuentra en la idea de buscar la máxima representación posible para su aprobación, de manera que las minorías del Congreso puedan tener una mayor participación en la tarea legislativa, (...)"*.⁵⁴⁵

De esta manera, en materia penal, que expresa los intereses más importantes de la sociedad, hay que observar la reserva absoluta de Ley Orgánica. Esto porque, más allá de garantizar la mayor participación popular en la elaboración y promulgación de las leyes penales, la propia Constitución Española, en los artículos de leyes ya mencionados, permite esta conclusión.

Por fin, al adoptarse la posición defendida por la mayoría de la doctrina, o sea, la reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal, se excluye todas las otras fuentes legislativas, Leyes Ordinarias, Decretos-leyes, Reglamentos, disposiciones de las Comunidades Autónomas, etc.

⁵⁴⁴ Así, HIERRO, José Luis del. "legitimidad y legalidad", en *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, n 4, marzo-agosto, 2013, p. 184.

⁵⁴⁵ CASABO RUIZ, Jose R. "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente", en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Vol. V, 1982, pp. 250-251.

2. LEY PENAL EN BLANCO

2.1. CONCEPTO DE LEY PENAL EN BLANCO

La adopción de un concepto de ley penal en blanco requiere un análisis de las alternativas presentadas por la doctrina debido a la existencia de distintos conceptos.

Según señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “*la controversia existe ya en torno al propio concepto de **ley penal en blanco**, con respecto al cual es posible apreciar diferentes caracterizaciones en su evolución histórico-dogmática*”⁵⁴⁶.

De los distintos conceptos de ley penal en blanco también pueden ser generados problemas de diferentes naturalezas, de acuerdo con el concepto adoptado. De ahí la necesidad de hacer una breve presentación del origen y evolución del concepto de ley penal en blanco, bien cómo de la situación actual de la materia en la doctrina y jurisprudencia.

2.1.1. Origen y evolución del concepto

El término *ley penal en blanco* (traducción de la expresión “*blankettstrafgesetz*”) surgió en Alemania, en 1872, utilizado por vez primera por BINDING⁵⁴⁷ en su obra intitulada *Die Normen und ihre Übertretung*, por ocasión de sus estudios sobre la estructura de la ley penal en general, cuando constató la existencia de algunas *lex imperfectas*.

⁵⁴⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2007, p. 245.

⁵⁴⁷ En este sentido DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 95; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p.15; CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1988, p. 24; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 87; ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco – aspectos críticos e fundamentais*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, p. 37. También, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho Penal*, tomo II, cit., p. 349, enseña que “*Fué Carlos Binding quien puso por vez primera en circulación las expresiones leyes en Blanco (Blankettstrafgesetze) o leyes abiertas (offene Strafgesetze) ...*”.

BINDING⁵⁴⁸ constató que, mientras la gran mayoría de las leyes penales son plenas o completas, porque en ellas tanto el precepto como la sanción están totalmente determinados, existen otras que solo precisan la sanción, siendo que del precepto ofrecen una descripción parcial, remitiendo, para su complemento, a otro texto legal preexistente o futuro.

Al mismo tiempo, BINDING observa que, si bien la Constitución del Imperio estableció un cambio para una Federación con competencia general, el complemento de las leyes penales, por exigencias prácticas, aún era realizada por los estados federados (*Länder*).⁵⁴⁹

En la concepción original de BINDING las leyes penales en blanco se caracterizan por la descripción imprecisa del tipo penal; por amenazar con una pena la contravención de prohibiciones establecidas por la autoridad federal, local, o por otra autoridad o un poder legislativo particular; por permitir al Derecho particular la decisión de qué autoridad es la facultada para establecer la prohibición correspondiente; por posibilitar que esta prohibición sea establecida después de dictada la ley penal, por lo que ésta entretanto permanecerá como *“un cuerpo errante en busca de su alma”*; por hacer depender de la voluntad de la autoridad qué debe ser escrito sobre el blanco de la ley; porque esta prohibición, durante la vigencia de la ley penal puede variar completamente; porque eventualmente puede que lo que permita hacer la autoridad de un Estado sea lo que prohibida la autoridad de otro.⁵⁵⁰

De esta manera, BINDING utilizó la expresión *“ley penal en blanco”* para referirse a un grupo de normas del Código Penal que, aunque se preveía la sanción a aplicar, se asignaba a supuestos de infracción de disposiciones establecidas por autoridades administrativas.⁵⁵¹ Es decir, el complemento de

⁵⁴⁸ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, cit., p. 24.

⁵⁴⁹ En este sentido, ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco – aspectos críticos e fundamentais*, cit., pp. 38-39.

⁵⁵⁰ BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*, cit., p. 107.

⁵⁵¹ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 95

las leyes penales en blanco se hallaba en las normas de menor rango, emanadas de los Estados federados y de los municipios⁵⁵².

Según ZAFFARONI⁵⁵³ el fenómeno de las leyes penales en blanco ya lo había observado HEINZE, quien las había llamado “*conminaciones penales ciegas*” (*blinde Strafdrohungen*), dejando planteada como una incorrección del sistema que la legislativa local repitiese la conminación penal al Derecho Federal.

También, en este mismo sentido, DOVAL PAÍS⁵⁵⁴ afirma que el propio BINDING señaló que en 1882 el empleo de la expresión “*ley penal en blanco*” en una sentencia mostró que ya había sido adoptada por el Tribunal del Reich, aunque advirtió también de la utilización de otras denominaciones aplicadas a estas fórmulas legales, como la de “*conminaciones penales ciegas*”, atribuida a un trabajo de HEIZEN⁵⁵⁵ publicado en 1871.

Sin embargo, existe bastante consenso en que fue en los tribunales alemanes donde se difundió la expresión *Blankettstrafgesetz* o ley penal en blanco, expresión que se ha fortalecido, fundamentalmente, en la doctrina y en la jurisprudencia⁵⁵⁶.

Posteriormente, el concepto de ley penal en blanco presentado por BINDING, con la contribución de MEZGER, fue ampliado, añadiendo otros dos supuestos.

⁵⁵² BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*, p.107.

⁵⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Tratado de Derecho Penal. Parte General; Tomo I; Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1987, p. 192. En este mismo sentido PIERANGELI, José Henrique. “A norma penal em branco e a sua validade temporal”, en *Escritos jurídicos-penais*, 3 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 127.

⁵⁵⁴ DOVAL PAÍS, Antonio. Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, *cit.*, p. 96.

⁵⁵⁵ Intitulado “*Das Verhältniss des Reichsstrafrecht zu dem Landesstrafrecht mit besonderer Berücksichtigung der durch das norddeutschen Strafgesetzbuch veranlassten Landesgesetze*”.

⁵⁵⁶ DOVAL PAÍS, Antonio. Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, *cit.*, p. 96.

MEZGER, al definir las leyes penales en blanco, diferenciaba en leyes penales en blanco en sentido amplio y en sentido estricto, también denominadas leyes penales en blanco “*impropias*” y “*propias*”⁵⁵⁷.

Las leyes penales en blanco en sentido amplio o *impropias* se presentarían de dos maneras, el complemento podría estar en la misma ley o el complemento estaría en otra ley, pero en los dos casos emanada de la misma instancia legislativa⁵⁵⁸.

Ya, las leyes penales en blanco en sentido estricto o “*propias*”, para MEZGER, serían aquellas en que el complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa. En este grupo estarían las sanciones penales establecidas en un ley del *Reich* contra una infracción de las normas del Derecho de los Estados, bien cómo las referencias a las normas extranjeras⁵⁵⁹.

Además, entendía que en los casos de las leyes penales en blanco el tipo y la sanción se encuentran separados externamente, es decir, “*con la sanción aparece tan sólo ligada de manera inmediata una referencia al necesario complemento*”⁵⁶⁰, ese complemento es que caracteriza la diferencia arriba destacada, vez que se encuentra en otras disposiciones del ordenamiento.

Este concepto de MEZGER se diferencia de la concepción original de BINDING, pues para ese autor las disposiciones de complemento se hallaban en las normas de menor rango, emanadas de los Estados federados y de los municipios⁵⁶¹, es decir, no hacía la diferenciación propuesta por MEZGER, que

⁵⁵⁷ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, traducción al castellano de RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, p. 328, nota 12.

⁵⁵⁸ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I, *cit.*, p. 328.

⁵⁵⁹ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I, *cit.*, p. 328.

⁵⁶⁰ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I, *cit.*, p.328.

⁵⁶¹ BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*, p.107.

hasta hoy genera algunas discusiones doctrinales.

Sin embargo, los dos autores destacaban que las leyes penales en blanco necesitaban de complemento.

Con lo hasta ahora presentado se puede afirmar, como señala DOVAL PAIS, que “(...) *la ley penal en blanco se caracterizaría en todo caso, por su necesidad de complemento, pero este complemento podría proceder de la misma ley penal o de otra norma emanada de igual instancia legislativa, o exclusivamente de una instancia inferior*”⁵⁶².

Así que, la ley penal en blanco necesita de complementación, que puede estar en la misma ley, en otra ley con el mismo rango (misma instancia legislativa) de la ley penal y, aún, estar contenida en otra ley de diferente rango da ley penal.

2.1.2. La posición de la doctrina tras BINDING y MEZGER

Actualmente aun hay discusiones sobre el concepto de ley penal en blanco⁵⁶³, fundadas en el complemento de la norma penal, más específicamente en su procedencia, si penal o extrapenal, bien como de la instancia legislativa que emana.

En general, todas las definiciones de ley penal en blanco se sostienen en el fundamento de que las leyes penales en blanco son leyes que necesitan

⁵⁶² DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 101.

⁵⁶³ En este sentido, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, cit., p. 23, afirma que “(...), todavía subsiste una considerable incertidumbre sobre lo que debe entenderse por tal y los problemas que genera”. También BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *La problemática de las normas penales en blanco*, en FARALDO CABANA, P y PUENTE ABA, L.M., *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 107, que “la polémica se inicia con el propio concepto de leyes penales en blanco, que dista de estar consensuado”.

de complementación⁵⁶⁴.

Sin embargo, la incertidumbre todavía subsiste en relación a la procedencia del complemento, lo que permite distinguir, sin prejuicios de los conceptos intermedios, dos conceptos de ley penal en blanco: el estricto y el amplio.

2.1.2.1. El concepto estricto

El concepto estricto o restringido se corresponde con el concepto original de BINDING, donde, como ya afirmado, las disposiciones de complemento se hallaban en las normas de menor rango, emanadas de los Estados federados y de los municipios⁵⁶⁵.

Siguiendo el concepto de BINDING, MESTRE DELGADO, después de definir las leyes penales en blanco como aquellas que el legislador autoriza a otras instancias normativas para configurar la conducta pasible de represión penal, advierte que *“si el legislador mismo completa ese supuesto de hecho, ya en la ley penal, ya en otra de distinto alcance, la remisión no tiene más trascendencia que la de una simple técnica normativa”*⁵⁶⁶.

Aquí se puede extraer un de los aspectos del concepto estricto de ley penal en blanco, la autorización por él legislador a otras instancias normativas para la configuración de la conducta punible. Es decir, el precepto no especificado remite, de manera expresa o tácita, la determinación concreta de

⁵⁶⁴ Así, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 99; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago, Jurídica de Chile, 2011, p. 162.

⁵⁶⁵ BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*, cit., p.107.

⁵⁶⁶ MESTRE DELGADO, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XLI, fasc. II, 1988, p. 507, nota 14.

parte de la conducta a una autoridad distinta.⁵⁶⁷

En este sentido, TIEDEMANN⁵⁶⁸ también adopta el concepto estricto al definir la ley penal en blanco cómo el supuesto “*de remisión a disposiciones administrativas generales (reglamentos jurídicos o administrativos), pero también, según una opinión controvertida, de supuestos de reenvío a actos particulares de la administración (actos administrativo)*”.

Consecuencia de este aspecto es que la descripción de la conducta punible se queda en manos del Ejecutivo o, hasta mismo, de organizaciones privadas⁵⁶⁹. Además, el complemento de la ley penal en blanco, por no emanar del legislativo, por obvio, no tendrá siquiera rango de ley.

Este concepto de ley penal en blanco constituye, según CURY, una solución muy cómoda, pues la remisión a las instancias legislativas más ágiles, como los decretos y otros actos reglamentarios de la administración, habilita para modificar fácilmente la prohibición o el mandato a cuya la infracción se asocia la pena⁵⁷⁰.

Sin embargo, el concepto de ley penal en blanco en sentido estricto también es empleado para designar la ley penal cuyo complemento es una ley de rango inferior a Ley Orgánica, o sea, una Ley Ordinaria.

⁵⁶⁷ En este sentido, RODRÍGUES MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal-parte general, cit.*, pp. 87-88.

⁵⁶⁸ TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 10 – janeiro/março, 2002, traducción al castellano a cargo de Antoni Llabrés Fuster, p. 73-75, donde afirma aún que: “*la necesidad de recurrir a otros artículos de la misma ley u otra ley para la interpretación de ciertos tipos y elementos del tipo no constituye propiamente una técnica legislativa singular; (...)*”.

⁵⁶⁹ Conforme señala ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2008, p.115, en relación al medio ambiente muchas veces las normas de complemento “*son elaboradas por organizaciones privadas que agrupan a colectivos profesionales e industriales y que convienen en la fijación de unas referencias técnicas comunes en lo relativo sobre todo a la seguridad de productos, instalaciones y procedimientos industriales.*”

⁵⁷⁰ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco, cit.*, p. 30.

En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ e HORMAZÁBAL MALARÉE⁵⁷¹, aunque con algunas distinciones⁵⁷², de manera general adoptan la orientación de BINDING, al conceptuaren las leyes penales en blanco como “*aquellos supuestos en que la descripción de la materia prohibida no aparece en todos sus extremos en la ley que castiga el acto prohibido, sino que dicha descripción se completa en una disposición de rango inferior, como por ejemplo una ley ordinaria (estatal o autonómica) un reglamento o una ordenanza*”.

También CARBONELL MATEU⁵⁷³ defiende que la denominación leyes penales en blanco deben quedar reservadas a las que se remiten a una norma de rango inferior, añadiendo, aún, la remisión a la valoración judicial. Este autor entiende que la remisión a las otras leyes de igual rango no constituye un problema de técnica legislativa y, de este modo, no integran el concepto de leyes penales en blanco.

No obstante, esta ampliación del concepto a la posible complementación por las leyes ordinarias, una vez adoptado el concepto estricto, bajo la expresión “ley penal en blanco” hay que incluir solamente las remisiones que la ley penal efectúa a una instancia inferior a la ley, sea esta una norma administrativa de rango inferior, sea una disposición particular o, en fin, un acto administrativo de una autoridad.⁵⁷⁴

Con ello, la definición de ley penal en blanco se llevaría a cabo en dos pasos: se rechaza, en primer lugar, la posibilidad de que se produzcan remisiones internas y, dentro de las externas, se excluyen las remisiones que se realizan a otras normas de rango legal.

⁵⁷¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, volumen I, *cit.*, p. 91.

⁵⁷² Aquí hay que aclarar que BINDING al hablar de “normas de menor rango” refiérese a las emanadas de los Estados Federados y de los Municipios. Ya, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE incluyen en las normas de menor rango todas aquellas que no son leyes orgánicas, pues defienden que sólo por ley orgánica pueden crearse tipos penales.

⁵⁷³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *cit.*, p. 122.

⁵⁷⁴ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general*, *cit.*, p. 245.

2.1.2.2. El concepto amplio

El concepto amplio de ley penal en blanco, desarrollado por MEZGER, de manera general, considera que la remisión hecha para completar el vacío existente en la norma penal puede ser a cualquier otra disposición que se encuentre en la misma ley, en otra ley de mismo rango o, hasta mismo, a instancias inferiores, como los reglamentos o actos administrativos.

SOLER⁵⁷⁵, siguiendo el concepto propuesto por MEZGER, señala que muchos autores hacen la distinción entre leyes penales en blanco impuras o en sentido impropio (“*se presentan cuando el vacío legal es llenado por otro precepto que se encuentra en una disposición diversa en la misma ley o en un artículo de otra diferente*”) y leyes penales en blanco estricta o auténticas, las cuales el vacío es llenado por reglamentos o disposiciones generales de la autoridad administrativa.

También CEREZO MIR⁵⁷⁶ entiende que las leyes penales en blanco se remiten a otras leyes penales, a leyes penales de otros sectores del ordenamiento jurídico o a disposiciones de rango inferior a la ley, generalmente de carácter reglamentario.

Para los defensores del concepto amplio lo importante es que la ley penal necesita de complementación, la cuál puede ser hecha por cualquier otra disposición legal.

⁵⁷⁵ SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, tomo I, actualizado por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1992, p. 157. En este mismo sentido, CARVALHO, Érica Mendes de. "Limites e alternativas à administrativização do direito penal do ambiente", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 19, vol. 92, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 313-314.

⁵⁷⁶ CEREZO MIR, José. “*Las leyes penales en blanco en la protección penal del medio ambiente*”, en *Temas fundamentales del derecho penal*, Tomo II, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 8. También en CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*, Tomo I, *cit.*, p. 155.

En este sentido, GARCÍA RIVAS⁵⁷⁷ asienta que las leyes penales en blanco son “*aquellos preceptos en los que la conducta punible no aparece enteramente definida porque el legislador se remite a otras disposiciones (sean del rango que fueren) para complementar el tipo*”.

También, RODRIGUEZ DEVESA⁵⁷⁸, define la ley penal en blanco como aquella necesitada de complemento, pues el presupuesto no se consigna en la propia ley penal, la cual “*se remite a otra fuente del derecho del mismo o de distinto rango*”.

Además, después de aclarar que la posibilidad de remisión son tres (a otro precepto en la propia ley; a otra ley distinta y; a una disposición de rango inferior), RODRIGUEZ DEVESA⁵⁷⁹ defiende que, “*por más que algunos consideren como ley penal en blanco en sentido propio tan sólo el último, se trata de una cuestión de técnica legislativa*”, lo que no deja duda que este autor opta por el concepto amplio.

POLAINO NAVARRETE⁵⁸⁰ también adopta el concepto amplio, pues defiende que las leyes penales en blanco pueden distinguirse en varias clases: remisión a otro artículo del Código penal para establecer la pena; remisión a otro artículo del Código penal para completar el contenido del delito; remisión a una ley no penal y; remisión a una disposición de rango inferior a ley.

Para DÍEZ RIPOLLÉS⁵⁸¹, la remisión debe ser a otro lugar del ordenamiento, incluyendo otra ley penal, leyes de otros sectores del

⁵⁷⁷ GRACÍA RIVAS, Nicolás. *El principio de legalidad en el derecho penal económico*, en Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, p. 3. Consultado en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/el%20principio%20de%20legalidad%20en%20el%20derecho%20penal%20economico%20nicolas%20garcia%20rivas.pdf, el 18/09/2013.

⁵⁷⁸ RODRIGUEZ DEVESA, Jose María. *Derecho penal español-parte general, cit.*, pp. 178-179.

⁵⁷⁹ RODRIGUEZ DEVESA, Jose María. *Derecho penal español-parte general, cit.*, p. 179.

⁵⁸⁰ Así, POLAINO NAVARRETE. *Lecciones de derecho penal-parte general*, Tomo I, *cit.*, pp. 135-136.

⁵⁸¹ Véase, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español - parte general, cit.*, p. 63.

ordenamiento, disposiciones de rango inferior a la ley y, incluso, disposiciones legales o reglamentarias de las Comunidades autónomas.

Todavía, hay autores⁵⁸², que admiten que en sentido estricto leyes penales en blanco son aquellas que se remiten a una disposición de rango inferior a la ley o a actos de la Administración. Sin embargo, incluyen en el concepto de ley penal en blanco las otras dos formas de complementación, es decir, por otro precepto en la misma ley y por precepto contenido en otra ley penal.

En definitiva, para este sector de la doctrina, existiría una ley penal en blanco siempre que se ocasionara una remisión a otra norma del ordenamiento, con independencia de su ubicación o de su rango.

2.1.2.3. El concepto “relativamente amplio”

En la doctrina mayoritaria, el término ley penal en blanco es empleado para designar aquella norma penal cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal, o sea, el supuesto de hecho viene consignado en una norma extrapenal⁵⁸³.

En este sentido, LUZÓN PEÑA advierte que *“es frecuente considerar leyes penales en blanco (concepto procedente de Binding) aquellas en las que*

⁵⁸² En este sentido, LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho penal español-parte general*, 7 edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, p. 140.

⁵⁸³ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., p.18; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 24; MUÑOZ CONDE, Francisco y CUADRADI RUIZ, M^a A. “Ley penal en blanco” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p.4013; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, p. 36; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general*, cit., p. 118. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “¿Competencia <<indirecta>> de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?”, en *La Ley* 1993, p. 967, aunque no hable en norma extrapenal, citando Antón Oneca, afirma que *“leyes penales en blanco son aquellas que ‘... fijan la sanción, pero no el delito, cuya determinación se deja en todo o en parte a otra ley, a un reglamento o a una orden de la autoridad; (...)’”*.

*su supuesto de hecho o al menos parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido o regulado por otra norma extrapenal a la que se remiten”.*⁵⁸⁴

Adoptando esta orientación, JIMÉNEZ DE ASÚA⁵⁸⁵ señalaba que las leyes penales en blanco son *“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 de las leyes en blanco para la serie cuarta, en suma: para cuando el complemento corresponde a otra instancia legiferante o a la autoridad”.*

También sigue este concepto GARCÍA ARÁN⁵⁸⁶ que al hacer la diferenciación entre concepto amplio define ley penal en blanco como *“aquella en la que parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido en una norma de carácter no penal”* y el concepto estricto que corresponde a la norma que *“se remite a una norma extrapenal de rango inferior, que de esta forma interviene en la definición de la conducta prohibida”.*

Aún, JESCHECK⁵⁸⁷ enseña que las leyes penales en blanco son aquellas leyes que *“sólo contienen una conminación penal, pero que en relación con su contenido prohibitivo se remiten a otras leyes o reglamentos e, incluso, a actos administrativos que de forma independiente han sido promulgadas o dictados en otro tiempo por un órgano diferente”.*

Ello nos lleva a la exclusión del primero de los supuestos, esto es, cuando la complementación se encuentra en la misma ley penal, dado que en este caso es casi imposible distinguirla de las normas penales incompletas,

⁵⁸⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general, cit.*, p. 59.

⁵⁸⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho Penal*, tomo II, *cit.*, p. 353.

⁵⁸⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *cit.*, p. 66.

⁵⁸⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general, cit.*, p. 118.

tratándose de mero procedimiento de técnica legislativa⁵⁸⁸. Más que ley en blanco, las que remiten a otro precepto en la misma ley penal, como ya afirmado anteriormente, son simples fragmentos de norma⁵⁸⁹.

En este mismo sentido, MORILLAS CUEVA⁵⁹⁰, entiende que la contemplación del texto punitivo no puede quedarse limitada a uno de sus pasajes, debiendo realizarse en todo su conjunto. Por esta razón, cuando la conducta y la pena están en la misma ley, aunque en preceptos distintos, no hay que se hablar en ley penal en blanco.

Hasta porque, como ya destacado, no hay que confundirse ley penal con artículo del Código Penal, aunque muchas de las veces sean coincidentes, en algunos casos supuesto de hecho y consecuencia jurídica están repartidos en diferentes artículos, pero contenidos en la misma ley.

Ahora bien, conforme señala MUÑOZ CONDE, el concepto "relativamente amplio" puede ser considerado demasiado estricta o demasiado amplio si comparado a otras definiciones doctrinales⁵⁹¹.

Esto se puede notar también con relación a los conceptos presentados más arriba, es decir, comparado al concepto de BINDING es más amplio, vez que este autor entendía que la norma penal en blanco solamente podría tener como complemento una norma de menor rango. Ya, con relación al concepto propuesto por MEZGER, esta definición es más estricta, porque no engloba las normas penales que poseen su complemento en la misma ley.

⁵⁸⁸ Así, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal, cit.*, p.18. También, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal-parte general*, 2 ed., Navarra, Aranzadi Editorial, 2000, p. 58, afirma que "(...) yerran, a nuestro juicio, los autores que entienden que se da una ley penal en blanco cuando la conducta o la sanción están definidos en otro lugar de la misma ley".

⁵⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal, cit.*, p. 17.

⁵⁹⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal - parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal, cit.*, p. 77.

⁵⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 38.

De ahí que, a través de la técnica de las leyes penales en blanco el legislador tipifica delitos cuyos supuestos de hecho se quedan deferidos - con remisiones de distinto alcance – a otras instancias normativas, del mismo rango o de rango inferior.

Conforme señala SANTANA VEGA⁵⁹², al optar por la posición que considera ley penal en blanco únicamente aquellas leyes que realizan remisión a otro cuerpo normativo, *“lo determinante de esta técnica es que normas extrapenales, no regidas formal y materialmente por los principios informadores del Derecho penal, se incorporan al tipo para completar el sentido del mismo”*.

Sin embargo, para BACIGALUPO la discusión si el concepto de ley penal en blanco debe alcanzar a los supuestos en los que la norma complementaria esté contenida en la misma ley o en otra de la misma jerarquía, *“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”*⁵⁹³.

A pesar de algunos autores⁵⁹⁴ entendieren que el concepto de leyes penales en blanco, en los casos de la complementación de la norma penal por una de rango inferior, puede presentar problemas de legitimación constitucional, algunos de estos problemas no se encierran solamente en este concepto. Es decir, en los casos en que la remisión es hecha a leyes de mismo rango también es posible apuntar varios problemas de legitimación.

⁵⁹² SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 36.

⁵⁹³ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco”, en *Actualidad Penal*, Madrid, nº 22, 1994, p. 449. También en BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*, cit., 39-40.

⁵⁹⁴ Así, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco”, cit., p. 450 y BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*, cit., p. 40, que tras desdeñar la discusión sobre el concepto de ley penal en blanco, afirma que *“las leyes penales en blanco pueden adquirir, sin embargo, significación constitucional cuando la norma complementadora proviene de una instancia que carece de competencias penales”*.

En este sentido, LUZÓN PEÑA⁵⁹⁵ advierte que “(...) también se plantea – aunque no tan agudamente – el problema de si se respecta la jerarquía y competencia normativa cuando la norma complementadora tenga rango legal, ya que generalmente esas normas extrapenales no serán leyes orgánicas.”

Además, en relación al error (de tipo o de prohibición) idénticos problemas se plantean en todos los casos en que el supuesto de hecho esté definido en una ley no penal, aunque sea del mismo rango. Lo mismo se puede afirmar en materia de retroactividad de ley penal más favorable, pues lo problema que suscita no es afectado en razón de la jerarquía de la norma complementadora.⁵⁹⁶

FAKHOURI GÓMEZ⁵⁹⁷, va más allá, al señalar que hasta “*las remisiones dentro del propio CP o a leyes penales especiales se verían afectadas por los mismos problemas en materia de error*”.

En este mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁵⁹⁸, al abordar el concepto aquí denominado “relativamente” amplio, aclara que este concepto

“se construye básicamente a partir de razones dogmáticas, toda vez que se argumenta que el empleo de la técnica de la ley penal en blanco encuentra su fundamento en la existencia de una íntima vinculación de la misma con la normativa extrapenal que le sirve de base, y, desde este punto de vista, resulta indiferente que dicha normativa 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”.

⁵⁹⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general*, cit., p. 60, nota de pie.

⁵⁹⁶ En este sentido, MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, cit., p. 39. También, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general*, cit., pp. 67-68.

⁵⁹⁷ FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2009, p. 107.

⁵⁹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general*, cit., p. 245.

MUÑOZ CONDE⁵⁹⁹, al analizar el tema de las leyes penales en blanco, bien cómo posibles dificultades derivadas de ellas, enseña que, desde el punto vista material

“el uso o abuso de este procedimiento técnico legislativo dificulta extraordinariamente la labor del penalista, no sólo porque se ve remitida a ámbitos jurídicos que le son desconocidos o que, por lo menos, no conoce tan bien como el penal propiamente dicho, sino también porque el distinto alcance y contenido de la norma penal respecto a las demás normas jurídicas produce una discordancia entre las propias normas penales que no ayuda en absoluto a la certeza y seguridad jurídicas”.

No hay duda que al utilizar las expresiones “*ámbitos jurídicos que le son desconocidos*” y “*las demás normas jurídicas*”, este autor está refiriéndose a problemas derivados de las remisiones a las normas de carácter no penal originadas del legislativo.

En definitiva, de las definiciones presentadas por la doctrina anteriormente citadas es posible extraer que el concepto relativamente amplio está pautado por los posibles problemas derivados de la utilización de las leyes penales en blanco, o sea, en las dificultades que esta técnica legislativa puede generar a los destinatarios y intérpretes de las leyes penales.

2.1.3. Posición personal

Ahora bien, una vez presentadas los posibles conceptos de ley penal en blanco, es de grande importancia para el desarrollo del tema propuesto adoptar un concepto de ley penal en blanco.

El concepto estricto, como ya visto, considera ley penal en blanco solamente cuando la remisión es a una norma de rango inferior, consecuentemente no reconoce como ley penal en blanco cuando la complementación se encuentra en la misma ley o en una ley del mismo rango.

⁵⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 25.

De otra parte, la definición amplia, extiende el concepto de ley penal en blanco a las tres posibilidades de complementación, o sea, en la misma ley, en otra ley de carácter no penal y en una norma de rango inferior.

El concepto estricto es insuficiente porque deja de considerar como ley penal en blanco la remisión hecha a una ley no penal del mismo rango. Esto porque, aunque no sea de rango inferior, como ya demostrado anteriormente, esta forma de remisión dificulta la labor del penalista, bien como genera problemas en materia de error y retroactividad de ley. Aún, como será abordado más adelante, la remisión a la norma del mismo rango puede entrar en conflicto con el principio de taxatividad.

Por otro lado, el concepto amplio, va muy allá del admisible, vez que considera ley penal en blanco la remisión a las normas de la misma ley, que, como ya afirmado, no pasa de mera técnica o pereza legislativa, no creando mayores problemas para la interpretación de los tipos penales, pues sigue los mismos procedimientos en su elaboración y promulgación.

Además, como ya destacado, no se debe confundir ley penal con artículo de ley o del Código Penal. Es decir, en estos casos más de que una ley penal en blanco, se estaría frente a una ley completa, aunque en preceptos distintos.

Así que, el aquí denominado concepto "relativamente amplio" es el que mejor define la ley penal en blanco, pues se ajusta a las funciones de esta técnica legislativa al permitir la armonización de la ley penal en materias reguladas por otros ramos del Ordenamiento jurídico, bien como su frecuente actualización por la normativa de rango inferior al legal. De este modo, será considerada ley penal en blanco aquella cuya la complementación se efectúe por una ley extrapenal o por una norma de rango inferior.

Además, es necesario aclarar, que serán consideradas como leyes de mismo rango que las penales solamente las Leyes Orgánicas, pues, en este trabajo ya fue adoptado el entendimiento de la necesidad de reserva absoluta de Ley Orgánica en materia penal.

2.2. CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Adoptado el concepto "relativamente amplio" de ley penal en blanco, donde la complementación se efectúa por una ley extrapenal o por una norma de menor rango, es necesario clasificar las leyes penales en blanco.

En la clasificación serán observados dos criterios: el primero, llevará en consideración el rango de la ley o de la norma que complementa la ley penal; ya, en el segundo criterio será considerada la parte de la ley penal que debe ser complementada, supuesto de hecho o consecuencia jurídica.

2.2.1. Leyes penales en blanco propias y leyes penales en blanco impropias⁶⁰⁰

La clasificación de las leyes penales en blanco, en razón del rango de la norma de complemento, permite distinguirlas entre ley penal en blanco propia y impropia⁶⁰¹.

Las leyes penales en blanco propias son aquellas cuyo complemento posee rango inferior al de las leyes penales⁶⁰². Es decir, el complemento no se

⁶⁰⁰ La doctrina también utiliza la terminología ley penal en blanco en sentido estricto y ley penal en blanco en sentido amplio, en este trabajo será utilizada la terminología ley penal en blanco propia e impropia para diferenciar de la nomenclatura propuesta por CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, cit., p. 42, cuando clasifica las leyes penales en blanco en razón de la parte del tipo que es objeto de determinación por la norma de complemento.

⁶⁰¹ Por todos, SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 35.

⁶⁰² En este sentido, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal - parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*, cit., p. 79.

encuentra en una Ley Orgánica⁶⁰³.

Es necesario aclarar que, después de presentar las posiciones doctrinales y del Tribunal Constitucional en este trabajo, por las razones ya expuestas, se concluyó que, en materia penal, existe una reserva absoluta de Ley Orgánica. Por esta razón, todas las otras fuentes legislativas, Leyes Ordinarias, Decretos-leyes, Reglamentos, disposiciones de las Comunidades Autónomas, etc, fueran excluidas de la legislación penal.

De este modo, como defiende MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁶⁰⁴, *"cabe estimar que, pese a emanar ciertamente de la misma instancia legislativa, la remisión de una ley orgánica a una ley ordinaria presenta innegables similitudes con el supuesto en que la remisión de la ley penal en blanco se efectúa a una instancia inferior a la ley."*

Es decir, una ley penal que remite a una Ley Ordinaria es una ley penal en blanco propia, pues la ley de complemento es de menor rango que la ley penal, que siempre será una Ley Orgánica.

Hasta mismo para los que adoptan la reserva relativa de Ley Orgánica⁶⁰⁵, caso del Tribunal Constitucional⁶⁰⁶, en la mayoría de las veces, esta conclusión también es posible, vez que exigen la reserva de Ley Orgánica cuando las leyes penales establezcan penas o medidas de seguridad privativas de libertad. De esta forma, todas las leyes penales en blanco que conminen pena privativa de libertad, para el Tribunal Constitucional, deben tener el rango

⁶⁰³ En contra, GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal-introducción al derecho penal*, Tomo I, Madrid, lustel, 2010, p. 45, para quienes la ley penal en blanco en sentido estricto o propia tendría dos grupos: Primero, aquellas en que el supuesto de hecho se complementa mediante una ley de igual rango. (...). Segundo, aquellas normas que deben ser completadas acudiendo a una disposición de rango inferior a la ley, (...).

⁶⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general*, cit., p. 245.

⁶⁰⁵ Véase apartado "1.4.3. La reserva relativa de ley orgánica en materia penal - especial referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional".

⁶⁰⁶ SSTC 140/1986; 160/1986; 66/1999; 234/1997; 57/2005.

de Ley Orgánica.

Así que, la remisión a una Ley Ordinaria debe ser incluida conceptualmente en la noción propia de ley penal en blanco, sin perjuicio de reconocer que la tensión con el principio de legalidad admite graduaciones dependiendo de la clase de remisión que se realice⁶⁰⁷.

En este mismo sentido, DOVAL PAIS⁶⁰⁸ defiende que:

"la remisión a disposiciones contenidas en normas de rango legal ordinario o de rango reglamentario supone un trasvase de decisiones regulativas en materia penal a instancias que carecen de competencia exigida por la Constitución para ello. La competencia que se requiere obedece exclusivamente a razones procedimentales, es decir, relativas a los procedimientos a seguir para la emisión de las normas, y se refiere tanto a los órganos o instancias con competencia para ello, como a los pasos formales que se han de observar en su elaboración".

Por tanto, es indudable que la remisión a Ley Ordinaria, aunque emane de la misma instancia legislativa, debe ser incluida en el concepto de ley penal en blanco propia, porque no obedece las mismas exigencias formales de la Ley Orgánica, las cuales suponen formas esenciales en las que residen materialmente las garantías básicas del Estado de Derecho.

Ya, cuando la remisión se efectúa a una ley del mismo rango que la ley penal, o sea, a leyes no penales, se habla en leyes penales en blanco impropias⁶⁰⁹.

En relación a este concepto es necesario hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, la remisión puede efectuarse solamente a una Ley Orgánica, porque es el rango exigible para la ley penal al adoptarse la reserva absoluta

⁶⁰⁷ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general, cit.*, pp. 245 y 246. También, SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco, cit.*, pp 36-37.

⁶⁰⁸ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco, cit.*, pp. 133-134.

⁶⁰⁹ Así, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal - parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal, cit.*, pp. 78-79.

de Ley Orgánica en materia penal. En segundo lugar, la remisión debe ser a una ley extrapenal, porque, al adoptar el concepto "relativamente amplio" de la ley penal, se excluye la remisión hecha en la misma ley o a otra ley penal.

Sin embargo, la mayoría de los autores que, siguiendo a MEZGER, adoptan el concepto amplio de ley penal en blanco suelen incluir la remisión en la misma ley (reenvío interno) o a otra ley formal (reenvío externo), aunque penal, en la clasificación de ley penal en blanco impropia⁶¹⁰.

Por el contrario, los autores que defienden el concepto estricto de ley penal en blanco no reconocen la existencia de las leyes penales en blanco impropias. Esto porque, para los seguidores de BINDING, sólo cabrá hablar de leyes penales en blanco cuando la remisión se hace a normas reglamentarias⁶¹¹.

En que pese la distinción presentada por JIMÉNEZ DE ASÚA⁶¹², que presenta grande semejanza con los conceptos presentados, al señalar que las leyes penales en blanco son *"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 de las leyes en blanco para la serie cuarta, en suma: para cuando el complemento corresponde a otra instancia legiferante o a la autoridad"*, es más correcto mantener como parámetro el rango de la ley o norma de complemento y no la instancia legislativa. Esto porque, como es sabido, de la misma instancia legislativa puede emanar leyes de rangos distintos.

⁶¹⁰ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I, *cit.*, p. 328. También, en este sentido, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, *cit.*, p. 27. GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal-introducción al derecho penal*, Tomo I, *cit.*, p. 45, aunque adopten el concepto amplio de ley penal en blanco, defienden que ley penal en blanco en sentido amplio o impropio, es aquella cuyo complemento se halla contenido "solamente" en la misma ley.

⁶¹¹ Así, SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, *cit.*, p. 35.

⁶¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho Penal*, tomo II, *cit.*, p. 353.

En definitiva, en este trabajo, para mantener la coherencia con lo expuesto hasta el momento, se asumirá la siguiente clasificación: *ley penal en blanco propia*, para designar aquella ley cuyo complemento se encuentra en una ley o norma de rango inferior a ley penal, o sea, Leyes Ordinarias, Decretos-leyes, Reglamentos, disposiciones de las Comunidades Autónomas; y, *ley penal en blanco impropia*, para aquella ley penal que se remite a una ley extrapenal de mismo rango, es decir, a una Ley Orgánica extrapenal.

2.2.2. Leyes penales en blanco “en sentido estricto” y leyes penales en blanco “al revés”

Las leyes penales en blanco aún se clasifican en razón de la parte del tipo penal que es objeto de determinación por la norma de complemento, pudiendo distinguirse entre leyes penales en blanco en *sentido estricto* y leyes penales en blanco *al revés*.

Las primeras, llamadas leyes penales en blanco en sentido estricto, son aquellas que establecen la sanción por imponer y requieren, por consiguiente, que otra disposición complete su presupuesto o supuesto de hecho⁶¹³. Es decir, la disposición deja total o parcialmente sin expresar el supuesto de hecho y se remite a otras disposiciones que han de cubrir dicho vacío⁶¹⁴, mientras la consecuencia jurídica vendría perfectamente prevista.

En los casos de las leyes penales en blanco en sentido estricto las remisiones pueden ocurrir para determinar los distintos elementos que componen el supuesto de hecho. Así que, las remisiones pueden afectar el objeto material, el sujeto activo y el comportamiento o a las circunstancias o la ocasión en que éste se ha de llevar a cabo⁶¹⁵.

⁶¹³ En este sentido, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, cit., p. 42.

⁶¹⁴ Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen I, cit., p. 408.

⁶¹⁵ En este sentido, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*, cit., p. 99.

En la legislación penal abundan los supuestos de ley penal en blanco en sentido estricto, pues, desde el punto de vista técnico se adaptan a necesidades de formulación muy diferentes⁶¹⁶. Por esta razón es la clase que más interés presenta para este trabajo y seguirá siendo analizada en los apartados siguientes.

Ya, la llamada ley penal en blanco al revés, según JIMÉNEZ DE ASÚA⁶¹⁷, "*caso interesante, y excepcional, que podíamos llamar 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*". Es decir, en la ley penal en blanco al revés la parte "en blanco" es la consecuencia jurídica.

Esta definición suele ser criticada por la doctrina⁶¹⁸, que entiende que las leyes penales al revés son una mera cuestión de técnica legislativa equivocada, cuyo "*peor inconveniente es el equívoco a que la asimilación da lugar respecto al nomen iuris, y no menor el que se eluda la tarea valorativa que incumbe al legislador, haciendo tabla rasa de la diferente gravedad de los hechos*".

Para MUÑOZ CONDE⁶¹⁹, las leyes penales en blanco al revés deben incluirse en el procedimiento legislativo en el que para establecer la pena correspondiente a un determinado supuesto de hecho el legislador se remite a la pena fijada para un supuesto de hecho distinto, o sea, las especies de normas penales incompletas. Advierte, aun, que en estos casos "*más que de 'técnica legislativa' se puede hablar de 'pereza legislativa'*".

⁶¹⁶ En este sentido, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 80.

⁶¹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho Penal*, tomo II, cit., p. 353, siguiendo a GRISPINI que por primera vez emplea el término *ley en blanco al revés*.

⁶¹⁸ En este sentido, RODRIGUEZ DEVESA, Jose María. *Derecho penal español-parte general*, cit., nota de pie 30, p. 179.

⁶¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., p. 17.

Además, MIR PUIG⁶²⁰, al tratar del tema, advierte que la ley penal en blanco al revés

"suscita mayores reparos desde el punto de vista del principio de legalidad: confiar la determinación de la pena a una disposición administrativa, de rango inferior al requerido para las normas penales, no constituye un procedimiento atento a las garantías constitucionales. Debe entenderse que sólo el Parlamento puede decidir algo tan delicado como la precisa determinación de una pena".

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 5 de julio de 1990 (RTC 1990, 127), que es asumida por las SSTS de 3 de abril de 1995 (RJ 1995, 2808) y 19 de enero de 1997 (RJ 1998, 21), consideró leyes penales en blanco también aquellas en la que el supuesto de hecho se encuentra completo y confían a otra norma la determinación de la sanción⁶²¹.

En que pese la decisión del Tribunal Constitucional, no se puede considerar la ley penal en blanco al revés como verdaderas leyes penales en blanco. Son meras "perezas legislativas", que atienden al principio de economía legislativa, sin mayores transcendencias para la legislación penal, hasta porque, como ya afirmado, no constituye un procedimiento atento a las garantías constitucionales.

En este sentido, MAURACH⁶²² advierte que *"es tan sólo la 'especificación del tipo penal' (BVerfG 14, 187) lo que el legislador puede delegar en quien dicta la norma, después de fijar él mismo el ámbito y la clase de penalidad (es decir, el tipo en sentido jurídico penal material) y la clase y la extensión de la pena, de tal modo que sea él quien asuma la responsabilidad por las restricciones de la libertad del ciudadano que le impone la ley fundamental"*.

⁶²⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general, cit.*, p. 68. En este mismo sentido, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco, cit.*, pp. 42 y ss.

⁶²¹ En este sentido, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*, cit., p. 100.

⁶²² MAURACH, Reinhart. *Derecho penal-parte general*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, traducción de la 7 edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, p. 158.

Además, como será visto en el apartado siguiente, no ha como afirmar que esta técnica legislativa cumplirá las funciones de modificar fácilmente la prohibición, fijar un marco flexible para la regulación de determinadas materias, evitar contradicciones internas entre las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, que son propias de las leyes penales en blanco⁶²³.

2.3. FUNCIONES DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Aunque provoquen algunas discusiones doctrinales sobre su legitimidad y sus límites, la mayor parte de la doctrina⁶²⁴ está de acuerdo con la necesidad del empleo de las leyes penales en blanco en ciertos casos, fundamentalmente, en las materias que imponen por su naturaleza unas exigencias particulares para ser reguladas.

Como advierte MUÑOZ CONDE⁶²⁵ *“la existencia de esta clase de normas penales se basa generalmente en la relación del supuesto de hecho en ellas contenido con otras ramas del Derecho, relativas además a materias complejas y con una regulación extrapenal que sufre frecuentes modificaciones”*.

⁶²³ En este sentido, GUARANI, Fábio André e BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*, São Paulo, Almedina, 2014, p. 166.

⁶²⁴ En este sentido, entre otros, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, cit., p. 24; GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, cit., p.103; MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental*, cit., p. 34; DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 107; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el derecho penal – reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, cit., p. 81; SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 17. En contra, COBO DEL ROSAL, Manuel y BOIX REIG, Javier. “Garantías constitucionales del derecho sancionador”, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Madrid, 1982, p. 200; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. *derecho penal – parte general*, 5 edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 150, pues entienden que a la utilización de la técnica de las leyes penales en blanco, en general, contrarían el principio de legalidad y la seguridad jurídica.

⁶²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental*, cit., p. 30.

Es que el empleo de las leyes penales en blanco en determinadas materias, atiende a la razón técnica, de evitar el rápido estancamiento, paralización de la ley penal, pues estas materias se ven sometidas, debido a la evolución social y económica, a rápidos y bruscos cambios⁶²⁶.

En este mismo sentido, TIEDEMANN⁶²⁷ aclara que *"la técnica de la ley penal en blanco suele justificarse con el argumento de que la administración es más rápida que el legislador a la hora de tomar en cuenta un cambio de las circunstancias reales"*.

Para CEREZO MIR⁶²⁸, la ley penal en blanco *"sólo es aceptable cuando sea necesaria por razones de técnica legislativa (por resultar en otro caso la regulación legal excesivamente casuística y farragosa), o por el carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de la regulación, que exigiría una revisión muy frecuente de las acciones prohibidas u ordenadas"*.

De este modo, CURY⁶²⁹ enseña que la remisión a instancias legislativas más ágiles *"habilita para modificar fácilmente la prohibición o el mandato a cuya infracción se asocia la pena, de acuerdo con las vicisitudes que experimentan los acontecimientos a que se refieren"*

Esta característica, presente en determinadas actividades peligrosas para la sanidad de un país, su orden económico, el medio ambiente, etc, hace con que sea necesaria la remisión a otras leyes para la complementación del

⁶²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las 'leyes en blanco'", en *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, XVI, 1993, p. 431.

⁶²⁷ TIEDEMANN, Klaus. "La técnica legislativa del derecho penal económico", en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2 edición, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 80. El mismo TIEDEMANN, Klaus. "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas", p. 75-76, señala que *"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 la regulación y circunstancias cambiantes en el espacio y en el tiempo"*.

⁶²⁸ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*, Tomo I, *cit.*, p. 156.

⁶²⁹ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, *cit.*, p. 30.

supuesto de hecho, porque, de lo contrario, la norma penal habría que estar siendo reformada continuamente para evitar su deterioro legislativo⁶³⁰.

Así, advierte SANTANA VEGA⁶³¹ que:

“las leyes penales en blanco aparecen como una necesidad para evitar el anquilosamiento de la regulación penal. La variabilidad de determinadas actividades, el ritmo de la evolución social, científico-técnica o económica convierte a la regulación de determinados tipos penales rápidamente en obsoleto y precisada de constantes modificaciones que resultan inviables para el lento y costoso proceso de elaboración de leyes orgánicas, caracterizadas por la necesaria obtención para su aprobación de una mayoría cualificada”.

En este sentido, las leyes penales en blanco alcanzan la flexibilidad y la constante actualización pretendidas, pues no especifican todas las circunstancias relativas a las conductas prohibidas⁶³². Hasta porque, sería superfluo redactar con detalle un supuesto de hecho que por su propia dinámica se altera, substituye o desarrolla con gran facilidad⁶³³.

Conforme destaca GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁶³⁴, al abordar el tema de la ley penal en blanco, *“parece evidente la razón de ser de esta técnica legislativa. A menudo, la realidad y la prudencia exigen una particular flexibilidad en la redacción y formulación de los diversos tipos legales”.*

⁶³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 25.

⁶³¹ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., pp. 17-18. En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes en blanco’”, cit., p. 431, entiende que *“el recurso por parte del legislador penal a la figura de la ‘ley penal en blanco’ se justifica, con independencia de otras razones de índole política, por una razón técnica: la necesidad de evitar el rápido anquilosamiento, la petrificación de la ley penal en materias que se ven sometidas, por la evolución social y económica, a rápidos y bruscos cambios”.*

⁶³² GUARANI, Fábio André e BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*, cit., pp. 156 y ss.

⁶³³ En este sentido, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal - parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*, cit., p. 81.

⁶³⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen I, cit., p. 412.

En los últimos años, con las transformaciones que la sociedad va experimentando, principalmente tras la industrialización, se han producido muchos cambios en el Derecho penal. Es una tendencia natural que el Derecho acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo o tratando de ofrecer las respuestas a los problemas que surgen con estas transformaciones.

Se produce el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho. Bienes jurídicos que antes no formaban parte del rol protegido por el Derecho penal, ahora la sociedad clama por su tutela, como el medio ambiente o la economía. Son bienes jurídicos, habitualmente, universales y no individuales⁶³⁵.

Ante esta realidad, MORILLAS CUEVA⁶³⁶ advierte "(...), que la función esencial de la norma penal en blanco es la de impedir, con prudencia legislativa e interpretativa, el anquilosamiento del Derecho penal superado, con frecuencia, en algunas de sus manifestaciones, por la rapidez de los **cambios sociales** y de las **nuevas tecnologías**."

Por estas mismas razones, también, entiende SILVA SÁNCHEZ que "el recurso a la legislación penal 'en blanco' sea especialmente intenso en el ámbito del Derecho penal socio-económico, en el que la materia objeto de regulación, por su propia naturaleza, es significativamente más variable que el núcleo tradicional del Derecho penal"⁶³⁷.

Ello es así porque las leyes penales en blanco, según SANTANA VEGA⁶³⁸, surgen como una técnica legislativa necesaria para superar el nivel del derecho penal de características exclusivamente liberal, que tiene como núcleo la protección de bienes jurídicos individuales, permitiendo, a través de

⁶³⁵ HASSEMER, Winfried. "Crisis y características del moderno derecho penal", *cit.*, p. 640.

⁶³⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal - parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal, cit.*, pp. 80-81.

⁶³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las 'leyes en blanco'", *cit.*, p. 431.

⁶³⁸ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco, cit.*, pp. 18-19.

las remisiones, la protección de los bienes jurídicos colectivos o incluso la protección de versiones más evolucionadas de los bienes jurídicos individuales.

En este mismo sentido sustenta CURY⁶³⁹ que:

“existen, en efecto, bienes jurídicos cuya integridad depende de circunstancias coyunturales, de manera que una conducta que en cierto momento no la afecta, en otro puede lesionarla gravemente. Esto es corriente en el campo de la economía, pues allí el comportamiento correcto se relaciona estrechamente con las variaciones que se producen en situaciones inestables, cuyo control exige modificar rápidamente las regulaciones respectivas.”

Además, estas materias precisan un marco típico flexible, que admita la adaptación a los diversos casos que han de ser previstos, posibilitando indicar a todos ellos evitando, con todo, cualquier referencia concreta a ninguno. Las leyes penales en blanco proporcionan este marco a través de la inclusión de remisiones en sus enunciados, patrocinando la estructura flexible que estas materias necesitan⁶⁴⁰.

De lo contrario, las leyes penales serían compuestas de varios conceptos que prácticamente aniquilarían la posibilidad de comprensión, debido a la gran extensión que estas leyes poseían se fuesen describir todos los supuestos de hecho relacionados a materias como las socio-económicas o las medioambientales. Allá de esto, tales leyes pasarían por varias reformulaciones que, como ya fue dicho, impedirían sus aplicaciones.

Así, la alternativa propuesta por MESTRE DELGADO⁶⁴¹, de la sustitución de la técnica de las leyes penales en blanco por la utilización de leyes penales especiales para la protección de bienes jurídicos actualmente protegidos por normas penales en blanco, no debe prosperar.

⁶³⁹ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, cit., p. 51.

⁶⁴⁰ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 107.

⁶⁴¹ MESTRE DELGADO, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, cit., p. 526.

Esto porque, las leyes especiales presentarían grandes extensiones y, aún, permanecería el problema de la continua reforma legislativa en materia penal, lo que produciría una mayor dificultad en la comprensión de las leyes por sus destinatarios, con lo que se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica⁶⁴².

En este sentido, ORTS BERENGUER y GONZÁLES CUSSAC⁶⁴³ justifican y defienden la utilización de las leyes penales en blanco, porque evitan la redacción de artículos inacabables, *"muy extensos, porque si se les quiere dotar del presupuesto íntegro, éste, en determinados campos, habría de resultar por fuerza muy prolijo, pues habrían de pormenorizarse las disposiciones en materia de seguridad laboral, de vertidos, de ..., aludidas en el precepto de que se trate; (...)"*.

Aún, cabe destacar, como función de las leyes penales en blanco, la adaptación a los cambios y a la flexibilización que determinadas materias necesitan, que jamás serían posible con el empleo de las demás técnicas de tipificación por el Derecho penal empleadas.

Como ya afirmado, el supuesto de hecho de las leyes penales en blanco impropias e algunas propias tiene relación con otras ramas del Derecho, relativa a materias, por lo tanto, con regulación extrapenal.

Con ello, las leyes penales en blanco *"constituyen una fórmula imprescindible de apertura y coordinación del Derecho penal hacia los distintos sectores y subsistemas del ordenamiento donde los nuevos bienes jurídicos*

⁶⁴² Véase en este sentido, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 209, que al apuntar las desventajas o dificultades de la utilización de las leyes penales especiales, advierte que el carácter de las materias objeto de las normas ya sería un obstáculo insalvable, pues su naturaleza dinámica obligaría a variar la ley especial, lo que generaría una constante inseguridad acerca del Derecho penal en vigor.

⁶⁴³ ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLES CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal - parte general*, cit., p. 104.

*emergentes encuentran su prima ratio jurídica*⁶⁴⁴.

En este sentido, ROXIN⁶⁴⁵ advierte que “*sería una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además la subsidiariedad del Derecho penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente*”.

De ahí que deriva una de las más importantes funciones de las leyes penales en blanco, que es la manutención de la armonía del Ordenamiento jurídico, pues, como enseña MUÑOZ CONDE⁶⁴⁶, “*con esta técnica se persigue evitar contradicciones internas entre las distintas ramas del Ordenamiento jurídico que regulan una misma materia, impidiendo que si una conducta está permitida, por ejemplo administrativamente, pueda ser constitutiva de delito*”.

Otra importante función de las leyes penales en blanco es satisfacer las exigencias de conocimiento específico y profundizado de determinadas materias.

Como afirmado, una de las más importantes funciones de las leyes penales en blanco es evitar el estancamiento, que aniquilarían la legislación penal, por la rapidez de los cambios sociales e tecnológicos.

Sin embargo, la necesidad de flexibilización de las leyes penales, para mantenerlas actualizadas, según GUARANI y BACH⁶⁴⁷, también se basa en la falta de conocimiento técnico específico y profundizado acerca de los complejos bienes jurídicos.

⁶⁴⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, cit., p. 413.

⁶⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, cit., p. 570.

⁶⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental*, cit., p. 31.

⁶⁴⁷ GUARANI, Fábio André e BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*, cit., pp. 162 y ss.

Para estos autores⁶⁴⁸, el legislador, como los demás miembros de una sociedad, sufre de una absoluta imposibilidad de conocimiento específico y profundizado de materias dinámicas y complejas. Entonces, él confía a las instancias inferiores (detectoras del conocimiento específico) la posibilidad de complementar las leyes penales en blanco.

De este modo, aquellos que detienen el conocimiento en determinada materia, como el medioambiente, la economía, la salud pública, etc., por cierto, tendrán mejores condiciones de colaborar para la efectiva flexibilización y adaptación de la leyes penales a las nuevas demandas de la sociedad.

Ahora bien, analizadas las funciones de las leyes penales en blanco, es posible concluir que son imprescindibles en el escenario actual, pues es la única forma de tipificación capaz de atender a determinada demanda. Sin embargo, su utilización debe ser dentro de algunos criterios y límites, que serán examinados en el próximo capítulo, solamente después de fijadas todas las características de las leyes penales en blanco.

2.4. LAS CLASES DE REMISIONES

Los conceptos de ley penal en blanco ofrecidos por la doctrina, como ya dicho, presentan algunas variaciones. Sin embargo, no hay duda que la ley penal en blanco es una categoría de remisión normativa, manteniendo con esta la relación de especie y género.

Las remisiones normativas sirven en ocasiones que el legislador deja de referirse expresamente a determinados aspectos de un supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica porque ya estarían previstos en otras normas, a

⁶⁴⁸ GUARANI, Fábio André e BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal, cit.*, p. 164.

las que envía para completar el texto de la correspondiente disposición⁶⁴⁹.

Sin embargo, aunque mantenga la relación de especie y género con las remisiones normativas, no es toda forma de remisión que caracteriza la norma penal en blanco.

De esta manera, es necesario hacer un breve recorrido sobre las formas de remisión normativa para definir cuales son las propias de las leyes penales en blanco.

2.4.1. Remisiones relativas al supuesto de hecho y remisiones relativas a la consecuencia jurídica

La estructura de las normas jurídico-penales, como toda norma jurídica, consta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica⁶⁵⁰. Las remisiones normativas, en primer lugar, pueden referirse tanto al supuesto de hecho cómo a la consecuencia jurídica.

Se dice que la remisión es “relativa al supuesto de hecho” cuando la norma necesita de complemento en su supuesto de hecho, mientras que la consecuencia jurídica está perfectamente prevista⁶⁵¹. Esta especie de remisión coincide con el concepto *estricto* de leyes penales en blanco.

Es la que ocurre con más frecuencia en el ordenamiento jurídico. En esta especie de remisión se ubican las técnicas de los elementos normativos y

⁶⁴⁹ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 78.

⁶⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 21.

⁶⁵¹ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 40.

las leyes penales en blanco⁶⁵².

Las remisiones relativas al supuesto de hecho pueden ocurrir para determinar los distintos elementos que componen el supuesto de hecho. Así que, las remisiones pueden afectar el objeto material (*art. 319 CP - "construcción o edificación no autorizables"*), el sujeto activo (*art. 279 CP - "quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva"*) y el comportamiento (*art.226 CP - "dejare de cumplir los deberes legales de asistencia"*)⁶⁵³.

Sin embargo, la remisión será "relativa a la consecuencia jurídica", también denominada *ley penal en blanco al revés*, siempre que el supuesto de hecho esté perfectamente establecido, pero no la sanción o consecuencia jurídica correspondiente⁶⁵⁴.

El artículo 253 del CP, en el que se castiga el delito de apropiación indebida, es un ejemplo de este tipo de remisión, pues las penas están señaladas en los artículos 249 o 250 del CP.

MUÑOZ CONDE⁶⁵⁵, citando este ejemplo, enseña que entre las especies de norma penales incompletas debe incluirse el procedimiento legislativo en el que para establecer la pena correspondiente a un determinado supuesto de hecho el legislador se remite a la pena fijada para un supuesto de hecho distinto. Advierte, aun, que en estos casos "más que de 'técnica legislativa' se puede hablar de 'pereza legislativa'".

⁶⁵² En este sentido, OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., p. 173.

⁶⁵³ En este sentido, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*, cit., pp. 81-82.

⁶⁵⁴ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 40.

⁶⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., p. 17.

2.4.2. Remisiones externas y remisiones internas

En relación a la fuente de la norma de complemento también es posible establecer una clasificación de las remisiones, pues el objeto de la remisión que debe completar la ley penal puede estar en su mismo texto o en el texto de disposiciones de leyes o reglamentos extrapenales.

De este modo, se puede hacer la distinción entre “remisiones internas o reenvío internos” y “remisiones externas o reenvíos externos”.

En la primera de ellas, remisiones internas, el complemento de la norma penal se halla en la propia ley penal⁶⁵⁶, es decir, el legislador mismo completa ese supuesto de hecho en la misma ley penal.

La doctrina mayoritaria, como ya afirmado, entiende que estos casos no están comprendidos en el concepto de ley penal en blanco, por tratarse de mero procedimiento de técnica legislativa⁶⁵⁷, que plantean solamente cuestiones de ordenación y claridad de la ley, puramente sistemáticas.

Ya, en las remisiones llamadas externas el complemento de la norma penal pertenece a otro sector del ordenamiento jurídico, o sea, se halla en normas extrapenales.

Hay quien defienda que la remisión a otra ley penal distinta también caracterizaría una remisión externa⁶⁵⁸, aunque no sea a una norma extrapenal.

⁶⁵⁶ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 82.

⁶⁵⁷ Así, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., p.18. También, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal-parte general*, cit., p. 58.

⁶⁵⁸ En este sentido, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 82. GOITE PIERRE, Mayda y ALARCÓN BORGES, Ramón. "La utilización de las normas penales en blanco en el enfrentamiento a la criminalidad organizada contemporánea", en *Temas de derecho y proceso penal*, Barcelona, Editorial vlex, 2013, p. 29. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago, cit., p. 175, afirma que: "El concepto de ley penal en blanco se restringe al ámbito de

Para estos autores, la norma de complemento puede hallarse en una normativa del mismo sector del ordenamiento o a otro distinto, a normas de rango igual o superior, o a normas de rango inferior.

Aún, las remisiones externas pueden ser diferenciadas entre las procedentes de leyes y reglamentos, en este caso son complementos legislativos y complementos derivados de actos de la administración, cómo son las autorizaciones singulares⁶⁵⁹.

Estas especies de remisiones, internas y externas, son de extrema importancia, vez que, cómo ya destacado, tienen reflejo en el propio concepto y clasificación de la ley penal en blanco.

2.4.3. Remisiones estáticas y remisiones dinámicas

Se dice que una remisión es estática cuando su objeto está constituido por una disposición normativa concreta y determinada, y cuando la referencia se dirige al sentido que posee su texto en el momento en que es redactada la ley que incluye dicha remisión, y no en momento distinto⁶⁶⁰.

Como enseña SCHÜNEMANN⁶⁶¹, ocurre la remisión estática *“cuando se hace referencia a una regulación técnica con su contenido conocido por el legislador en un determinado momento y con ello se incorpora a la norma jurídica”*.

Así, las remisiones internas, es decir, aquellas que se realizan dentro

las remisiones externas. Esto no se identifica con la idea de que las normas de complemento de una ley penal en blanco hayan de tener, siempre, naturaleza no penal”.

⁶⁵⁹ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 82-83.

⁶⁶⁰ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 84.

⁶⁶¹ SCHÜNEMANN, Bernd. “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, cit., p. 320.

de la propia ley penal, constituirían el supuesto de remisión estática por excelencia⁶⁶².

Sin embargo, según advierte DOVAL PAIS⁶⁶³, es necesario que la remisión indique exactamente el texto al que se envía, haciendo referencia a la disposición concreta que se trata, cómo, la fecha, el número de registro u otros datos que permitan reconocerla. Por lo tanto, por medio de la remisión estática se legisla haciendo referencia a lo que otro legislador haya establecido anteriormente⁶⁶⁴.

Advierte FAKHOURI GÓMEZ⁶⁶⁵, que un sector de la doctrina, entiende que la remisión estática es incompatible con la función de flexibilización de los tipos penales que correspondería en exclusiva a las leyes penales en blanco.

Además, aclara MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁶⁶⁶ que en la remisión estática, debido al hecho de que la disposición extrapenal es conocida en el momento de la creación de la norma penal, una futura modificación de aquella “*carece totalmente de efectos y no altera el régimen originario de la remisión*”.

La remisión dinámica, en cambio, ocurre cuando el sentido de la norma de remisión depende, en cada momento, del que posea la disposición a la que se remite, sin que acoja en concreto el contenido que ésta posee en un instante dado. Para TIEDEMANN⁶⁶⁷, son remisiones “*abiertas de cara al futuro*”.

⁶⁶² FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2009, p. 105

⁶⁶³ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 85.

⁶⁶⁴ En este sentido, OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., p. 177.

⁶⁶⁵ FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2009, p. 99.

⁶⁶⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general*, cit., p. 247.

⁶⁶⁷ TIEDEMANN, Klaus. “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 10 – janeiro/março, 2002, traducción al castellano a cargo de Antoni Llabrés Fuster, p. 76.

De este modo, cualquier cambio en la norma de complemento repercute inmediatamente en la ley penal, variando también su sentido.⁶⁶⁸ En las palabras de SCHÜNEMANN, será dinámica “*la remisión al contenido correspondiente de regulaciones mudables en el curso del tiempo*”⁶⁶⁹.

Por esta razón son unos instrumentos técnicamente adecuados para adaptar automáticamente la ley penal a lo regulado por otras disposiciones⁶⁷⁰.

En este sentido, OSSANDÓN WIDOW⁶⁷¹, enfatiza que “*como la finalidad político-criminal de adaptación de la normativa penal a las cambiantes necesidades de protección de algunos sectores de actividad es, precisamente, la que justifica la utilización de la ley penal en blanco, se desprende que la práctica totalidad de las leyes penales en blanco propias se configuran como remisiones dinámicas*”.

También DOVAL PAIS⁶⁷² afirma que las remisiones de carácter dinámico, por su virtud de adaptación automática, son las que se encuentran en el Código Penal, siendo que las remisiones estáticas sólo esporádicamente se encuentran en la legislación penal.

Ello ocurre porque la propia existencia de las leyes penales en blanco, como ya dicho, se basa generalmente en la relación de su supuesto de hecho con otras ramas del Derecho, relativas a materias complejas que sufren frecuentes modificaciones.⁶⁷³

⁶⁶⁸ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 85.

⁶⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, cit., p. 318.

⁶⁷⁰ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 85.

⁶⁷¹ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., p. 177.

⁶⁷² DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 86.

⁶⁷³ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental*, cit., p. 30.

Un ejemplo extremo de remisión dinámica se encuentra en el artículo 371 CP⁶⁷⁴. Ya, de la remisión estática, uno de los pocos casos en que la remisión no se produce dentro del propio Código penal viene dado por el art. 2.1 i de la LO 12/1995, de Contrabando, que remitía al art. 23 de la Convención de Ginebra sobre alta mar de 29 de abril de 1958⁶⁷⁵.

2.4.4. Remisiones “en bloque” y remisiones interpretativas

En relación a la función que el reenvío cumple en la ley penal que la efectúa, si puede hacer la distinción entre remisión en bloque y remisión interpretativa.

La primera, remisión en bloque, según GARCÍA ARÁN⁶⁷⁶, “*es aquella en la que la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico. Y al decir ‘infracción’ de la normativa administrativa me refiero a la contravención de dichas normas como hecho sobre el que recae el desvalor penal, o lo que es lo mismo: se sanciona penalmente la desobediencia a la norma administrativa.*”

De ahí que, las remisiones en bloque se caracterizan, fundamentalmente, por incluir, en la ley penal, una referencia a la infracción de normativa extrapenal, utilizando expresiones como “con infracción de leyes y reglamentos” o “contraviniendo lo dispuesto en leyes y reglamentos”⁶⁷⁷. En

⁶⁷⁴ Art. 371 CP: <<El que fabrique, transporte distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I o 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, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo convenio o que se incluyan e otros futuros convenios de la misma naturaleza, ratificados por España (...)>>.

⁶⁷⁵ En este sentido, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*, cit., p. 105.

⁶⁷⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, cit., pp. 71-72.

⁶⁷⁷ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 87. También GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, cit., p. 72, advierte que

consecuencia, la infracción de la normativa extrapenal se incorpora a la ley penal como un elemento típico⁶⁷⁸.

OSSANDÓN WIDOW⁶⁷⁹ hace la distinción entre dos especies de remisiones en bloque, “*las que constituyen meras habilitaciones en blanco del reglamento para recoger la materia de prohibición*”, citando como ejemplo el artículo 360 del CP (delito contra la salud pública), y “*aquellas en las que la infracción administrativa no es más que uno de los elementos de la conducta típica*”, donde cita como ejemplo los artículos 316 (delito contra los derechos de los trabajadores) y 325.1 (delito ambiental), ambos del CP.

Para LUZÓN PEÑA⁶⁸⁰:

“si en algún caso hay una remisión en bloque de la totalidad del supuesto de hecho típico a otra norma extrapenal, entonces, aunque formalmente la ley penal en blanco hace una referencia al supuesto de hecho delictivo, realmente es una norma estructuralmente incompleta y que materialmente incumple la exigencia del principio de legalidad de que sea la propia ley penal la que fije con precisión las características del delito”.

En este mismo sentido, GRACÍA ARÁN⁶⁸¹ advierte que en los casos de remisión en bloque la ley penal incorpora también como objeto de protección el incumplimiento de la normativa a la que se remite, incluyendo como interés añadido el propio incumplimiento de la normativa administrativa. Con ello, sin infracción administrativa no existe delito, lo que caracteriza las remisiones abiertas o “ciegas”, en las que el legislador penal admite cualquier contenido extra penal como apto a integrar a conducta punible.

“se trata de los supuestos en los que el Código Penal utiliza expresiones como ‘con infracción de leyes y reglamentos’ o ‘contraviniendo lo dispuesto en leyes y reglamentos’”.

⁶⁷⁸ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 87.

⁶⁷⁹ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., p. 179.

⁶⁸⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general*, cit., p. 59.

⁶⁸¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, cit., p. 74.

Ya, las remisiones interpretativas, en palabras de GRACÍA ARÁN⁶⁸², son “*aquellas en las que la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico.*”

En estos casos, el elemento típico está presente en la ley penal, fijado en ella, la referencia a la normativa extrapenal tiene, solamente, la finalidad de integrar un determinado término típico para su correcta interpretación.⁶⁸³

La forma de redacción comúnmente utilizada en esta especie de remisión, acude a las expresiones “*fuera de los casos permitidos por la ley*” o “*sin autorización*”, etc.⁶⁸⁴

En la remisión interpretativa la infracción de la normativa extrapenal puede o no ocurrir. Es decir, la infracción a la normativa extrapenal “*no es necesaria para que se produzca el injusto penal*”⁶⁸⁵.

2.4.5. Remisiones generales o totales y remisiones especiales o parciales

Esta distinción, entre remisiones generales y especiales, lo hace DOVAL PAIS⁶⁸⁶, enseñando que en algunos casos el legislador configura la conducta delictiva mediante una referencia completa y exclusiva a la infracción de disposiciones contenidas en la normativa extrapenal, de tal modo que, cualquier infracción de esta normativa constituirá, sin más, el ilícito penal.

⁶⁸² GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *cit.*, p. 72.

⁶⁸³ Así, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 86.

⁶⁸⁴ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *cit.*, p. 73 y DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 86.

⁶⁸⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *cit.*, p. 73.

⁶⁸⁶ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, pp. 88-89.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁶⁸⁷ clasifica estas especies de remisiones como “totales”, cuando existe “una absoluta ausencia de concreción en el tipo penal”, entendiéndose que en estos casos la ley penal “se limita simplemente a establecer la sanción y relega la determinación de toda la esfera de lo punible a una instancia diferente”.

El legislador, puede también, limitar el ámbito de la remisión a solamente algunos aspectos del supuesto de hecho⁶⁸⁸.

En el primer caso, la remisión es denominada general, siendo que la ley penal adopta expresiones como, “quien contravenga la disposición de complemento, será castigado...”⁶⁸⁹.

Ya en la segunda hipótesis, cuando el legislador limita el ámbito de las remisiones, las denomina especial o parcial⁶⁹⁰. En estos casos, la ley penal se configura de acuerdo con el modelo “quien, contra lo dispuesto en la disposición de complemento, haga X, será castigado...”⁶⁹¹.

2.4.6. Remisiones explícitas o expresas y remisiones implícitas o tácitas

Las remisiones, todavía, pueden presentarse de acuerdo con la manifestación de la remisión en la propia ley penal.

Así, una remisión será explícita o expresa cuando la ley penal indicar

⁶⁸⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general, cit.*, p. 247.

⁶⁸⁸ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco, cit.*, p. 89.

⁶⁸⁹ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco, cit.*, p. 89.

⁶⁹⁰ El término “remisiones parciales” es empleado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general, cit.*, p. 247, lo cual adopta la terminología utilizada por SILVA SÁNCHEZ.

⁶⁹¹ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco, cit.*, p. 89.

expresa y claramente que refiere la concreción de la descripción típica a otra instancia, o sea, la ley penal incorpora en su propio texto la referencia expresa a la normativa extrapenal⁶⁹².

Esta especie de remisión ocurre cuando en el tipo penal introducen referencias, entre otras, a la "legislación" (arts. 274, 277, CP), a lo dispuesto en las *leyes y/o reglamentos o dispositivos* (arts. 325, 333, 334, CP), o simplemente a lo que se establece en las *normas* (art. 316, CP)⁶⁹³.

Sin embargo, conforme advierte DOVAL PAIS⁶⁹⁴, "*cuando se habla de remisiones explícita se hace en un sentido muy relativo, porque no existen en nuestro Código penal envíos explícitos absolutamente determinados; es decir, realizados de tal forma que se indique exactamente la disposición concreta a la que se deba acudir para integrar la norma penal*". La ley penal en determinadas ocasiones señala la materia sobre la cual se trata, pero sin especificar a qué ley, reglamento o norma concretos aluden.

Por lo contrario, cuando la ley penal incluye directamente en su texto un término o expresión que posee un significado normativo, pero sin aludir de un modo expreso a disposición alguna, se habla de remisiones implícitas, tácitas o concluyentes. En estos casos, el término o expresión posee un contenido valorativo-jurídico que debe ser interpretado acudiendo a otras normas.⁶⁹⁵

⁶⁹² En este sentido, SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p.55; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., p. 178. También, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 90.

⁶⁹³ Así, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*, cit., p. 101.

⁶⁹⁴ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 91.

⁶⁹⁵ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., p. 178. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 90. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general*, cit., p. 248, aclara que "(...), una remisión se califica como **concluyente** cuando la

Conforme enseña SANATANA VEGA⁶⁹⁶, en las remisiones tácitas el tipo contiene elementos normativos, los cuales se diferencian en elementos normativos propiamente dichos (ajenidad, bien mueble, etc) y las cláusulas normativas (“sin autorización administrativa”, “legalmente obligados). Son ejemplos los artículos 234, 237 y 252, CP.

Como variación de las remisiones implícitas suelen citarse las "remisiones encubiertas", que son las que la ley penal remite a una disposición de su mismo texto que, a su vez, es la que remite a otras disposiciones extrapenales⁶⁹⁷.

2.4.7. Remisiones de primer grado y remisiones de segundo grado o en cadena.

En relación a la forma de reenvío, si directa o “indirecta”, es posible clasificar las remisiones cómo de primer o segundo grado.

Las remisiones de primer grado son aquellas realizadas desde la norma penal directamente, sin ulteriores remisiones, a otra disposición extrapenal⁶⁹⁸. Cómo enseña SANTANA VEGA⁶⁹⁹, la operación de remisión desde la ley penal a una disposición extrapenal detiene “*el proceso de complitud del sentido del tipo penal*”.

Ya, las remisiones de segundo grado, la norma objeto de la remisión (o de complemento), remite a su vez a una tercera disposición para que se

remisión no es explícita sino que se efectúa de un modo tácito o implícito, a través de la introducción de un elemento de contenido valorativo-jurídico en el tipo.”

⁶⁹⁶ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p.55

⁶⁹⁷ Así, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*, cit., p. 101.

⁶⁹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general*, cit., p. 247. SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 34.

⁶⁹⁹ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 34.

considere integrado el sentido de la ley penal en blanco.⁷⁰⁰

Además, estas remisiones de segundo grado suelen formarse combinando diversas modalidades de remisión, siendo lo más frecuente que se inicien como una remisión a normas y concluyan reenviando a un acto de la Administración⁷⁰¹.

En estas especies de remisiones de segundo grado se produce la llamada “remisión en cadena”, las cuales generan problemas de seguridad jurídica, que pueden ser incrementados si la cadena se prolonga.

2.4.8. Especies de remisiones características de las leyes penales en blanco.

Las leyes penales en blanco integran las remisiones normativas, vez que para su completa determinación se deben acudir a otra u otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Ello permite que el enunciado de la ley penal sea formulado de modo simplificado, *“eludiendo la expresión detallada de las particulares versiones que puede adoptar la conducta, pero aludiendo a ellas mediante la técnica del envío a otras normas donde aquéllas encuentran su plasmación”*⁷⁰².

Las leyes penales en blanco utilizan algunas formas de remisión que

⁷⁰⁰ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa – parte general, cit.*, p. 247. SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco, cit.*, p. 34. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa, cit.*, p. 180.

⁷⁰¹ En este sentido, OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa, cit.*, p. 180, que cita como ejemplo “el art. 8º de la Ley 40/1979, de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, castiga el facilitar la comisión de alguna de las conductas descritas en el art. 6º de la misma ley, artículo que sanciona ciertos comportamientos realizados ‘sin haber obtenido la preceptiva autorización...’, configurándose, de este modo, una remisión en segundo grado”.

⁷⁰² DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco, cit.*, p. 107.

hacen con que la ley penal llegue a su propósito de flexibilidad que, como ya destacado, necesita en algunas materias. La exposición de las formas de remisiones empleadas en las leyes penales en blanco es de gran importancia para el desarrollo del presente trabajo, vez que presentan diferencias que son capaces de influir decisivamente en el problema de la legitimidad de este tipo de ley penal, así que, cabe hacer algunas matizaciones sobre ellas.

Una de las formas de remisión característica de las leyes penales en blanco es la relativa al supuesto de hecho, es decir, las remisiones propias de estas leyes se refieren a algún elemento del supuesto de hecho de la norma, vez que este tipo de ley penal ya contiene la sanción prevista en su descripción. En estos casos lo que debe ser complementado es la conducta delictiva, ella dependerá de otra ley de naturaleza no penal o reglamento para tornarse una ley penal completa⁷⁰³.

Por tanto, con base en el concepto ya expuesto de leyes penales en blanco, se puede concluir que esta forma de remisión es la esencia de este concepto, no se debiendo hablar en ley penal en blanco cuando la remisión está relacionada con la consecuencia jurídica (*ley penal en blanco al revés*).

Otra modalidad de remisión que integra el concepto de leyes penales en blanco es la remisión externa, vez que el complemento de esa ley siempre poseerá una naturaleza no penal. De este modo, se descarta la posibilidad de la realización de una remisión interna por las leyes penales en blanco⁷⁰⁴.

Esta conclusión es resultado del propio concepto anteriormente adoptado para las leyes penales en blanco, o sea, el concepto relativamente amplio. Esto porque, solamente la adopción del concepto amplio (MEZGER), donde incluye la remisión en la misma ley, permite la remisión interna.

⁷⁰³ Entiende MUÑOZ CONDE que: "La norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquier otra", en MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 25.

⁷⁰⁴ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 118.

Las leyes penales en blanco también se caracterizan por las remisiones dinámicas, pues cualquier cambio en el complemento repercute inmediatamente en la ley penal, provocando en ellas también una variación de significado⁷⁰⁵. Esta especie de remisión está íntimamente unida a la ley penal en blanco, pues es esencial para que ejerza sus funciones de flexibilización y adaptación a cambios.

Además, las remisiones pueden ser generales o especiales, según la amplitud del objeto de la remisión, y explícitas o implícitas si integran o no el texto la referencia a la normativa no penal⁷⁰⁶.

Finalmente, las formas de remisiones que más discusiones generan son la remisión en bloque y la interpretativa. La remisión en bloque, según GARCÍA ARÁN, es *“aquella en la que la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico”*⁷⁰⁷ de tal modo que sin infracción administrativa no existe delito y, la interpretativa, es aquella en la que *“la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico”*⁷⁰⁸.

La discusión de la legitimidad y de los límites de la utilización de las leyes penales en blanco gira alrededor de la admisibilidad o no de estas dos formas de remisiones, siendo que las que más problemas presentan son las remisiones en bloque.

⁷⁰⁵ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 85.

⁷⁰⁶ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., pp. 88-93.

⁷⁰⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, cit., p. 71.

⁷⁰⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, cit., p. 72.

2.5. LA DIFERENCIA ENTRE LEYES PENALES EN BLANCO Y LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

Para mejor comprensión y delimitación del tema de las leyes penales en blanco es necesario diferenciarlas de los llamados elementos normativos del tipo. Hasta porque, como también está ocurriendo con las leyes penales en blanco, el recurso del legislador a los elementos normativos, según SILVA SÁNCHEZ⁷⁰⁹, "se está convirtiendo en una práctica cada vez más frecuente".

Aunque, la doctrina no sea pacífica en relación a los criterios de distinciones, tampoco si las mismas existen⁷¹⁰, serán presentados los principales intentos en uno y otro sentido, a fin de fijar la posición más acorde para el desarrollo del presente trabajo.

2.5.1. Origen y concepto de los elementos normativos del tipo

Hay un verdadero consenso en la doctrina que los elementos normativos del tipo fueron "descubiertos" por MARX ERNST MAYER, que introdujo dentro de esta categoría la referencia al carácter "ajeno" de la cosa, en los delitos contra la propiedad; a la "falsedad" en relación con el delito de falsa acusación; a la "pureza" de la muchacha.⁷¹¹

Estos elementos, "no describen objetos y tampoco están en relación causal con la acción del autor, sino que 'contienen una valoración que en parte prejuzga la antijuridicidad'"⁷¹².

⁷⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 213.

⁷¹⁰ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa-parte general*, cit., p. 248, para quien "(...) las diferencias que puedan existir entre la técnica de las leyes penales en blanco y la de los **elementos normativos jurídicos**, cuestión no pacífica en la doctrina y que acarrea importantes consecuencias dogmáticas y político-jurídicas".

⁷¹¹ En este sentido, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*, cit., p. 56.

⁷¹² Véase, ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, cit., p. 281.

Para MARX MAYER⁷¹³, los elementos normativos del tipo eran "*auténticos elementos de la antijuridicidad; pues una circunstancia que no denota, sino que fundamenta la antijuridicidad, es decir, que no es ratio cognoscendi, sino ratio essendi, pertenece a la juridicidad, es componente o integrante de la misma*". Aunque, por otra parte, para este autor, esos elementos también son simultáneamente elementos del tipo, porque son objeto del dolo.

Sin embargo, esta idea de que los elementos normativos constituyen auténticos elementos de la antijuridicidad no se mantiene en la discusión dogmática posterior.

MEZGER⁷¹⁴, quien introdujo la distinción de los elementos integrantes del tipo penal en elementos descriptivos y elementos normativos, define los elementos normativos del tipo como "*presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho*".

Además, este autor, distingue tres tipos de elementos normativos, en función de la forma de realización del juicio de valor complementario del Juez. De ahí que, dentro de los elementos normativos hay los que precisan de *una valoración jurídica; elementos con valoración cultural y elementos en los que el Juez ha de captar el verdadero sentido de los mismos*.

En el primero de los grupos de elementos normativos, de *valoración jurídica*, están todos que tienen relación con otros ámbitos del Derecho. Como ejemplos cita la cosa "ajena", el "tutor", el "funcionario", el "documento", etcétera⁷¹⁵.

⁷¹³ Citado por ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 281.

⁷¹⁴ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal, cit.*, pp. 347 y ss.

⁷¹⁵ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal, cit.*, p. 348.

En lo grupo de *elementos con valoración cultural*, MEZGER⁷¹⁶ incluye los que el proceso valorativo del Juez *"ha de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen, sin embargo, a la esfera misma del Derecho"*. Es decir, se incluirán los elementos normativos que remiten a las reglas de la moral y la costumbre. Ejemplos de estos son la acción "impúdica", la "honestidad", el "desprecio".

Por fin, según MEZGER, en el tercer grupo se encontrarían los elementos en los que *el Juez ha de captar o verdadero sentido de los mismos*, en los delitos de exteriorización⁷¹⁷.

En estos casos, el Juez estaría sujeto exclusivamente a su percepción subjetiva, aunque en relación a los dos elementos normativos anteriores la subjetividad del Juez también es relevante. En razón del *"arbitrio subjetivo"* del Juez, los delitos que contienen esta clase de elementos normativos son definidos por MEZGER como *"delitos de valoración subjetiva"*⁷¹⁸.

Esta distinción de MEZGER, entre elementos descriptivos y normativos, fue criticada por ERIK WOLF, el cual comprobó que incluso elementos presuntamente descriptivos puros, como "hombre (ser humano)" - con la discusión sobre el comienzo de la vida humana en conexión con la protección de la vida no nacida (diagnóstico prenatal, interrupción del embarazo) - son normativos en sus ámbitos fronterizos, vez que requieren una valoración judicial orientada a la antijuridicidad.⁷¹⁹

Como ha aclarado ENGISCH⁷²⁰, *"si se piensa que cada concepto jurídico es elemento constitutivo de una norma jurídica y que a través de ella recibe sentido y contenido, tendríamos verdaderamente que considerar*

⁷¹⁶ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal, cit.*, p. 348.

⁷¹⁷ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal, cit.*, p. 348.

⁷¹⁸ En este sentido, MADRID CONDESA, Fulgencio. *La legalidad del delito, cit.*, p. 186.

⁷¹⁹ En este sentido, ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 282.

⁷²⁰ ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2001, traducción al español de Ernesto Garzón Valdés, p. 131.

<<normativo>> a todo concepto jurídico".

El propio MEZGER⁷²¹ ha aceptado y concordado con las críticas de ERIK WOLF llegando a afirmar que *"debe darse la razón a ERIK WOLF cuando afirma que, en el fondo, todos los elementos del tipo tienen carácter normativo; pues todos en absoluto son conceptos jurídicos y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente edificados"*.

Actualmente, aún se defiende con poderosos argumentos, basándose en la distinción de ERIK WOLF entre elementos *"llenos de valoración"* y elementos *"necesitados de ser llenados de valoración"*, que todos los elementos del tipo tienen un impacto normativo⁷²².

Para JESCHECK⁷²³ la diferencia entre los elementos descriptivos y los normativos no está muy clara, pues los conceptos descriptivos también están necesitados de interpretaciones en casos dudosos, mientras que los elementos normativos también muestran aspectos centrales empíricos. Este autor cita como ejemplo, que estaría en la frontera entre los dos grupos, el concepto de "violencia" contenido en el § 240 I (BVerfG StV 1987,15).

Sin embargo, como defiende ENGISCH⁷²⁴ *"cuando se habla de conceptos jurídicos normativos, a diferencia de conceptos descriptivos, habrá que referirse a algo específico, a algo diferente de la mera pertenencia al sistema de las norma jurídicas, o bien a las características de los supuestos de hecho"*.

Para ENGLISH, los llamados conceptos normativos son considerados

⁷²¹ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal, cit.*, p. 347.

⁷²² En este sentido, AMBOS, Kai. "100 años de la 'teoría del delito' de Beling - ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, RECPC 09-05, 2007, p. 05:5.

⁷²³ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general, cit.*, pp. 138-139.

⁷²⁴ ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico, cit.*, pp. 131-132.

en su gran mayoría conceptos jurídicos indeterminados, pues, al contrario de los descriptivos, los conceptos normativos *“apuntan a datos que no son simplemente perceptibles o experimentables, sino sólo son imaginados y comprendidos en conexión con el mundo de las normas”*⁷²⁵. Por ejemplo, es posible imaginar los conceptos descriptivos de persona, muerte u oscuridad, como simples conceptos de la experiencia, pero no es posible conjeturar el concepto de cosa "ajena" sin pensar al mismo tiempo en normas de la propiedad⁷²⁶.

No obstante, la regla contiene excepciones. No todos los conceptos normativos deben ser reconocidos como conceptos jurídicos indeterminados. Hay algunos que, aunque de contenido normativo, como matrimonio o menor de edad, pueden perfectamente ser perceptibles por los sentidos, siendo, así, clasificados como conceptos de naturaleza empírica y descriptiva.

ENGISCH, a par de la acepción de los conceptos normativos expuesta, presenta otra, que denomina *“la significación de lo normativo en sentido estricto”*, y que se encuentra en que siempre se necesita una valoración para poder aplicar un concepto normativo a un caso concreto⁷²⁷. La conclusión a que llega ENGISCH es que los conceptos normativos son, en realidad, *“conceptos que necesitan un contenido valorativo”*⁷²⁸.

TIEDEMANN⁷²⁹, incluso, entiende posible clasificar los elementos normativos del tipo como *“pequeñas cláusulas generales”* en la medida en que exigen una *“verdadera valoración por parte del Juez”*.

⁷²⁵ ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico, cit.*, p. 132.

⁷²⁶ ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico, cit.*, p. 132. El autor cita otros ejemplos, como los conceptos de matrimonio, embarazo, menor de edad, inmoral, sin antecedentes penales.

⁷²⁷ ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico, cit.*, p. 133.

⁷²⁸ ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico, cit.*, p. 133.

⁷²⁹ TIEDEMANN, Klaus. "La técnica legislativa del derecho penal económico", en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2 edición, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 82.

También, HASSEMER⁷³⁰ hace referencia a los "*conceptos necesitados de contenido valorativo*" como aquellos sobre los cuales el Juez, a través de la formulación de datos empíricos con la ayuda técnica, emplea su valoración. Es decir, la propia ley permite al Juez basar su sentencia en su propio juicio. El ejemplo mencionado por este autor es el concepto de "buenas costumbres".

En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE⁷³¹, citando como ejemplos los conceptos "acreedor", "insolvencia", "ajenidad", afirma que los elementos normativos "*implican siempre una valoración y, por eso, un cierto grado de subjetivismo*".

Además, siguiendo a ENGISCH, ROXIN⁷³² entiende recomendable calificar como normativos:

"sólo a aquellos elementos 'que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma'. Entonces términos como 'ajeno', 'buenas costumbres', 'reprobable', 'documento', 'injuria', etc., será elementos normativos, porque presuponen sistemas de normas jurídicas o sociales, mientras que conceptos como 'ser humano', 'cosa', 'edificio' o 'sustraer' existen con independencia de cualquier contexto normativo y por ello se los puede denominar descriptivos."

En esta misma línea, VICENTE MARTÍNEZ⁷³³ concibe que los elementos normativos "*aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social, como 'cosas ajenas', 'acreedor', etc., y requieren que la determinación de su significado se realice atendiendo a una valoración*".

Así, es posible concluir, que los elementos normativos del tipo deben ser considerados aquellos que necesitan, para su comprensión, de una valoración a través de un sistema de normas jurídicas o sociales. Es decir, son

⁷³⁰ Así, HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal, cit.*, pp. 240-243.

⁷³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 247. También, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal-parte general, cit.*, p. 226, define los elementos normativos como "*aquellos en los que predomina una valoración y que, por lo tanto, no pueden ser percibidos sólo mediante los sentidos*".

⁷³² ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 307.

⁷³³ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal, cit.*, p. 46.

conceptos que remiten a una norma extrapenal (jurídica o social) para su valoración.

2.5.2. Criterios de distinción entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo.

Inicialmente, toca destacar que la discusión acerca de los criterios de distinciones entre ley penal en blanco y los elementos normativos, sólo tiene sentido en relación a los elementos normativos de contenido jurídico, y no en el caso de los elementos normativos sociales.⁷³⁴

Esto porque, según aclara MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁷³⁵, los elementos normativos sociales:

"se caracterizan por aludir a una realidad determinada por una norma que no es jurídica, sino 'social' (que radica en la sociedad), los cuales - según escribe MIR, P.G., L. 9/68- pueden, a su vez, ser subdivididos en elementos referidos a una valoración (ej., actos de 'exhibición obscena' en el art. 185 CP) o a un sentido (ej., el concepto de secreto en los arts. 197 y ss y 278 ss.). A la vista de tal caracterización, es claro, pues, que en el supuesto de los elementos normativos de contenido social estamos ante una técnica que, por su propio objeto de referencia (un objeto que no reside en otro sector del Ordenamiento jurídico, sino en la propia sociedad), no presenta vinculación substancial con el fenómeno de las leyes penales en blanco."

Ya, en relación a los elementos normativos jurídicos, pese los esfuerzos de la doctrina en buscar las diferencias con la ley penal en blanco, el tema dista de ser pacífico y aún no termina de esclarecerse.

Por esta razón, serán presentados los criterios que han intentado establecer una delimitación entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos jurídicos.

⁷³⁴ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa-parte general, cit.*, p. 248.

⁷³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa-parte general, cit.*, p. 248.

2.5.2.1. El criterio de diferenciación formal - según el carácter expreso o no de la remisión

Por este criterio cuando la remisión al complemento de la ley penal se realiza de manera explícita o expresa, es decir, la ley penal incorpora en su texto la referencia a la normativa extrapenal, a través de expresiones tales como "*legislación*", "*de acuerdo a lo establecido en las leyes o reglamentos*", se puede hablar en una ley penal en blanco. Ya, en los casos de los elementos normativos del tipo la remisión sería de la especie implícita o tácita⁷³⁶.

Se objeta este criterio debido a su aspecto meramente formal, pues materialmente, la remisión podría producir el mismo resultado⁷³⁷. Es decir, lo decisivo no es el proceso por el que se completa el tipo penal sino el resultado, la normativa extrapenal será tomada en cuenta, más allá de los límites de la interpretación y los límites que rigen para poder punir o no a un ciudadano⁷³⁸.

También, SILVA SÁNCHEZ⁷³⁹, al abordar el tema destaca que:

"ciertamente habrá quien señale que en el caso de los elementos normativos se trata de un problema de interpretación judicial, en la que evidentemente el Juez deberá tener en cuenta la totalidad (y pluralidad) del Ordenamiento jurídico. Por ello tampoco establece diferencias significativas. En efecto, también una expresión del tipo <<con infracción de las leyes y reglamentos>> puede entenderse como un problema interpretativo para el Juez, que habrá que recurrir al Ordenamiento extrapenal para resolver el sentido de la misma. En no pocos casos, como ocurre por ejemplo en el Derecho español medioambiental, ello es rigurosamente cierto dada la complejidad y amplitud de la normativa, que exige una concienzuda intervención judicial para determinar las decisiones aplicables al supuesto particular."

Sin embargo, hay autores que, aunque reconozcan las limitaciones de este criterio de distinción, defienden que las formas pueden representar un

⁷³⁶ Así, SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., pp. 48-49.

⁷³⁷ En este sentido, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 105.

⁷³⁸ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 49.

⁷³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", cit., p. 978, nota de pie 74.

indicio importantísimo para determinar el alcance y las consecuencias de la remisión⁷⁴⁰. El carácter explícito o no de la remisión estará íntimamente ligado al criterio de fondo que se adopta para caracterizar las leyes penales en blanco.

2.5.2.2. El rango de la norma objeto de remisión como criterio de diferenciación

Este criterio parte del propio concepto de ley penal en blanco, al defender que la distinción entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo se basa en el rango de la norma de complemento.

Así, para aquellos autores⁷⁴¹ que siguen el concepto estricto de ley penal en blanco, originariamente desarrollado por 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"*. De ahí que, caso la norma de complemento este constituida por una disposición de rango inferior a la ley penal, se habla de ley penal en blanco. Ya, las remisiones a las demás normas extrapenales caracterizarían los elementos normativos del tipo.

Sin embargo, conforme defiende GARCÍA ARÁN el *"criterio del rango de la norma complementaria no es suficiente como para establecer la distinción"*⁷⁴² entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo. Ello porque, existen casos de remisiones efectuadas a norma de rango inferior a la ley penal que han sido considerados elementos normativos del tipo⁷⁴³.

⁷⁴⁰ Véase en este sentido, OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., p. 191.

⁷⁴¹ Por todos, TIEDEMANN, Klaus. "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas", cit., p. 74.

⁷⁴² GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", cit., p. 70.

⁷⁴³ En este sentido, GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en *Estudios penales y criminológicos*, cit., p. 67.

Además, el criterio del rango de la norma de complemento parte de la definición de ley penal en blanco como solamente aquella ley penal cuya remisión se hace a una norma de menor rango (concepto estricto de ley penal en blanco).

Ocurre que, como ya afirmado y fundamentado anteriormente, en este trabajo se adoptó el concepto relativamente amplio, o sea, considerase ley penal en blanco aquella cuya la complementación se efectúe por una ley extrapenal, que puede ser de mismo rango o de rango inferior. Lo que torna incompatible el criterio del rango de la ley/norma de complemento para diferenciar ley penal en blanco y elementos normativos del tipo.

2.5.2.3. Criterio funcional - la función de la norma de complemento - Remisión en bloque o remisión interpretativa

El criterio funcional fue presentado por CRAMER⁷⁴⁴, para quien la diferencia entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo radica en la función que desempeña la norma extrapenal en la estructura de la ley penal en blanco.

De ahí que, en las leyes penales en blanco habría *remisión* a la normativa extrapenal, en cuanto que, en los elementos normativos del tipo, existiría una *invocación* a otras normas para valorar las características típicas.⁷⁴⁵

GARCÍA ARÁN⁷⁴⁶, siguiendo a CRAMER, defiende que la ley penal en

También, OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., p. 105.

⁷⁴⁴ En este sentido, GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", cit., p. 70.

⁷⁴⁵ CRAMER citado por SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 50.

⁷⁴⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura

blanco "no se caracteriza sólo porque la norma complementaria sea de rango inferior, sino además, porque el legislador deja en manos de otra instancia, propiamente el establecimiento del elemento típico".

De este modo, esta autora presenta dos criterios para diferenciación entre leyes penal en blanco y elementos normativos del tipo. Primero, el rango de la norma de complemento, ya refutado en el apartado anterior. Segundo, la función de la remisión.

En relación a la función que la norma extrapenal desempeña en la estructura de la ley penal, GARCÍA ARÁN⁷⁴⁷, entiende que las remisiones pueden ser de dos especies, en bloque y interpretativa.

Como ya destacado en el apartado 2.4.4, en la remisión en bloque, según GARCÍA ARÁN, la infracción de la normativa extrapenal se incorpora a la ley penal como un elemento típico⁷⁴⁸. Consecuentemente, en los casos de remisión en bloque la ley penal incorpora también como objeto de protección el incumplimiento de la normativa a la que se remite, incluyendo como interés añadido el propio incumplimiento de la normativa administrativa⁷⁴⁹.

Ya, en las remisiones interpretativas, el elemento típico está presente en la ley penal, fijado en ella, la referencia a la normativa extrapenal tiene, solamente, la finalidad de integrar un determinado término típico para su correcta interpretación⁷⁵⁰.

En este caso, al contrario de lo que ocurre en la remisión en bloque, la

de la norma penal", *cit.*, p. 70.

⁷⁴⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, p. 71.

⁷⁴⁸ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 87.

⁷⁴⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, p. 74.

⁷⁵⁰ Así, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 86.

infracción a la normativa extrapenal *"no es necesaria para que se produzca el injusto penal"*⁷⁵¹.

Por fin, después de destacar las diferencias entre estas dos forma de remisiones, GARCÍA ARÁN⁷⁵² concluye que las remisiones en bloque pueden corresponderse con el concepto estricto de ley penal en blanco y, las remisiones interpretativas, pueden ser equiparables a los elementos normativos del tipo.

En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ⁷⁵³ defiende que el criterio diferenciador entre ley penal en blanco y elemento normativo del tipo vendría dado *"por la función que cumple la norma complementaria en relación con la norma penal remitente: de llenado (ley penal en blanco) o de mera interpretación (elemento normativo)"*.

Sin embargo, algunas críticas en relación a este criterio de diferenciación son inevitables, pero reflejan en el tema central de este trabajo de tesis, razón por la cual serán tratadas más adelante en el tercer capítulo.

Así que, por hora, es suficiente destacar que la propia GARCÍA ARÁN⁷⁵⁴, después de defender este criterio funcional, basado en la distinción entre remisión en bloque y interpretativa, lo torna totalmente inadmisibles, al concluir que *"todas las remisiones en bloque lesionan el contenido material de la reserva de ley y deberían, en mi opinión, considerarse inconstitucionales"*.

⁷⁵¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, p. 73.

⁷⁵² GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, pp. 73-74.

⁷⁵³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. "Hacia un nuevo derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del 'delito económico'", en *Revista Penal*, nº 21, enero-2008, pp. 4-5. También en, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. "El principio de 'certeza' en las leyes penales en blanco", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año V, nº 9, pp.19-20.

⁷⁵⁴ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, p.90.

En este sentido, LUZÓN PEÑA⁷⁵⁵, también advierte sobre la ofensa al principio de la legalidad por la remisión en bloque de la totalidad del supuesto de hecho a otra norma extrapenal, afirmando que se trata de *"una norma estructuralmente incompleta y que materialmente incumple la exigencia del principio de legalidad de que sea la propia ley penal la que fije con precisión las características del delito"*.

Por obvio, como advierte SANTANA VEGA⁷⁵⁶, no puede servir como criterio de diferenciación un entendimiento que considera la propia técnica de la ley penal en blanco como inconstitucional, vez que viola el principio de legalidad.

2.5.2.4. La naturaleza de la norma objeto de la remisión - proposiciones descriptivas y proposiciones prescriptivas

La norma objeto de la remisión, según su naturaleza, puede ser proposiciones descriptivas (meras definiciones ubicada en una normativa extrapenal) o proposiciones prescriptivas (mandatos o prohibiciones).

Para los autores⁷⁵⁷ que defiende este criterio, en el primer caso, la remisión constituiría un elemento normativo del tipo. Ya, la remisión de proposiciones prescriptivas, caracterizaría una ley penal en blanco.

Aunque, esta sea una regla general, tampoco resulta un criterio definitivo, pues los conceptos de leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo serán prácticamente coincidentes, siempre que estos últimos no remitan a simples proposiciones descriptivas⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general*, cit., p. 59.

⁷⁵⁶ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 51.

⁷⁵⁷ Véase, SILVA SÁNCHEZ, *La ley penal en blanco-concepto y cuestiones jurídicos-políticas*, (inédito), Barcelona, 1990, p. 44, n.8.

⁷⁵⁸ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa-parte general*, cit., p. 249.

Ello porque, existen elementos normativos que también remiten a proposiciones prescriptivas extrapenales, como por ejemplo, "*ilegítimamente*" respecto del ejercicio de actos propios de una autoridad o funcionario (art. 402 CP)⁷⁵⁹.

De ahí que, este criterio también no ha sido capaz de delimitar de forma segura la "frontera" entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo.

2.5.2.5. La extensión de la remisión como criterio de diferenciación - remisiones totales y parciales

Hay un sector de la doctrina⁷⁶⁰ que define la ley penal en blanco como aquella que contiene la sanción, pero no describe las acciones prohibidas en los delitos comisivos u ordenadas en los delitos de omisión. Es decir, las leyes penales en blanco estarían configuradas por las remisiones totales, pues establecerían solamente la sanción, dejando la limitación de la esfera de lo punible a otra instancia.

Ya, los elementos normativos del tipo se caracterizarían por la remisión parcial, o sea, aquella que tiene su ámbito limitada por el legislador, vez que remite a otras instancias únicamente algunos aspectos del tipo delictivo.

Sin embargo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁷⁶¹, al abordar las especie de remisiones, advierte que "*parece innecesario, por lo demás, insistir en la*

⁷⁵⁹ En este sentido, OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., pp. 192-193.

⁷⁶⁰ En este sentido, CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*, Tomo I, cit., p. 155. También, ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, cit., p. 465, conceptúa las leyes penales en blanco "*tipos que sólo contienen una norma sancionadora, pero que dejan sin embrago su integración a otras leyes, reglamentos o incluso actos administrativos*".

⁷⁶¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa-parte general*, cit., p. 247.

conveniencia de que el legislador se sirva de remisiones lo más parciales posible, en aras de un escrupuloso respeto del principio de legalidad y de sus corolarios de certeza y taxatividad".

Así, el criterio de la extensión de la remisión, de la misma manera que el criterio de la remisión en bloque, por suponer un afronta al principio de legalidad, no puede ser considerado satisfactorio.

2.5.2.6. El criterio de la autoridad que integra la ley penal

Este criterio es utilizado por SCHÜNEMANN⁷⁶² para diferenciar las leyes penales en blanco de las leyes penales indeterminadas. Según este autor, *"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 indeterminadas>> que presuponen su complementación por el juez."*

De ahí que, la diferencia entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo podría radicar en quien debe integrar la ley penal. En el caso de los elementos normativos del tipo el Juez hace la integración, mientras que, en las leyes penales en blanco, la integración es realizada por una instancia legislativa o por el Ejecutivo.

Sin embargo, este criterio no es capaz de fundamentar la diferenciación entre estas técnicas de tipificación, pues, como ya afirmado anteriormente en relación al criterio formal, el Juez, aunque en distintos grados, tendrá el labor interpretativo⁷⁶³.

⁷⁶² SCHÜNEMANN, Bernd. "Las reglas de la técnica en derecho penal", *cit.*, p. 315.

⁷⁶³ Véase en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", en *La Ley*, 1993-1, p. 978, nota de pie 74.

2.5.2.7. El criterio material

El criterio material de diferenciación entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo es propuesto con base en las materias en que es necesario el empleo de las leyes penales en blanco, bien como en sus funciones⁷⁶⁴.

En el apartado específico, fueron presentadas las funciones y características de las leyes penales en blanco, fundamentalmente: la necesidad de utilización de esta técnica en determinadas materias, por su naturaleza particular, a fin de evitar el rápido estancamiento, paralización de la ley penal; el carácter flexible de las leyes penales en blanco, que permiten su constante actualización; la necesidad, cada vez mayor, de superar el nivel del derecho penal de características exclusivamente liberal; la mantención de la armonía del ordenamiento jurídico; la satisfacción de las exigencias de conocimiento específico y profundizado de determinadas materias.

De este modo, la distinción entre estas dos técnicas legislativas se basaría en relación a las materias que fueran llamadas a proteger, bien cómo en las necesidades específicas de estas materias. Así que, las leyes penales en blanco serían aquellas que protegen los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, necesitados de adaptación frente a las situaciones cambiantes.

Sin embargo, conforme advierte SANTANA VEGA⁷⁶⁵, *"desde un punto de vista material que atienda a la incidencia o no de normas extrapenales sobre los bienes jurídico-penales supraindividuales, no cabe diferenciar entre leyes penales en blanco y elementos normativos, porque en ambos casos existe una remisión a dispositivos normativos"*.

⁷⁶⁴ Por todos, OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., pp. 197 y ss.

⁷⁶⁵ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 54.

Además, las necesidades de flexibilización y adaptación de ciertas materias, es una finalidad propia de toda remisión, que justifica, del mismo modo, la utilización de los elementos normativos del tipo.

Por estas razones, este criterio material también no se muestra suficiente para determinar la distinción entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo.

2.5.2.8. Posición Personal

Tras la presentación de los criterios utilizados por la doctrina en la tentativa de fijar la diferencia entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo, algunas consideraciones son necesarias para la toma de postura personal sobre este tema.

El punto de partida para la diferenciación entre estas dos técnicas de tipificación puede ser los propios conceptos adoptados en este trabajo. Es decir, de la definición de leyes penales en blanco y de los elementos normativos del tipo, se puede extraer la característica fundamental de cada uno y, a partir de ahí empezar a fijar las distinciones.

Las leyes penales en blanco fueran consideradas aquellas leyes penales cuya la complementación del supuesto de hecho se efectúa por una ley extrapenal o por una norma de rango inferior.

Ya, los elementos normativos del tipo son aquellos que necesitan, para su comprensión, de una valoración a través de un sistema de normas jurídicas o sociales. En la diferenciación entre estas técnicas de tipificación, por las razones ya expuestas, serán considerados sólo los elementos normativos del tipo "jurídicos".

El primero aspecto a ser observado de los conceptos fijados, es que las leyes penales en blanco requieren una verdadera "*complementación*", por cuanto los elementos normativos del tipo necesitan solamente de una "*valoración*".

De ahí que, las leyes penales en blanco presentan, como ya demostrado, el supuesto de hecho incompleto, o sea, necesitan del establecimiento de "parte" del elemento típico. Ya, los elementos normativos del tipo no necesitan de complementación en su supuesto de hecho, solamente de valoración de los elementos ya presentes en el tipo penal.

El criterio funcional defendido por CRAMER, GARCÍA ARÁN y ABANTO VÁSQUEZ, se coaduna, de cierta forma, con la posición aquí defendida, en la medida que en las leyes penales en blanco la normativa extrapenal completa el supuesto de hecho, siendo que, en los elementos normativos del tipo no ha una complementación, sino que, de cierta forma, una interpretación.

El problema es que estos autores consideran como leyes penales en blanco aquellas que se caracterizan por la remisión en bloque. Ello porque, la remisión en bloque, como ya afirmado, es inconstitucional, porque presupone que el legislador deja en manos de otra instancia el establecimiento del elemento típico como un todo.

Sin embargo, la corrección de este punto de partida puede fundamentar uno de los criterios de diferenciación entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo.

Si se admite que las leyes penales en blanco no necesitan de complementación de "todo" su supuesto de hecho, más sino de solamente "parte" del supuesto de hecho (remisión parcial), respetando el principio de

legalidad, ya sería eliminado el obstáculo de la inconstitucionalidad⁷⁶⁶.

Este raciocinio es perfectamente posible, incluso es lo único que permite la utilización de esta técnica de tipificación en un Estado Social e Democrático de Derecho, pues de contrario todas serían consideradas inconstitucionales y, por consecuencia, inaplicables.

De esta forma, la diferencia entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo, estaría en que estos, por ya presentaren todos los elementos del tipo, no necesitan de una verdadera complementación, solamente una "valoración" de los elementos contenidos en el tipo. Al contrario, la ley penal en blanco, en razón de su supuesto de hecho ser "incompleto", requiere el establecimiento de "parte" de los elementos del tipo.

En que pese, la ya presentada argumentación de parte de la doctrina⁷⁶⁷, de que la necesidad de interpretación o valoración por el Juez no puede ser factor determinante para la diferenciación, porque mismo después de completa la ley penal, todavía puede surgir problemas de interpretación para el Juez, esto no invalida el criterio de diferenciación defendido.

Es que, en estos casos, las situaciones son distintas. En los casos de los elementos normativos del tipo el Juez hace la valoración con base en los elementos ya contenidos en el tipo penal, es decir, parte de las expresiones existentes en el tipo penal, como por ejemplo "ajena". En el caso de las leyes penales en blanco, antes es necesario rellenar el vacío, el "blanco", existente en la ley penal, con la respectiva normativa extrapenal, para después, cuando el tipo estará completo como cualquier otro tipo penal cualquier, se necesario, valorarla.

⁷⁶⁶ En este sentido, como ya destacado anteriormente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa-parte general*, cit., p. 247, al abordar las especie de remisiones, advierte que "*parece innecesario, por lo demás, insistir en la conveniencia de que el legislador se sirva de remisiones los más parciales posible, en aras de un escrupuloso respeto del principio de legalidad y de sus corolarios de certeza y taxatividad*".

⁷⁶⁷ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", cit., p. 978, nota de pie 74.

En estos casos, se tiene una ley penal en blanco que, al ser completada, presenta elementos normativos del tipo, lo que puede ocurrir sin desnaturalizar su esencia. Aquí se presentan dos momentos distintos, la complementación de la ley penal y, caso necesario, la posterior valoración de los elementos normativos del tipo ya completado.

Por lo expuesto, en este trabajo, el criterio utilizado para diferenciar las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo, es que en aquellas la remisión tienen la función de complementar "parte" el supuesto de hecho y, en los elementos normativos del tipo, la remisión es a valoraciones, o sea, tienen función interpretativa.

CAPÍTULO III

CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN DEL USO DE LA LEY PENAL EN BLANCO PARA LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

En el capítulo anterior fueron fijadas algunas bases en relación a las leyes penales en blanco de fundamental importancia para el desarrollo del tema propuesto. Especialmente el concepto de ley penal en blanco, las formas de remisiones características de las leyes penales en blanco, como también las funciones de esta técnica de tipificación.

Actualmente la mayoría de la doctrina no duda de la importancia del uso de las leyes penales en blanco en algunos de los sectores que el Derecho penal moderno es llamado a regular, pues sin esta técnica legislativa la protección de determinados bienes jurídicos por el Derecho penal no sería posible⁷⁶⁸.

Sin embargo, aunque se reconozca la necesidad de utilización de las leyes penales en blanco en los ordenamientos jurídicos modernos, por las funciones que les son propias, es necesario, ante las órdenes de problemas que generan, fijar criterios para el empleo de las leyes penales en blanco, pues suelen entrar en conflicto con principios constitucionales propios del Derecho penal⁷⁶⁹.

⁷⁶⁸ En este sentido, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, cit., p. 33, afirma que "La mayor parte reconoce, como punto de partida, que la técnica del reenvío y, consiguientemente, la consagración de leyes penales en blanco es 'un mal necesario'". De la misma forma, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*, cit., p. 124, señala que "la técnica de las leyes penales en blanco puede ser indeseable, pero no puede ignorarse que es absolutamente necesaria en nuestros días".

⁷⁶⁹ Así véase DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 140.

FAKHOURI GÓMEZ⁷⁷⁰, al abordar el tema de las leyes penales en blanco en el escenario español, señala que *"pese a la indudable utilidad de esta técnica legislativa, especialmente en lo que respecta a ámbitos de regulación en constante evolución (...), la misma plantea problemas en lo que respecta a los principios de nuestro ordenamiento"*.

Para SANTANA VEGA⁷⁷¹ la admisibilidad de las leyes penales en blanco en el Derecho penal español, supone, en concreto, dos aspectos más conflictivos, el principio de legalidad y la de ser la legislación penal y penitenciaria competencia exclusiva del Estado.

En definitiva, los principios que las leyes penales en blanco pueden vulnerar son, fundamentalmente, los principios de legalidad⁷⁷² (como límite formal del *ius puniendi*), de proporcionalidad⁷⁷³ (límite material del *ius puniendi*) y, concretamente en España, el principio de la uniformidad de la legislación

⁷⁷⁰ FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. "Estructura e interpretación de la norma penal", en *Introducción al derecho penal*, Navarra, Civitas, coordinador Juan Antonio Lascurain Sánchez, 2012, p. 164. En este mismo sentido, en Alemania, TIEDEMANN, Klaus. "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas", *cit.*, p. 76, afirma que *"el contexto constitucional así caracterizado constituye, asimismo, el punto de partida de mayor calado para la formulación de críticas y reparos a la figura de la ley penal en blanco"*.

⁷⁷¹ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, *cit.*, p. 22.

⁷⁷² En este sentido, entre otros, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1988, pp. 57 y ss. MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *cit.*, pp. 507 y ss. GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, pp. 81 y ss. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, pp. 127 y ss. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio*, *cit.*, pp. 24 y ss. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*, *cit.*, p. 247. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Winfried Hassemmer y la ciencia del derecho penal", en *Revista Penal*, n. 34, julio, 2014, p. 295, señala que "(...) se utilizan instrumentos técnicos legislativos como las normas penales en blanco y conceptos normativos vagos e indeterminados, difícilmente compatibles con las estrictas exigencias que impone al Derecho penal en principio de legalidad de los delitos y las penas". ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal - parte general*, *cit.*, p. 104, destacan que "(...), pese a que en ocasiones puede ser conveniente la promulgación de leyes penales en blanco, no dejan de entrañar un serio peligro para el principio de legalidad, (...)".

⁷⁷³ Así, MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *cit.*, pp. 521 y ss. DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 139. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio*, *cit.*, pp. 25 y ss.

penal y el principio de igualdad⁷⁷⁴.

De esta manera, para la elaboración de criterios de utilización o admisibilidad de las leyes penales en blanco, deben ser analizados los principios que pueden sufrir un menoscabo con el empleo de esta técnica legislativa y las alternativas presentadas por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1. LA PROBLEMÁTICA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO ANTE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Las leyes penales en blanco presentan una significación constitucional cuando la norma que completa el supuesto de hecho es de rango inferior a las leyes penales⁷⁷⁵, generalmente leyes ordinarias o normas de rango reglamentario. Ello ocurre, no sólo por el hecho del complemento ser de rango inferior, sino porque el legislador, en algunos casos, delega a otra instancia el establecimiento del elemento típico⁷⁷⁶.

Ocurre que, en estos casos surge la discusión de la posible infracción del principio de legalidad, tanto en sus postulados formales como materiales, provocando una merma de la seguridad jurídica de los ciudadanos⁷⁷⁷. Según BACIGALUPO⁷⁷⁸, *"en ocasiones se ha sostenido que las leyes penales en blanco serían contrarias al principio de legalidad"*.

⁷⁷⁴ Véase, MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *cit.*, pp. 518 y ss. GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, pp. 93 y ss.

⁷⁷⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*, *cit.*, p. 40. En este mismo sentido, refiriéndose al principio de legalidad, MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, *cit.*, p.103. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español - parte general*, *cit.*, p. 63.

⁷⁷⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, p. 71.

⁷⁷⁷ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 128.

⁷⁷⁸ BACIGALUPO, Enrique. "Sobre seguridad jurídica y derecho penal económico", en *Revista de derecho*, Escuela de Postgrado, nº1, diciembre, 2011, p. 286.

Esta supuesta infracción del principio de legalidad, y la consecuente inconstitucionalidad, lleva a cuestionar la legitimidad de la utilización de las leyes penales en blanco. Conforme subraya MUÑOZ CONDE⁷⁷⁹ *"precisamente del principio de legalidad provienen la mayor parte de las críticas a esta técnica legislativa"*.

En este mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ⁷⁸⁰ señala que *"la técnica remisiva es una técnica bajo sospecha. Bajo sospecha de indeterminación, porque la norma calla parte de su contenido y porque no siempre resulta fácil encontrar ese resto, y bajo sospecha de ilegitimidad del agente normativo si, como sucederá casi siempre, no es el propio legislador orgánico el que completa la norma, sino otro tipo de normador."*

Para aclarar el problema planteado es necesario confrontar las exigencias del principio de legalidad con los elementos que caracterizan las leyes penales en blanco, tarea que será hecha en los apartados siguientes.

1.1. EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad surge como reacción al absolutismo, porque se constituye en una fórmula para limitar la acción del Estado⁷⁸¹, es decir, sólo será delito aquella conducta expresamente prevista como tal por el legislador,

⁷⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental*, cit., p. 32.

⁷⁸⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Sólo penas legales, precisa y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 83.

⁷⁸¹ En este sentido, HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 311, afirma que *"En él se expresa la autoconciencia de la burguesía que surge en la Ilustración frente al poder estatal, apareciendo a su luz la ley penal no sólo como Magna Charta Libertatum del delincuente, sino primeramente como Magna Charta Libertatum del ciudadano"*. También, ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, cit., p. 144, afirma que *"el principio de legalidad en su forma actual hunde sus raíces en el pensamiento de la época de la Ilustración."* En el mismo sentido, QUINTANAR DÍEZ, Manuel y ORTIZ NAVARRO, José Francisco. *Elementos de derecho penal - parte general*, cit., p. 21, en relación al principio de legalidad, enseñan que *"(...), más justamente debe encontrarse el nacimiento de este principio en el pensamiento de la Ilustración consagrándose, entrado el s. XIX, en los textos constitucionales europeos como fiel reflejo y consecuencia de la Revolución liberal burguesa de 1789"*.

manifestada por enunciados de fácil comprensión, con la finalidad de resguardar la seguridad jurídica que, al lado de la libertad, era el valor aspirado por la sociedad de la época.

Así, la manera encontrada para asegurar esos valores fue reunir el máximo de situaciones posibles y abarcarlas por leyes; entonces, en respuesta a la idea de la ley como expresión de la voluntad general, y como forma de crear este ámbito de seguridad y libertad, nació la idea de codificación. Esta forma de elaboración de leyes consistía en “*un sistema de cuerpos normativos sistemáticos, que ordenarían en un orden lógico perfecto los grandes sectores de la vida social, encuadrando ésta en un marco definitivo, cierto y seguro y tendencialmente estable*”⁷⁸². Una vez establecidas las situaciones legalmente punibles, el Estado no podría intervenir penalmente más allá de lo que permite la ley⁷⁸³.

Efectivamente, la gravedad de los medios empleados por el Estado en la represión del delito y la drástica intervención que suponen en los derechos fundamentales de la persona imponen la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo estatal y que confine su aplicación dentro de los límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes ostentan dicho poder punitivo⁷⁸⁴.

Por consiguiente, el principio de legalidad impone que la intervención penal debe estar regida por el imperio de la ley⁷⁸⁵, y representa una de las garantías más sólidas de los derechos del ciudadano frente al poder punitivo del Estado: la de exigir una ley representativa de la voluntad popular que, con carácter previo a la comisión del delito, asegure la previsibilidad no sólo de la

⁷⁸² GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Ed. Civitas, 1999, p. 32.

⁷⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 90.

⁷⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., p. 79.

⁷⁸⁵ En este sentido, QUINTANAR DÍEZ, Manuel y ORTIZ NAVARRO, José Francisco. *Elementos de derecho penal - parte general*, cit., p. 23, aclaran que “*El principio de legalidad comporta que la Ley sea la única fuente de Derecho penal*”.

existencia de la reacción penal, sino de su intensidad⁷⁸⁶.

La importancia del principio de legalidad para el Derecho penal es significativa. Para HASSEMER⁷⁸⁷, *“en él se expresa la autoconciencia de la burguesía que surge en la Ilustración frente al poder estatal, apareciendo a su luz la ley penal no sólo como Magna Charta Libertatum del delincuente, sino primeramente como Magna Charta Libertatum del ciudadano”*.

Según VIVES ANTÓN⁷⁸⁸, el principio de legalidad *“constituye la base de 'la libertad de los modernos', que descansa sobre la seguridad jurídica, esto es, sobre la posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias de los diferentes curso de acción”*.

En la obra de BECCARIA se encuentra tal principio enunciado de la siguiente forma:

*“(...) sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede justamente infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad”*⁷⁸⁹.

Hoy en día el principio de legalidad aún asume un papel relevante en el Estado de derecho. Sin embargo, en razón de los cambios ocurridos en la sociedad y por la propia estructura del Estado es común encontrar en la

⁷⁸⁶ Así, señala CUERDA RIEZU, Antonio. “Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas”, en *ADPCP*, n. 41, 1988, pp. 413 y 414, que: *“sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la doctrina penal se ha preocupado en poner de manifiesto que el ámbito de los comportamientos prohibidos debe ser menor que la zona de conductas permitidas. Y ello sencillamente porque la Constitución ha instaurado un amplio sistema de derechos y libertades cuya restricción requiere unas razones de peso. Por consiguiente, tiene preferencia la libertad del individuo en relación al poder del Estado para limitarla con sus prohibiciones”*.

⁷⁸⁷ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 311.

⁷⁸⁸ VIVES ANTÓN, Tomás. “Principios penales y dogmática penal”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, Villela Editor, año VII, n. 11, 2001, pp. 43-44.

⁷⁸⁹ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, cit., p. 74.

doctrina el apunte de una actual crisis del principio de legalidad⁷⁹⁰.

En relación al principio de legalidad en la actualidad, BACIGALUPO⁷⁹¹ ha señalado que *"hace casi tres décadas que se viene denunciando la erosión que sufre este principio y sus dificultades para imponerse de manera satisfactoria"*.

De acuerdo con FERRAJOLI⁷⁹², la crisis del principio de legalidad es formada por una triple crisis del derecho - de la legalidad, del Estado social y del Estado nacional -, que, a su vez, puede traducirse en el riesgo de una crisis de la democracia.

Así, apunta FERRAJOLI una relectura que innova la propia estructura de la legalidad y se constituye como la conquista más importante del derecho contemporáneo. Es la *"regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos"*⁷⁹³. Es decir, hay un verdadero cambio en la legalidad formal en el Estado Constitucional de Derecho, ahora condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales, sino también sustanciales. Este es el llamado "sistema garantista" propuesto por FERRAJOLI⁷⁹⁴:

⁷⁹⁰ En este sentido, MONTIEL, Juan Pablo. "prólogo", en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal - ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 22, enseña que *"el modo que los poderes públicos afrontaron la delincuencia empresarial y medioambiental, al igual que los procesos de internacionalización y europeización del Derecho penal, evidenciaron un claro relajamiento en el seguimiento de los mandatos de lex certa, lex previa, lex scripta y lex stricta"*. Según, FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris - teoría de la democracia*, 2. *Teoría de la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 359, hay un *"colapso del principio de legalidad, que constituye la garantía fundamental del derecho, previa a todas las demás"*. También, PALAZZO, Francesco. "La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la *regla iuris*", en *Revista Penal*, n. 25, 2010, p. 104, señala que *"Es casi un lugar común, el de la crisis de la ley. De aquí se llega, a la tan obvia como agobiante realidad, respecto a la crisis de la legalidad, naturalmente también en el área del Derecho Penal"*.

⁷⁹¹ BACIGALUPO, Enrique. "Sobre seguridad jurídica y derecho penal económico", en *Revista de derecho*, Escuela de Postgrado, nº1, diciembre, 2011, p. 280.

⁷⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, traducción al castellano por ANDRÉS IBÁÑEZ P. y GREPPI A., pp. 15-17.

⁷⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, *cit.*, p.19.

⁷⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, *cit.*, p. 20.

“Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica”.

Sin embargo, para que sea posible la efectividad del sistema garantista propuesto, hay que tener en cuenta qué cambios tienen que ocurrir en cuatro planos del modelo positivista básico⁷⁹⁵: en el de la teoría del derecho, a través de una revisión de la teoría de la validez, con la disociación entre validez y vigencia; en el plano de la teoría política, con el reconocimiento de una democracia sustancial; en el plano de la teoría de la interpretación y aplicación de la ley, a través de una redefinición de la función del juez, revisando las formas y condiciones de su sumisión a la ley; y, finalmente, en el plano de la metateoría del derecho, atribuyendo a la ciencia jurídica una función crítica y proyectiva en relación con su objeto, y no solamente descriptiva como propone el modelo positivista clásico.

De este modo, el principio de legalidad debe presentar cuatro consecuencias o repercusiones moldeadas en forma de prohibiciones, que son: la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), la prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)⁷⁹⁶.

De ahí, se puede afirmar que el principio de legalidad ejerce una doble función: una política, al expresar el predominio del poder legislativo frente a los demás poderes del Estado y que la transforma en garantía de seguridad

⁷⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 20.

⁷⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, cit., pp. 140-141. En este mismo sentido, POLAINO NAVARRETE. *Lecciones de derecho penal-parte general*, Tomo I, cit., pp.124-125, para quien estas consecuencias, repercusiones, principios o garantías **"no son autónomos ni independientes, sino diferentes aspectos de una misma garantía común, el principio de legalidad penal"**.

jurídica para el ciudadano, y otra técnica, al exigir del legislador la utilización de cláusulas seguras y taxativas en la formulación de los tipos penales⁷⁹⁷.

Según VIVES ANTÓN⁷⁹⁸, *“el principio de legalidad es una norma objetiva de la Constitución, que tasa las fuentes del derecho penal reduciéndolas a la ley – praevia, scripta et stricta- y, a la vez, un derecho fundamental, o sea, una garantía del ciudadano, que no puede ser castigado sino en virtud de una ley con esas características”*.

El principio de legalidad se recoge en la Constitución española de 1978 en varios preceptos legales, como son los artículos 9.3, 25.1, 53.1 y 81.1, donde se establecen limitaciones para el poder punitivo del Estado, de tal forma que su inobservancia acarrearía una lesión del principio de legalidad y la consecuente inconstitucionalidad. En Alemania, el principio *nullum crimen sine lege*, en el §1 StGB y el art. 103, II GG se expresa de esta manera *“un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”*⁷⁹⁹.

Tales limitaciones consisten en algunas garantías para los ciudadanos de las cuales en el presente trabajo cabe destacar la reserva de ley (*lex scripta*) y la garantía de taxatividad (*lex certa*), pues pueden ser violadas por las leyes penales en blanco cuando incumplidas algunas condiciones⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal – concepto y principios constitucionales*, cit., pp. 110-111.

⁷⁹⁸ VIVES ANTÓN, Tomás. “Principios penales y dogmática penal”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, Villela Editor, año VII, n. 11, 2001, p. 45.

⁷⁹⁹ Así, ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, cit., p. 137.

⁸⁰⁰ En este sentido, DEMETRIO CRESPO, Eduardo; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina y OTROS. *Curso de derecho penal-parte general*, cit., p. 53, afirman, en relación a las leyes penales en blanco, que *“esta técnica, además de afectar al mandato de la reserva de Ley en la definición de lo punible, por delegar en instancias administrativas parte de la tarea, puede afectar al mandato de determinación”*.

1.1.1. Reserva de ley (*lex scripta*) y ley penal en blanco

Por la garantía de la reserva de ley se asigna al poder legislativo la potestad para la definición de los delitos y de las penas, atendiendo el esquema de la división de poderes⁸⁰¹. Se constituye en una garantía formal contenida en el principio de legalidad, por la cual se asegura los derechos frente a la acción reglamentaria del Gobierno, protección ésta derivada del diferente grado de representatividad del legislador y del Gobierno, y también de las muy sustanciales diferencias entre sus respectivas formas de legislar⁸⁰².

De este modo, la reserva de ley tiene un doble fundamento. Por una parte, supone una garantía de legitimación democrática ya que, de acuerdo con los principios de la división de poderes, otorga sólo al Parlamento, como representante de la voluntad popular, la potestad de definir las conductas constitutivas de delito, las penas aplicables y el establecimiento de las líneas directrices de su aplicación y ejecución⁸⁰³. Por otra parte, supone una garantía de seguridad para el ciudadano, al poder conocer éste con antelación cuáles son las conductas prohibidas y cuáles las sanciones aplicables, evitando toda posible arbitrariedad del poder punitivo estatal⁸⁰⁴. El principio de legalidad es, en este sentido, plasmación del carácter de control social formalizado que ostenta el Derecho penal.

Como hemos puesto de manifiesto en el capítulo anterior, el establecimiento de las conductas delictivas y de sus correspondientes sanciones constituye el instrumento más duro y coercitivo del control social; y es evidente que la sanción penal implica la mayor vulneración de los derechos que el Estado puede infligir a un individuo. Por todo ello, ante la gravedad de las consecuencias y la importancia de los derechos que se ven involucrados y

⁸⁰¹ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 94.

⁸⁰² BLANCO VALDÉS, Roberto L. *La constitución de 1978*, Madrid, Ed. Alianza, 2003, p. 298.

⁸⁰³ En este sentido, LAMARCA PÉREZ, Carmen. “Principio de legalidad”, cit., pp. 157-158.

⁸⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., pp. 83 y ss.

afectados, la “reserva de ley” no se satisface en esta materia con el mero uso de leyes ordinarias, sino que exige el recurso y la utilización de leyes orgánicas⁸⁰⁵.

Sin embargo, la utilización de leyes penales en blanco puede suponer una merma de la garantía de reserva de ley, cuando la remisión es para leyes ordinarias o norma de rango reglamentario, vez que estas instancias carecen de la competencia exigida por la Constitución⁸⁰⁶.

En este sentido, señala MUÑOZ CONDE⁸⁰⁷ que *"la norma penal en blanco supone muchas veces una infracción del principio de legalidad y del de la división de poderes estatales que le sirve de base, al permitir que el carácter delictivo de una conducta pueda ser determinado por una autoridad que, constitucionalmente, no está legitimada para ello"*

La remisión a una ley ordinaria, para algunos autores⁸⁰⁸, no plantea mayores problemas en relación a la reserva de ley, pues la procedencia de la ley extrapenal aún es el Parlamento. La cuestión de legitimidad surge cuando el reenvío es a otra norma que no tiene carácter de ley formal, es decir, un reglamento, vez que ha una participación del Poder Ejecutivo en la

⁸⁰⁵ Entre otras razones, como puede ser la necesidad de regular la posible afección de determinados derechos mediante ley orgánica, porque ésta otorga más garantías formales en el proceso de tramitación y, lo que es más importante, garantiza un amplio consenso (al existir mayoría cualificada para su aprobación) en torno a las conductas que deben ser prohibidas penalmente, consenso imprescindible en un Estado social y democrático de Derecho en materia penal; en este mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 103; y VIVES ANTON, Tomás S. “Ley y derechos fundamentales – acerca del principio de culpabilidad en materia penal”, en *Constitución y derecho público – estudios en homenaje a Santiago Varela*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995, pp. 508, afirma que: *“para incriminar una conducta como delito, para someterla a una pena grave, es necesario, entre otros requisitos, el que sea objeto de una reprobación social muy amplia, y cuanto más amplia mejor. Y ese requisito es perfectamente coherente con la exigencia de mayoría absoluta establecida en el art. 81.2 CE”*.

⁸⁰⁶ Así, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco, cit.*, p. 133.

⁸⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal, cit.*, p. 20.

⁸⁰⁸ En este sentido, HUERTA TOCILDO, Susana. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, en *El principio de legalidad – Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 22.

configuración del delito.

Conforme afirma MIR PUIG⁸⁰⁹, el principio de legalidad "*reserva al Parlamento la aprobación de normas penales y plantea, por tanto, la cuestión de **constitucionalidad** de las leyes penales en blanco en sentido estricto-. Pues bien, este significado político es ajeno a las modalidades que añadió Mezger, que constituyen - estás sí - un mero expediente técnico*".

No obstante, cuando la ley penal remite a una ley ordinaria, está completando el "vacío", el "blanco", con una ley de rango inferior a la exigida para la regulación de la materia penal y que, por consiguiente, queda excluida como fuente del Derecho penal, frente a la adopción de la reserva absoluta de ley orgánica⁸¹⁰.

La exigencia de reserva absoluta de ley orgánica es plenamente adecuada con los fundamentos de la ley orgánica y del principio de legalidad. Esto porque, el principio de legalidad supone que sólo el legislador puede determinar los delitos y las penas, entonces debe hacerlo mediante la fuente "*subconstitucional*" que más se aproxime al pacto social, a la democracia constitucional, y esta fuente no es otra que la ley orgánica, la única que constitucionalmente necesita mayoría absoluta en el congreso para su aprobación⁸¹¹.

En este mismo sentido, MESTRE DELGADO⁸¹² enseña que:

⁸⁰⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general, cit.*, p. 67.

⁸¹⁰ En este sentido, ARROYO ZAPATER. Luis. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 3, núm. 8, mayo-agosto 1983, p. 36, enseña que: "*De la calificación de la materia penal como reserva de ley orgánica se deriva la exclusión como fuentes de Derecho penal de toda otra fuente legislativa que no sea orgánica y, como mayores, razones, de las fuentes del derecho no legislativa.*".

⁸¹¹ Así, RUIZ ROBLEDO, Agustín. *El derecho fundamental a la legalidad punitiva, cit.*, p. 129.

⁸¹² MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *cit.*, p. 510.

"El fundamento democrático de la reserva de Ley Orgánica en materia penal se desprende de un argumento histórico-político similar, ya que la única garantía, en la sociedad española contemporánea, de la conformidad ciudadana con la criminalización de determinadas conductas es la aprobación de las normas por la mayoría de sus representantes parlamentarios, pero ello siempre que se haya tenido en cuenta la opinión de las minorías. Para ello, la Ley penal ha de ser elaborada a través de un procedimiento parlamentario especial, en el que se busca la máxima representación posible de los representantes populares, garantizando la intervención institucionalizada de fuerzas políticas minoritarias."

Además, conforme destaca LAMARCA PÉREZ⁸¹³, *"en la actualidad todas las leyes penales han tenido finalmente carácter de orgánicas"*, lo que demuestra que el propio legislador entiende necesario utilizar la ley orgánica en materia penal.

De esta forma, aunque proceda de la misma fuente (Parlamento), las remisiones a las leyes ordinarias suponen una vulneración de la reserva de ley⁸¹⁴, vez que el procedimiento para la elaboración de esta clase de ley es distinto, no exigiendo mayoría absoluta para su aprobación.

DOVAL PAIS⁸¹⁵ va mas allá de la cuestión procedimental o meramente formal, defendiendo que:

"la elusión de los cauces previstos para la emanación de la materia penal conlleva no sólo la mera vulneración de la formal reserva de ley orgánica, sino que comporta inmediatamente un ataque a las razones materiales que existen para reservar, concretamente a esa forma de regulación -y no a otra- dicha materia. Estas razones son los derechos fundamentales de los ciudadanos que son afectados, de uno u otro modo pero siempre del modo más agudo y traumático que cabe concebir en el ordenamiento jurídico, por las normas penales."

⁸¹³ LAMARCA PÉREZ, Carmen. "Principio de legalidad", *cit.*, p. 159.

⁸¹⁴ En este mismo sentido, SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, *cit.*, p. 26, destaca que: *"Partiendo de la necesidad de ley orgánica para regular la materia penal, la remisión a leyes ordinarias para completar el sentido de un tipo penal plantea problemas con relación a la reserva de ley - orgánica- pero dicha remisión se mantiene, al menos, dentro del Poder Legislativo."*

⁸¹⁵ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 134.

Ahora bien, aunque la remisión a las leyes ordinarias generen problemas ante el principio de legalidad, las mayores críticas a las leyes penales en blanco se han concentrado cuando se produce una remisión a disposiciones contenidas en normas de rango, fundamentalmente, reglamentarios⁸¹⁶. Esto porque, a través de la remisión a los reglamentos, las leyes penales en blanco *"constituyen en el fondo la única manera indirecta de legislar penalmente que tiene el Ejecutivo"*⁸¹⁷.

En este sentido, señala MUÑOZ CONDE⁸¹⁸ que *"lo verdaderamente peligroso para la seguridad jurídica y para las garantías de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal es que se conceda a la autoridad política o administrativa, a través de la remisión a las órdenes o reglamentos que se hacen en las normas penales en blanco, la facultad de determinar el ámbito de prohibición penal"*.

También, para FERRERES COMELLA⁸¹⁹ *"si, por razones democráticas, queremos que el Parlamento regule una determinada materia y se responsabilice de sus decisiones ante el electorado, no es admisible que el Parlamento abdique de su función y encomiende a otros órganos la regulación de esa materia"*.

Además, hoy en España, la acepción del principio de legalidad como

⁸¹⁶ En este sentido, GOITE PIERRE, Mayda y ALARCÓN BORGES, Ramón. "La utilización de las norma penales en blanco en el enfrentamiento a la criminalidad organizada contemporánea", en *Temas de derecho y proceso penal*, Barcelona, Editorial vlex, 2013, p. 34. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. "Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y del derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente", en *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, n 7, 2003, p. 165.

⁸¹⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. "El principio de 'certeza' en las leyes penales en blanco", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año V, n. 9, pp. 14-15.

⁸¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., p. 23. En el mismo sentido, RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 61, ya afirmaba que *"el legislador penal no deberá hacer uso de la técnica del reenvío, remitiendo, en definitiva, a la decisión del Poder judicial o del Poder ejecutivo los límites de lo punible. En caso contrario, se vulnera la reserva de ley que el principio nullum crimen, nulla poena entraña, y se quebranta el principio de la división de poderes, clave del Estado de Derecho"*.

⁸¹⁹ FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia - una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002, p. 28.

equivalente a reserva de ley no resulta problemática o discutida. En este sentido, MADRID CONDESA⁸²⁰ asevera que *"se puede afirmar que la Constitución española recoge una reserva absoluta de ley para materia penal"*.

De esta manera, si el Legislativo viene obligado por la reserva de ley esto significa que no puede abdicar de su competencia normativa, delegando en otras fuentes la regulación de las materias reservadas⁸²¹. Es decir, no puede delegar a otras fuentes la materia penal.

Conforme aclara MESTRE DELGADO⁸²² *"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"*.

Hasta porque, según señala BOIX REIG⁸²³, el Derecho penal es el *"conjunto normativo en el que los derechos y libertades de los ciudadanos pueden restringirse más gravemente"*. Luego, *"sólo el poder legislativo, representando la soberanía popular, puede establecer estas normas, sin que quepa resquicio alguno en orden a deferir esta función al poder ejecutivo o, en su caso, al judicial"*.

En este sentido, sostiene TERRADILLOS BASOCO⁸²⁴, que *"la reserva de ley exigida constitucionalmente queda devaluada cuando la desidia del legislador le ha llevado a dejar en manos de la Administración importantes aspectos de la definición penal"*.

⁸²⁰ MADRID CONDESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*, cit., p. 54.

⁸²¹ En este sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Garantismo y derecho penal*, cit., p. 102.

⁸²² MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", cit., p. 510.

⁸²³ BOIX REIG, Javier. "El principio de legalidad en la constitución", cit., pp. 54-55.

⁸²⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *La constitución penal. Los derechos de la libertad*, en portal.uclm.es/descargas/idp-docs/doctrinas/terrardillos-constitucionpenal.pdf, consultado en 08-06-2015, p. 12.

Por esta razón, el empleo de la técnica de las leyes penales en blanco, especialmente, las remisiones a reglamentos pueden representar una contradicción con la reserva de ley⁸²⁵, pues, en alguna medida, la definición de los hechos punibles dependería de decisiones no legislativas.

1.1.2. Taxatividad (*lex certa*) y ley penal en blanco

Además de la garantía formal, contribuyendo a reforzar e intensificar desde fuera la exigencia de precisión inherente a la reserva de ley⁸²⁶, integra el principio de legalidad la garantía material, representada por el principio de taxatividad o de determinación.

Conforme señala PALAZZO⁸²⁷, *"el principio de determinación comparte con la reserva de ley, la aspiración y el fundamento democrático, en la medida en la que concurre tener concretada en la Ley, la producción de la regula iuris y en la medida - históricamente relativa y mutable - en la que la ley sea expresión de la voluntad democrática y por el contrario el juez sea privado de legitimación democrática"*.

A través del principio de taxatividad se concreta la exigencia de que el legislador haga la ley de forma clara y concreta, evitando el abuso de conceptos vagos e indeterminados⁸²⁸. Lo contrario caracterizaría una manifiesta infracción del principio de seguridad jurídica, también consagrado en

⁸²⁵ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*, cit., pp. 52-53.

⁸²⁶ FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia - una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002, p. 28.

⁸²⁷ PALAZZO, Francesco. "La legalidad y la determinación de la ley penal-el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la *regla iuris*", en *Revista Penal*, nº 25, enero, 2010, p. 106.

⁸²⁸ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 96. Para URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. "El principio de legalidad penal: ¿Un mandato para el legislador sin implicaciones para los intérpretes?", en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal - ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 174, *"La precisión de la fórmula legal (lex certa) es un elemento básico del principio de legalidad penal, que por muy buenas razones es la piedra bascular del Derecho penal moderno"*.

la Constitución, ya que la claridad de las normas es una exigencia de este principio⁸²⁹.

Es decir, el principio de taxatividad se concreta en la exigencia de que la ley que contemple la conducta delictiva ofrezca un mínimo de concreción y detalle que permita la subsunción precisa de los hechos en la norma, tratando de evitar, de este modo, la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, dado que únicamente con la exigencia de determinación puede impedirse que el principio de legalidad y las garantías de seguridad y legitimación democrática a él implícitas resulten vacías de contenido⁸³⁰.

En este sentido, SILVA SÁNCHEZ⁸³¹ ha destacado que:

"(...): leyes con conceptos vagos o porosos, con términos de fuerte contenido valorativo, con cláusulas generales, que de modo implícito conllevan una renuncia del legislador a su misión de definición de los comportamientos punibles y una remisión al juez para que proceda tal labor. Apenas es necesario subrayar la vulneración del principio de división de poderes y la supresión de la importantísima barrera entre instancias creativas y aplicativas del Derecho que ello puede suponer".

En Derecho penal hay una especial exigencia de determinación de las leyes y, por consecuencia, de taxatividad. Ello ocurre debido a la mayor gravedad de las consecuencias en esta materia⁸³². Como señala VIVES

⁸²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*, 2ª. edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1994, pp. 30-33.

⁸³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 257, entiende que con la transgresión del mandato de certeza "se corre el riesgo de que la intervención y la medida de la misma queden en manos del juez, vulnerándose el contrato social, y, con ello, las bases fundamentales de la convivencia en sociedades democráticas". En este mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de derecho penal - parte general*, 3 edición, Madrid, Tecnos, 2015, p. 50, advierten que "la ley penal debe ser lo suficientemente precisa en su formulación como para que no se vacíe de contenido el principio de legalidad".

⁸³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 406.

⁸³² En este sentido, URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. "El principio de legalidad penal: ¿Un mandato para el legislador sin implicaciones para los intérpretes?", en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal - ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 177.

ANTÓN⁸³³, *"las exigencias de seguridad jurídica en materia penal son especialmente fuertes, dada la tremenda incidencia que el proceso penal y la pena criminal tienen en lo que en el siglo XIX se llamaba <<sagrado de los derechos individuales>>"*.

Así, el principio de taxatividad supone que las leyes penales sean claras y precisas, y que prescindan de apelaciones a conceptos vagos y/o indeterminados⁸³⁴. Se trata de un mandato de taxatividad o de determinación dirigido al legislador penal.⁸³⁵

En palabras de ALCÁCER GUIRAO⁸³⁶, *"la garantía de taxatividad o de lex certa exige que la conducta prohibida sea definida en la ley con la mayor concreción posible; es, por tanto, un mandato dirigido al legislador"*.

MIR PUIG⁸³⁷ aclara que el aspecto material del principio de legalidad *"trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas"*.

Además, conforme destaca BACIGALUPO⁸³⁸, el principio de determinación debe conectarse con la exigencia de *lex previa*, a fin de evitar

⁸³³ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Comentario al Código Penal de 1995*, volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 45.

⁸³⁴ Véase en este sentido, BORJA JIMENEZ, Emiliano. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: estado actual de un debate permanente*, en *Revista General de Derecho*, año XLIX, núm. 585, Valencia, junio, 1993, p. 5700. También, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Garantismo y derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011. p. 104 y ss.

⁸³⁵ ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. *Lecciones de derecho penal-parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 68.

⁸³⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco - consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio", *cit.*, p. 24. En este mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004, p. 75.

⁸³⁷ MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011, p. 74.

⁸³⁸ 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. 71.

que la definición de la conducta se quede en las manos del Juez, *"pues resulta evidente que una determinación del contenido de la ilicitud por parte del juez indica que la ley, en el sentido de ley de contenido determinado, no 'existió' hasta el momento de su concreción judicial y, por ello, sería conceptualmente difícil considerarla como una ley previa"*.

No obstante, es necesario señalar que con la exigencia de ley estricta no se pretende que el legislador enuncie casuísticamente todos y cada uno de los posibles supuestos subsumibles en la norma. Esta pretensión, en primer lugar, sería una tarea impropia del legislador y, en segundo lugar, resultaría una tarea no sólo estéril, sino inabarcable, ante la imposibilidad misma de agotar en la descripción típica la extensión con la que los hechos pueden presentarse en la realidad⁸³⁹.

De ahí que, el mandato de determinación no puede concebirse en el sentido de exigir una absoluta determinación por ser inalcanzable, vez que los propios límites impuestos por el lenguaje *"impiden configurar a las leyes como si de fórmulas matemáticas se tratara"*⁸⁴⁰.

De este modo, lo fundamental, en relación al principio de taxatividad, es que *"la formulación de las propias leyes ofrezca al ciudadano la posibilidad de conocer las facultades de intervención del Estado que de aquéllas resultan."*⁸⁴¹

⁸³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., p. 95. También, MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona, Ed. Bosch, 1976, pp. 145 y ss.

⁸⁴⁰ Entre otros, NAVARRO FRÍAS, Irene. *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, Comares, 2010, p.72. 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. 43, para quien *"una precisión absoluta es inalcanzable"*.

⁸⁴¹ SÜB, Franck. "El trato actual del mandato de determinación", en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 2000, traducción al castellano por David Felip i Saborit, p. 225. También, URQUIZO OLAECHEA, José. "Principio de determinación de la ley penal", en ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE (DIR). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1344, aclara que *"La lex certa es lo óptimo, pero si no se logra, queda sólo exigir un máximo de taxatividad posible con el objetivo de que logre la mayor seguridad jurídica"*.

Sin embargo, la seguridad jurídica que implica el mandato de determinación entra en crisis con el moderno Derecho penal, pues la tendencia del legislador moderno es expresarse de forma poco clara. Aún, las técnicas de tipificación moderna, de entre las cuales están las leyes penales en blanco, evidencian la disociación del Derecho penal a la exigencia de *lex certa*.

Así que, en el caso de la ley penal en blanco, aquí considerada aquella cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una ley extrapenal o por una norma de rango inferior, se plantea la cuestión de su inconstitucionalidad por violación del principio de taxatividad.

Esto porque, en esta técnica legislativa, el supuesto de hecho de la ley penal no contiene todos los elementos típicos⁸⁴² y, por consiguiente, el destinatario de la norma no podría conocer qué conducta constituiría delito⁸⁴³.

En este sentido, DOVAL PAIS⁸⁴⁴ ha señalado que:

"La *desmembración* de la norma penal que comporta la técnica de la ley penal en blanco plantea, en primer lugar, el problema de la indeterminación -en sede penal- de aspectos *relativos* a la conducta prohibida, que pugna con la *imperiosa* exigencia de su predeterminación. Aunque con razón se ha entendido que la determinación de la ley penal constituye, sobre todo, una garantía de la vinculación del juez a la ley, a mi modo de ver en el caso de las leyes en blanco la indeterminación se ha de relacionar más con la dificultad de conocimiento por los ciudadanos de aquello que se encuentra prohibido por el ordenamiento, que no se alcanza con la sola lectura del texto de la ley penal (y, en ocasiones, tampoco mediante la integración del blanco legal).

⁸⁴² Conforme aclara CÓRDOBA RODA, Juan. "Consideraciones sobre el principio de legalidad", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, p. 240, en relación a la ley penal en blanco, "*hay que entender que la conducta no se encuentra agotadoramente prevista en las normas penales siempre que haya que acudir a una norma distinta a la penal para definir el ámbito de la correspondiente conducta típica*".

⁸⁴³ En este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. "Hacia un nuevo derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del 'delito económico'", en *Revista Penal*, nº 21, enero-2008, p. 5. También, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Sólo penas legales, precisa y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2009, p. 83, ha destacado que "*la técnica remisiva es una técnica bajo sospecha. Bajo sospecha de indeterminación, porque la norma calla parte de su contenido y porque no siempre resulta fácil encontrar ese resto, (...)*".

⁸⁴⁴ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., pp. 129-130.

Siendo, así, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas una garantía también de la certeza de los ciudadanos sobre las conductas que constituyen una infracción, su inconcreción en la ley penal afectará inmediatamente a la seguridad jurídica."

Además, como señala MUÑOZ CONDE⁸⁴⁵, la remisión del presupuesto de hecho a otros sectores, con frecuencia desconocidos o más difíciles de conocer, dificulta la labor del penalista, pudiendo implicar grave riesgo para la certeza y seguridad jurídica.

También, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁸⁴⁶ ha destacado que las leyes penales en blanco pueden suscitar serios reparos, pues *"la remisión a disposiciones extrapenales, con frecuencia de rango reglamentario, no facilita precisamente al ciudadano el necesario conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, dado que la materia de prohibición no se delimita con exhaustividad en la propia ley"*.

De ahí que, FERRERES COMELLA⁸⁴⁷ defiende que el principio de taxatividad, en el caso de las remisiones, impone la exigencia de precisión más allá de la ley, afirmando que:

"(...), supongamos que una ley remite al reglamento como norma de complemento. Puede ocurrir que la ley sea suficientemente precisa a los efectos de satisfacer la reserva de ley y que el reglamento, en cambio, sea demasiado impreciso. En esta hipótesis, la reserva de ley ha quedado satisfecha, pero no así el principio de taxatividad, que se proyecta sobre las dos disposiciones en juego (la ley y el reglamento)."

De esta forma, para que sea satisfecha la exigencia de *lex certa*, en los casos de las leyes penales en blanco, es necesario que la ley penal y su complemento (ley extrapenal o reglamento) sean suficientemente claros y precisos. Hasta porque, conforme ha afirmado MEZGER⁸⁴⁸, *"el necesario*

⁸⁴⁵ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., p. 20.

⁸⁴⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen I, cit., p. 411.

⁸⁴⁷ FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia - una perspectiva constitucional*, cit., p. 29.

⁸⁴⁸ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, cit., p. 354.

'complemento' es siempre parte integrante del tipo".

Además, hay acuerdo en la doctrina, que la ley penal en blanco, una vez completada, es tan ley penal como cualquier otra, pues cumple exactamente las mismas funciones que en los casos de las leyes penales llamadas "completas"⁸⁴⁹.

En razón de estos problemas que las leyes penales en blanco pueden generar, en relación a la exigencia de *lex certa* y reserva de ley, es necesario analizar las posiciones de la doctrina, bien cómo del Tribunal Constitucional español.

1.2. POSICIONES DE LA DOCTRINA

En la doctrina pueden diferenciarse algunas posiciones con respecto a la compatibilidad de las leyes penales en blanco con las, ya destacadas, exigencias del principio de legalidad, que han oscilado, fundamentalmente, entre los que sostienen su inadecuación constitucional y quienes se inclinan por su admisibilidad jurídica⁸⁵⁰.

En primer lugar, hay los que son contra a la utilización de la técnica de las leyes penales en blanco, pues entienden que, en general, contrarían el principio de legalidad y la seguridad jurídica.⁸⁵¹

⁸⁴⁹ En este sentido, MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, cit., p. 354. También, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., p. 20. Según, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general*, cit., p. 118, "El tipo de la ley penal en blanco se configura íntegramente por la norma complementaria (...)".

⁸⁵⁰ Véase MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", cit., p. 516.

⁸⁵¹ En este sentido, COBO DEL ROSAL, Manuel y BOIX REIG, Javier. "Garantías constitucionales del derecho sancionador", en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Madrid, 1982, p. 200. También, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. *derecho penal – parte general*, 5 edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 150.

Esta posición, sostenida por una minoría⁸⁵² para quien la reserva absoluta de Ley orgánica impide la remisión normativa, por ser contraria a la constitución, vez que esta técnica legislativa permite que el Poder Ejecutivo regule materia penal.

Así, toda y cualquier ley penal en blanco es contraria al principio de legalidad, debiendo ser considerada inconstitucional. Sin embargo, los adeptos de esta posición, según ha destacado CURY⁸⁵³, *"se ven obligados a conceder que las leyes penales en blanco siguen existiendo y aplicándose por la jurisprudencia, a causa de que en muchos casos no es posible prescindir de ellas por completo"*.

Otra posición a ser considerada, está representada por los autores que, empero no rechacen la técnica de la ley penal en blanco de manera global, son contrario a determinadas especies de remisiones.

En este sentido, GARCÍA ARÁN⁸⁵⁴, aunque defienda la corrección de la utilización de las remisiones interpretativas, afirma que *"todas las remisiones en bloque lesionan el contenido material de la reserva de ley y deberían, en mi opinión, considerarse inconstitucionales"*.

De la misma manera, MESTRE DELGADO⁸⁵⁵, partiendo de la indudable posibilidad constitucional de efectuar remisiones en materia penal a la norma reglamentaria, defiende que *"el problema de los tipos penales en blanco debe enfocarse, para determinar en cada caso, su admisibilidad o*

⁸⁵² COBO DEL ROSAL, Manuel y BOIX REIG, Javier. "Garantías constitucionales del derecho sancionador", *cit.*, p. 200. El mismo en, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. *derecho penal – parte general, cit.*, 1999, p. 150.

⁸⁵³ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco, cit.*, p.35.

⁸⁵⁴ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, p. 90.

⁸⁵⁵ MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *cit.*, pp. 517-523. En este mismo sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen I, *cit.*, p. 418, afirma que *"es imprescindible un análisis pormenorizado de esta problemática al hilo del Derecho positivo, sin generalizar, porque no todas las remisiones a normas reglamentarias merecen el mismo juicio"*.

inadmisibilidad constitucional, desde la perspectiva de los límites materiales de la reserva de Ley". Concluyendo que las *remisiones generales* deben ser consideradas inconstitucionales, por vulneración de los límites materiales de la reserva de ley.

Sin embargo, el planteamiento defendido por la mayoría de los autores es el de la aceptación de las leyes penales en blanco, entendiendo que con algunos requisitos estas leyes pueden ser aceptables desde el punto de vista constitucional⁸⁵⁶.

JESCHECK⁸⁵⁷ defiende que las leyes penales en blanco han de ser admitidas, mismo cuando se remiten a disposiciones desconocidas de otros organismos. Sin embargo, señala que:

"si la norma que complementa al precepto en blanco es un reglamento, de acuerdo con el art. 103 II GG la autorización para la conminación penal debe estar expresada inequívocamente y, de este modo, el contenido, finalidad y alcance de la autorización, descrita de modo tan exacto que el ciudadano pueda tomar los presupuestos de la punibilidad y la clase de pena de la ley misma; de lo contrario, el principio de la determinación 'legal' del delito y la pena no sería respetado".

También TIEDMANN⁸⁵⁸, después de mencionar la jurisprudencia del BVerfG y BGH, ha afirmado que *"debe ser el propio legislador quien tome la decisión última sobre el posible contenido de la norma de comportamiento"*. De lo contrario, cuando el legislador deja plena libertad a la Administración para establecer obligaciones de comportamiento, *"el correspondiente tipo penal o contravencional deviene inconstitucional por vulnerar el art. 103 II o el art. 104 I, primer inciso de la GG"*.

⁸⁵⁶ En este sentido, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 141.

⁸⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general*, cit., p. 118.

⁸⁵⁸ TIEDEMANN, Klaus. "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas", cit., p. 77.

Por fin, TIEDMANN⁸⁵⁹ concluye que *"existe hoy acuerdo sustancial en que las disposiciones jurídicas extrapenales tomadas como objeto de remisión deben ser contempladas como parte integrante del tipo penal o contravencional, de modo que tienen que ajustarse a lo dispuesto en el art. 103 II de la GG, y en particular someterse a la prohibición de analogía"*.

En la doctrina española hay variadas posturas en relación a los criterios y/o requisitos para la aceptación del empleo de la técnica de las leyes penales en blanco.

Inicialmente, es necesario señalar que la utilización de las leyes penales en blanco, aunque generen problemas, es imprescindible en ciertas materias⁸⁶⁰. Por esto, conforme afirma MUÑOZ CONDE⁸⁶¹, *"sólo cuando existan razones técnicas y políticocriminales muy precisas y evidentes puede recurrirse a este procedimiento. Pero aún en este último caso debe procederse con sumo cuidado"*.

También, para ARROYO ZAPATERO⁸⁶² el empleo de la técnica de la ley penal en blanco, cuando la remisión es a una fuente secundaria, *"resulta admisible cuando es resultado de la necesidad y no de la mera conveniencia"*.

⁸⁵⁹ TIEDEMANN, Klaus. "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas", *cit.*, p. 77.

⁸⁶⁰ Así, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal – concepto y principios constitucionales*, *cit.*, p. 124, afirma que *"la técnica de las leyes penales en blanco puede ser indeseable, pero no puede ignorarse que es absolutamente necesaria en nuestros días"*. Véase, también, MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental*, *cit.*, p. 82.

⁸⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, *cit.*, pp. 22-23. Así también, GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal-introducción al derecho penal*, Tomo I, *cit.*, p. 82. También, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el derecho penal - reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, *cit.*, p. 81 advierte que *"las cautelas y límites son muy importantes"*.

⁸⁶² ARROYO ZAPATER. Luis. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, *cit.*, p. 34. En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, p. 103, afirma que *"rechazadas las remisiones inconstitucionales, hay que reconocer en cambio, que la utilización de elementos normativos y de remisiones correctas, se impone cada vez más como una necesidad legislativa"*.

En este mismo sentido, LUZÓN PEÑA⁸⁶³ defiende que "la remisión a reglamentos (o a leyes ordinarias extrapenales) ha de ser **estrictamente necesaria técnicamente** por razón de la materia para acabar de precisar y delimitar el ámbito de lo prohibido y lo permitido, y no basta con que sea simplemente conveniente, adecuado, que permita una mayor flexibilidad en la descripción, etc."

De esta manera, el recurso a la técnica de las leyes penales en blanco debe ser utilizado de forma excepcional, como señala CEREZO MIR⁸⁶⁴, "sólo es aceptable cuando sea necesaria por razones de técnica legislativa (por resultar en otro caso la regulación legal excesivamente casuística y farragosa), o por el carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de la regulación".

CÓRDOBA RODA⁸⁶⁵, al señalar los requisitos para la admisibilidad de las leyes penales en blanco, también destaca que la naturaleza del bien jurídico protegido debe hacer necesario el reenvío normativo, citando como ejemplos delitos contra la hacienda pública y el medio ambiente.

Ya, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE⁸⁶⁶, no sólo

⁸⁶³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general*, cit., p. 62. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal-parte general*, I, cit., p. 151.

⁸⁶⁴ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*, Tomo I, cit., p. 156. En este mismo sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ GUITIÉRREZ, Pablo. "Principio de legalidad penal y normas de los territorios históricos", cit., pp. 92-93.

⁸⁶⁵ CÓRDOBA RODA, Juan. "Consideraciones sobre el principio de legalidad", cit., p. 241. También, en este mismo sentido, MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro", en VALLE MUÑIZ, José Manuel (COORD). *La protección jurídica del medio ambiente*, Navarra, Aranzadi, 1997, p. 233, afirma que "(...), la formulación típica del delito contra el medio ambiente parece reclamar el reenvío propio de las leyes penales en blanco, como técnica de integración normativa del Derecho penal en el modelo institucional de medio ambiente". BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. "Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y del derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente", en *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, n 7, 2003, pp. 166-167.

⁸⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal – parte general*, cit., p. 107. Véase también, BACIGALUPO, Enrique. "La instrumentalización técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", en BACIGALUPO, Enrique. *Teoría y práctica del derecho penal*, tomo II, Madrid, Marcial Pons,

aceptan el empleo de la técnica de la ley penal en blanco en determinadas materias, como entiende recomendable su utilización. Según estos autores:

"Lo cierto es que, aceptando los riesgos que representa la ley penal en blanco desde el punto de vista garantista, determinadas materias, por su propia naturaleza, no pueden ser abarcadas totalmente dentro de un tipo penal y resulta indispensable la remisión a otra norma que puede ser inferior. Un reglamento, por ejemplo. Se trata de materias que requieren de gran flexibilidad y dinamismo y son de gran complejidad. Esto hace que el tipo penal no pueda abarcarlas con la precisión debida. Por tanto, no aparecería en sí contradictoria esta técnica legislativa con la constitucionalidad de la ley penal. Incluso podría ser recomendable dentro de una adecuada técnica legislativa."

Aquí se puede identificar un requisito o límite impuesto por la doctrina española para la utilización de las leyes penales en blanco, cual sea, la necesidad en razón de la materia (o bien jurídico) a ser regulada por el Derecho penal⁸⁶⁷.

En este sentido, SANTANA VEGA⁸⁶⁸ indica que *"es minoritaria la posición de quienes cuestionan la necesidad de las leyes penales en blanco y la evitabilidad de la remisión a reglamentos"*. Hasta porque, conforme señala MUÑOZ CONDE⁸⁶⁹, *"la utilización de leyes penales en blanco es imprescindible en ciertas materias"*.

Además de la necesidad en razón de la materia o bien jurídico protegido, CASABO RUIZ⁸⁷⁰, defiende que la constitucionalidad de las leyes

2009, p. 1317, para quien recurrir a los llamados tipos penales en blanco, en Derecho penal del medio ambiente, *"resulta constitucionalmente inobjetable, (...)"*

⁸⁶⁷ En este sentido, RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 62, ha señalado que *"fuera de los casos que la propia naturaleza de las cosas impone semejante técnica legislativa, el principio de legalidad prohíbe reenviar al Poder judicial o ejecutivo el trazado de las fronteras de lo punible"*.

⁸⁶⁸ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco, cit.*, p. 41.

⁸⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental, cit.*, p.82. En este mismo sentido, GERPE LANDÍN, Manuel. "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal", *cit.*, p. 700, afirma que parece indiscutible que la criminalización de ciertas conductas que afecten determinados bienes jurídicos requieran el complemento del reglamento.

⁸⁷⁰ Así, CASABO RUIZ, José R. "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente", *cit.*, p. 260, para quien *"Posiblemente esta idea pueda ser la solución para el muy difícil tema de la reserva absoluta en materia penal"*.

penales en blanco dependería de la presencia del bien jurídico protegido, que debe venir fijado enteramente por la ley penal, quedando a las disposiciones inferiores sólo un papel meramente técnico y ejecutivo.

Sin embargo, para un sector de la doctrina, no basta que en la ley penal en blanco el bien jurídico protegido venga enteramente fijado⁸⁷¹, para su admisibilidad o compatibilidad con las exigencias del principio de legalidad es necesario ir adelante.

Así que, más allá de la presencia del bien jurídico, ARROYO ZAPATERO⁸⁷², siguiendo a BRICOLA, adopta como uno de los criterios para la admisibilidad de la ley penal en blanco, cuando el reenvío es para un reglamento, que la ley penal indique por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la ley pretende imponer, relegando al reglamento sólo la enunciación técnica detallada y la puesta al día de los hechos y objetos que presentan tal significado de desvalor.

En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ⁸⁷³ afirma que *"se trataría, en suma, de garantizar el carácter complementario del reglamento como enunciación técnica o de detalle, reservándose la norma penal la definición de la esfera y contenido de desvalor que pretende imponer"*.

CARBONELL MATEO, después de defender una relativización en el grado de exigencia del principio de legalidad, en razón de la diversidad de

⁸⁷¹ Así, CEREZO MIR, José. *"Las leyes penales en blanco en la protección penal del medio ambiente"*, en *Temas fundamentales del derecho penal*, Tomo II, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 9. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español-parte general*, 3ª edición, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 215-216. En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Empresa y derecho penal*, Buenos Aires, Editorial AdHoc, 2001, p. 110, afirma que *"El monopolio legal sobre los elementos esenciales de la materia de prohibición, no se reduce, sin embargo, a la mera descripción formal de la conducta: es necesaria la determinación en la ley penal del 'valor a proteger'"*.

⁸⁷² ARROYO ZAPATERO, Luis. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, cit., p. 34.

⁸⁷³ LAMARCA PÉREZ, Carmen. "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, número 20, mayo-agosto, 1987, p. 113.

materias que el Derecho penal puede y debe pronunciarse, entiende que la ley penal hay que disponer cuales conductas están permitidas y prohibidas. Ya, las cuestiones de detalle han de quedar para las normas de rango inferior. Destacando que es preferible una remisión a norma de rango inferior que a una valoración judicial sin ninguna pauta normativa. Es decir, es más seguro la remisión a la norma inferior que la adopción de conceptos indeterminados sujetos, solamente, a la valoración del Juez. Sin embargo, desde que las meras infracciones administrativas no se conviertan en delitos, porque, en este caso, habría problema de legalidad.⁸⁷⁴

En esta misma línea, HUERTA TOCILDO⁸⁷⁵, afirma que las leyes penales en blanco deben ser declaradas “*compatibles con la exigencia absoluta de ley cuando la norma reglamentaria <<remetida>> se limita a cumplir una función <<marginal>> de mero complemento técnico del tipo penal*”.

De esta manera, como defiende LUZÓN PEÑA⁸⁷⁶, la ley penal debe describir todos los elementos del tipo (objetivos y subjetivos) que delimiten el sentido de la conducta penalmente prohibida salvo justamente aquello que no se pueda precisar técnicamente sin remitir a las leyes extrapenales o reglamentos.

En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE⁸⁷⁷, defienden que la ley penal en blanco debe contener y concretar los elementos esenciales del ilícito punible, destacando que “*el reglamento (o, en su caso, ley no orgánica o autonómica) sólo tendría por función señalar*

⁸⁷⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal – concepto y principios constitucionales*, cit., pp. 124-125.

⁸⁷⁵ HUERTA TOCILDO, Susana. “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, cit., en *El principio de legalidad – Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 24-25.

⁸⁷⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal-parte general*, I, cit., p. 152. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general*, cit., p. 62.

⁸⁷⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal – parte general*, cit., pp. 107-108.

condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero nunca entrar a definir lo prohibido mismo".

De ahí que, para HUERTA TOCILDO⁸⁷⁸, la ley penal en blanco debe establecer con claridad los elementos fundamentales de la conducta punible así como la naturaleza y el límite de la pena.

Sin embargo, conforme ya ha defendido ARROYO ZAPATERO⁸⁷⁹, no basta que la ley penal en blanco sea clara y determinada, pues la fuente remitida y su contenido también deben satisfacer las exigencias de certeza. De esta misma forma, CÓRDOBA RODA⁸⁸⁰ advierte que *"es preciso que la norma no penal aparezca mínimamente concretada"*.

En este mismo sentido, al analizar la utilización de las leyes penales en blanco para la protección del medio ambiente, CEREZO MIR⁸⁸¹ manifestó el deseo de que la normativa administrativa fuera objeto de una simplificación y sistematización, sugiriendo la creación de una Ley General del Ambiente, ya que facilitaría la tarea de completar el "vacío" de la ley y disminuirían los riesgos para la seguridad jurídica.

BACIGALUPO⁸⁸², en relación a la norma de complemento, también cuestiona *"¿Bajo qué condiciones una norma sin jerarquía legal (leyes de comunidades autónomas, reglamentos, ordenanzas municipales) pueden*

⁸⁷⁸ En este sentido, HUERTA TOCILDO, Susana. "Principio de legalidad y normas sancionadoras", *cit.*, p. 25.

⁸⁷⁹ ARROYO ZAPATERO, Luis. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, *cit.*, p. 34. En este mismo sentido, HUERTA TOCILDO, Susana. "Principio de legalidad y normas sancionadoras", *cit.*, p. 25, defiende que *"las normas penales en blanco que remiten para su complemento a disposiciones reglamentarias y los reglamentos que desarrollan ciertos aspectos de los catálogos de infracciones y sanciones administrativas en virtud de una ley que a ello les habilita no son sino las dos caras de una misma moneda que, como tales, deben ser igualmente tratadas"*.

⁸⁸⁰ CÓRDOBA RODA, Juan. "Consideraciones sobre el principio de legalidad", *cit.*, p. 241.

⁸⁸¹ CEREZO MIR, José. *"Las leyes penales en blanco en la protección penal del medio ambiente"*, en *Temas fundamentales del derecho penal*, Tomo II, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 10.

⁸⁸² BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal-parte general*, *cit.*, p. 160.

complementar una ley penal en blanco?".

El mismo autor⁸⁸³, contesta esta cuestión considerando el derecho afectado por las normas. De este modo, si las normas complementares afectan derechos fundamentales, deberán tener su fundamento en una ley orgánica; si afectan otros derechos constitucionales sólo se exige una ley (del Estado o de una comunidad autónoma). Sin embargo, entiende que, decisiones normativas autonómicas o locales basadas en autorizaciones genéricas y vagas, no pueden complementar leyes penales, pues no provienen de una decisión del Parlamento del Estado.

Además, en relación a la ley penal en blanco, que debe compatibilizarse con el principio de justificación y sólo ser empleada en lo estrictamente necesario, LUZÓN PEÑA⁸⁸⁴ propone una limitación adicional. Para este autor, la ley penal, cuando posible, debe seleccionar y concretar la infracción de reglamentos o leyes (sobre una materia), precisando su finalidad y, además, la ley debe plantear si es adecuado o no restringir el elemento típico infracción legal o reglamentaria, limitándolo por ejemplo a las infracciones intencionales, o a las más graves o de múltiples preceptos.

ALCÁCER GUIRAO⁸⁸⁵ defiende, aún, la inclusión expresa de referentes de lesividad en la ley penal en blanco, en los preceptos penales que remiten a normas administrativas y cuya diferenciación con el equivalente ilícito administrativo sólo viene dada por una especificación del grado o clase de lesividad, como forma de preservar la reserva absoluta de ley.

Hay, aún, autores⁸⁸⁶ que, tras algunas decisiones del Tribunal

⁸⁸³ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal-parte general, cit.*, pp. 160-162.

⁸⁸⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal-parte general, I, cit.*, p. 153. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general, cit.*, p. 63. En este mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español-parte general, cit.*, p. 216.

⁸⁸⁵ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio, cit.*, pp. 26-27.

⁸⁸⁶ De entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del*

Constitucional admitiendo el empleo de las leyes penales en blanco, defienden que, una vez presentes todos los límites a los que el Tribunal Constitucional se refiere, no existen dudas sobre la constitucionalidad de esta técnica legislativa.

Sin embargo, otro sector⁸⁸⁷ ha sido más crítico, afirmando que los requisitos establecidos por la doctrina jurisprudencial "*no comportan una propia y real restricción de las normas no penales*".

Por esta razón, se hace imprescindible el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la constitucionalidad de las leyes penales en blanco frente las exigencias del principio de legalidad.

1.3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional Español, como ya destacado, en las STC 140/1986 y 160/1986 exigió el rango de Ley Orgánica en materia penal siempre que las leyes establezcan penas o medidas de seguridad privativas de libertad.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha pronunciado que la exigencia de reserva de Ley orgánica, aunque relativa, no se opone al acogimiento de las leyes penales en blanco, desde que sean observados ciertos límites o requisitos⁸⁸⁸.

delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 24. En sentido semejante, MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental*, cit., p. 85, afirman que "*los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional para determinar la compatibilidad de las normas penales en blanco con el principio de legalidad no son desde luego perfectos, (...). Pero teniendo en cuenta que la remisión parece inevitable, al menos contribuyen a que se respeten los principios de legalidad y de intervención mínima*". CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*, Tomo I, cit., p. 156, siguiendo el TC, defiende que es preciso "*que en la ley penal en blanco se contenga la descripción del núcleo esencial de la acción prohibida (u ordenada)*".

⁸⁸⁷ Así, CÓRDOBA RODA, Juan. "Consideraciones sobre el principio de legalidad", cit., p. 241, para quien "*no cabe sino concluir que con dichos requisitos se expresa, en términos generales, una mera y simple retórica*". CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (directores). *Comentarios al código penal-parte general*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 16.

⁸⁸⁸ En este sentido, entre otras, STC 122/1987 y STC 127/1990.

Así que, en la STC 122/1987⁸⁸⁹, recurso de amparo en relación a la aplicación del art. 6.A)3º de la Ley 40/1979, el Tribunal Constitucional entendió que la conducta estaba descrita en la Ley con la necesaria claridad, no existiendo imprecisión en la descripción del tipo o dificultad para que sea conocido. De este modo, concluyó que, cuando la conducta delictiva se quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a que la ley penal se remite, las leyes penales en blanco son conciliables con los postulados constitucionales.

En palabras de GARCÍA ARÁN⁸⁹⁰, refiriéndose a la citada decisión, *"el Tribunal Constitucional ha admitido expresamente lo que denomina 'colaboración reglamentaria' en la normativa sancionadora"*.

Más tarde, en la STC 127/1990⁸⁹¹, de 5 de julio, el Tribunal Constitucional recoge y sistematiza los requisitos que deben ser respetados para que la ley penal en blanco sea admisible, de la siguiente manera:

"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) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); 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 STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función

⁸⁸⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional n. 122/1987, de 14 de julio de 1987, FJ. 3.

⁸⁹⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, p. 83.

⁸⁹¹ Según GERPE LANDÍN, Manuel. "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal", *cit.*, p. 697, *"la STC 127/1990 contiene la primera doctrina del Tribunal Constitucional sobre las leyes penales en blanco"*.

de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada."⁸⁹²

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional determina que el bien jurídico protegido justifique el reenvío normativo, por lo que reserva el empleo de las leyes penales en blanco a algunos casos en que la materia presenta especiales dificultades para regularse por otros medios.

Además, requiere que la ley penal contenga la sanción de la conducta, es decir, es preciso que la pena sea señalada en el texto de la ley penal, de donde se extrae que la remisión sólo podrá referirse al supuesto de hecho.

Por fin, según el Tribunal Constitucional, la ley penal deberá contener el núcleo esencial de la conducta punible para respetar la reserva de ley, es decir, el contenido de desvalor respecto de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, debe encontrarse descrito por la ley penal⁸⁹³. Así que, con la lectura de la ley penal el destinatario debe comprender con claridad lo que se protege y cuáles son las acciones u omisiones que se prohíben, no siendo posible otorgar a otras instancias no legislativa su establecimiento⁸⁹⁴.

En ulteriores decisiones⁸⁹⁵, el Tribunal Constitucional volvió a tratar la problemática de la admisibilidad de las leyes penales en blanco confirmando la jurisprudencia sentada en la antedicha STC 127/1990.

En la STC 101/2012, de 8 de mayo, el Tribunal Constitucional, por la primera vez, declaró inconstitucional un precepto legal (art. 335 del CP, en su

⁸⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional n. 127/1990, de 5 de julio, FJ 3B. En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Constitucional n. 3/1988, de 21 de enero.

⁸⁹³ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, *cit.*, p. 104.

⁸⁹⁴ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, p.85.

⁸⁹⁵ En este sentido, entre otras, la STC 118/1992, de 16 de septiembre; STC 120/1998, de 15 de junio; STC 24/2004, de 24 de febrero; STC 283/2006, de 9 de octubre; STC 181/2008, de 22 de diciembre; STC 145/2013, de 11 de julio.

redacción anterior a la Ley Orgánica 15/2003) basado en la lesión del derecho a la legalidad penal.

Después de aclarar que *"la reserva de ley en materia penal no impide la existencia de las denominadas 'leyes penales en blanco', el Tribunal Constitucional, en la STC 101/2012, FJ 3, señala que para la admisión de la remisión a normas extrapenales deben estar presentes todos los requisitos fijados en la STC 127/1990, FJ 3. También exige que, conforme la STC 283/2006, la tipificación sea lo más precisa y taxativa posible, para que "los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido e prever, así, las consecuencias de sus acciones"*.

Por fin, el Tribunal Constitucional, por entender que el art. 335 del CP *"no contiene el núcleo esencial de la prohibición ni satisface tampoco la exigencia de certeza"* (STC 101/2012, FJ 5), concluyó que:

*"el art. 335 CP 1995 cuestionado en el presente proceso contiene una formulación tan abierta e indefinida que su aplicación depende en último término de una decisión prácticamente libre y arbitraria, primero del Gobierno y la Administración, a través de normas reglamentarias, y más tarde, del intérprete y juzgador encargado de su aplicación, y que resulta constitucionalmente incompatible con el principio de legalidad que garantiza el art. 25.1 CE."*⁸⁹⁶

En palabras de MESTRE DELGADO⁸⁹⁷, el Tribunal Constitucional ha rechazado la compatibilidad del art. 335 CP (en su redacción anterior a la Ley Orgánica 15/2003) con el principio de legalidad, por los siguientes motivos:

"a) Primero, formalmente, porque vulnera la garantía formal del principio de

⁸⁹⁶ STC 101/2012, de 8 de mayo de 2012, FJ 6.

⁸⁹⁷ MESTRE DELGADO, Esteban. "Inconstitucionalidad del artículo 335 del Código Penal", en *La Ley*, número 94-95, año 9, junio-julio, 2012, pp. 3-4. Véase con más detalles, MUÑOZ LORENTE, José. "La primera declaración de inconstitucionalidad de un precepto del Código Penal de la democracia. ¿Queda abierta la veda para futuras declaraciones de inconstitucionalidad de otras leyes penales en blanco? - Análisis de las repercusiones de la STC 101/2012, de 8 de mayo, sobre la declaración de inconstitucionalidad de otros preceptos del Código Penal", en *La Ley*, número 96-97, año 9, septiembre-octubre, 2012, pp. 117 y ss. Y, aún, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio, cit.*, pp. 23 y ss.

legalidad, que obliga a que sea una norma con rango de ley (orgánica) la que defina las conductas delictivas y establezca las penas correspondientes. Pero ello no porque aquel artículo 335 estuviera construido, en su redacción original, como una ley penal en blanco (...), sino precisamente porque incumplía esos requisitos que la doctrina constitucional establecía para la validez de las normas penales en blanco: 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 satisfaga además la exigencia de certeza, esto es, en los términos del Tribunal Constitucional, que <la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisa con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada>.

b)Y, segundo, materialmente, porque aquella norma no contenía (...) ninguna exigencia específica de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, que es un plus de antijuridicidad material que coadyuva a precisar el núcleo esencial de la prohibición penal y, en consecuencia, la conducta penal típica (...)."

Más allá de los requisitos establecidos en la STC 127/1990, el Tribunal Constitucional⁸⁹⁸ exigió que no se produzca una remisión en cadena, pues esta puede diluir la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales⁸⁹⁹.

Con base en lo expuesto, es posible concluir que el Tribunal Constitucional admite la utilización de las leyes penales en blanco desde que respectados los siguientes requisitos:

⁸⁹⁸ Así la STC 24/2004 de 24 de febrero de 2004, FJ 3: "*Si bien conforme a la doctrina de este Tribunal, la reserva de ley en materia penal no excluye la posibilidad de que sus términos se complementen con lo dispuesto en leyes extrapenales y reglamentos administrativos, en el presente supuesto tal posibilidad debe agotarse en el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (o la norma que en el futuro lo sustituya) sin que pueda considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de la configuración del tipo penal, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante órdenes ministeriales, conforme a lo previsto en la anteriormente transcrita disposición final cuarta del mismo. (...)En primer lugar, porque tal proceder carecería de cobertura legal, ya que la Ley Orgánica 1/1992 faculta al Gobierno para reglamentar la prohibición, no al Ministro del Interior. Y, sobre todo, porque de lo contrario, por esa vía se diluiría de tal modo la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales, función esencial de la reserva de ley en materia penal, que resultaría vulnerado el art. 25.1 CE.*". También, la STC 283/2006, de 9 de octubre de 2006, FJ 8: "(...), nos hallamos ante una suerte de 'remisión normativa en cadena', (...)". Y, la STC 181/2008 de 22 de diciembre.

⁸⁹⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Sólo penas legales, precisa y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 84. RODRÍGUEZ RAMOS, Luís. *Compendio de derecho penal-parte general*, 2 edición, Madrid, Dykinson, 2010, p. 61.

1. que el reenvío sea expreso;
2. que dicho reenvío esté justificado en razón del bien jurídico protegido;
3. que la ley penal establezca la pena;
4. que la ley penal contenga el núcleo esencial de prohibición;
5. sea satisfecha la exigencia de certeza y se dé la debida concreción.

Estos requisitos, debido a importancia y para no adelantar conclusiones, serán analizados más adelante en apartado propio.

2. LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL "PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO" POR LA UTILIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Más allá de los problemas generados con el principio de legalidad, en relación a la exigencia de *lex certa* y reserva de ley, las leyes penales en blanco suponen una vulneración del principio de proporcionalidad en sentido amplio⁹⁰⁰, fundamentalmente, en las habilitaciones genéricas que el legislador concede al Poder Ejecutivo.⁹⁰¹

Esto porque, una prohibición genérica, sin elementos de lesividad, que no proteja un bien jurídico esencial de la persona y que regule una actividad con un gran margen de adecuación social, puede tener implicaciones para el juicio de lesividad y, con ello, como será abordado más adelante, para el juicio de proporcionalidad.⁹⁰²

⁹⁰⁰ En este trabajo de tesis se adopta la teoría de ALEXY para la definición y caracterización del principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues entendemos que es lo que mejor se adapta a los principios del Estado Social y Democrático de Derecho. Además, supone un mayor rendimiento para el tema propuesto.

⁹⁰¹ En este sentido, MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *cit.*, pp. 521 y ss.

⁹⁰² Véase en este sentido, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio, cit.*, p. 26.

Conforme señala DOVAL PAIS⁹⁰³, la utilización las leyes penales en blanco genera la confrontación entre unos intereses que son de garantía y otros de prevención. *"Los primeros aluden a criterios limitativos de la intervención penal por razones de aseguramiento de la libertad de los ciudadanos; los segundos, a directrices expansivas del ordenamiento punitivo que, en el marco del Estado democrático de Derecho, deben ser suficientemente justificadas en razones de proporcionalidad"*.

Nadie duda de la autonomía del legislador para decidir la cuestión de la criminalización de determinada conducta, ni mismo de la calidad y cantidad de pena. Sin embargo, el legislador, como señala VIVES ANTÓN⁹⁰⁴, está sujeto al principio de proporcionalidad, *"en base al cual han de justificarse todos y cada uno de los límites que establezca"*, que gana aún más relevancia frente a la delegación al Poder Ejecutivo que las leyes penales en blanco presuponen.

Sin embargo, para mejor comprensión del posible conflicto entre leyes penales en blanco y el principio de proporcionalidad en sentido amplio, es necesario un análisis más detallado de este último.

2.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO COMO LÍMITE MATERIAL AL IUS PUNIENDI DEL ESTADO

El principio de proporcionalidad fue desarrollado inicialmente en el ámbito del derecho penal, fundamentalmente en relación con la determinación de la pena⁹⁰⁵.

Ya hacía parte de las propuestas de BECCARIA que la pena fuera justa. Así, estarían siendo observados los principios de la dignidad de la

⁹⁰³ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., pp. 138-139.

⁹⁰⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. *La libertad como pretexto*, cit., p. 381.

⁹⁰⁵ En este sentido, PERELLO DOMENECH, Isabel. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", en *Jueces para la Democracia*, nº 28, 1997, p. 69.

persona y de la humanización de la pena. Para tanto, la pena tendría que estar sometida a una serie de condiciones en el momento de su imposición: proporción, necesidad, prueba de culpabilidad, proceso público y contradictorio⁹⁰⁶.

Por lo tanto, presupuesto de la justicia de la pena era la proporción entre la gravedad del delito y la gravedad del castigo. La propuesta de BECCARIA, que encuentra su razón en el aseguramiento de la dignidad de la persona y en la justicia de la pena propiamente dicha, sustentaba que:

[...], los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida que los delitos sean más contrarios al bien público y en proporción a los estímulos que impulsen a ellos. Por ello debe existir una proporción entre los delitos y las penas.

[...].

Si una pena igual está establecida para dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un más fuerte obstáculo para cometer el mayor delito, si encuentran unido a él un beneficio mayor.⁹⁰⁷

Con este planteamiento inicial, exigiendo estricta necesidad y economía punitiva, el principio de proporcionalidad ya integraba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo 8 advertía: *"la ley sólo puede imponer penas estrictas y evidentemente necesarias"*.

Este sentido del principio de proporcionalidad tiene relación con la clase y la cantidad de la sanción a imponer, exigiendo que la gravedad del delito y la gravedad de la pena sean proporcional, razón por la cual es también

⁹⁰⁶ ASÚA BATARRITA, Adela. "Reivindicación o superación del programa Beccaria" en ASÚA BATARRITA, Adela (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, Ed. Universidad de Deusto, 1990, p. 22.

⁹⁰⁷ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 137-138. En el mismo sentido, actualmente, BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal – parte general*, cit., p. 166, defienden que *"el principio de proporcionalidad, en primer lugar, presupone que la pena ha de estar en una determinada relación con el bien jurídico afectado"*.

llamado *principio de proporcionalidad de las penas*⁹⁰⁸.

Sin embargo, en los últimos años, caracterizada por el reforzamiento de la protección de las esferas jurídicas individuales mediante el reconocimiento de una serie de derechos que limitan la intervención del Estado⁹⁰⁹, como también el "efecto de irradiación" de la constitución y de la jurisprudencia, sobre el resto del ordenamiento, surge una reformulación y ampliación del principio de proporcionalidad⁹¹⁰.

Conforme destacan DEMETRIO CRESPO y RODRÍGUEZ YAGÜE⁹¹¹,
las:

"ideas tempranas del pensamiento moderno se han elaborado técnicamente, de modo especial tras la II Guerra Mundial, a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - artículos 10.2 y 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos- y el Tribunal Supremo de EE.UU. Y, ya sobre la idea de 'prohibición de exceso' ya sobre la de 'razonabilidad' del actuar de los poderes públicos se imputan a un principio general del Ordenamiento jurídico, que podemos denominar 'de proporcionalidad', (...)"

Según ALEXY⁹¹² los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Por ello, siempre implican mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diferentes grados y la medida del cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y jurídicas.

⁹⁰⁸ Véase en este sentido, RAMOS TAPIA, María Inmaculada. "Límites al poder punitivo del Estado (I)", en ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. *Lecciones de derecho penal - parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 54.

⁹⁰⁹ PERELLO DOMENECH, Isabel. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", *cit.*, p. 69.

⁹¹⁰ En este sentido, LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 227.

⁹¹¹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina y OTROS. *Curso de derecho penal-parte general*, *cit.*, p. 69. Conforme aclaran QUINTANAR DíEZ, Manuel y ORTIZ NAVARRO, José Francisco. *Elementos de derecho penal-parte general*, *cit.*, p. 43, "el principio de proporcionalidad en sentido amplio nace en el siglo XIX en el seno de la dogmática del Derecho administrativo, y muy en particular, del Derecho administrativo sancionador".

⁹¹² ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, 2001, p. 13.

Esta definición de los principios como mandatos de optimización conduce hacia una conexión necesaria entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad, el cual implica el carácter de los principios⁹¹³.

De este modo, los principios exigen la ponderación como forma específica de aplicación. Esto porque, cuando dos principios entran en colisión uno de los dos ha de ceder frente al otro. Sin embargo, esto no significa que uno de los principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción, sino que, en determinadas circunstancias, un principio precede al otro. Dicha operación forma parte del principio de proporcionalidad⁹¹⁴.

Así, el juicio de proporcionalidad es necesario cuando entran en conflicto principios, ponderando el peso de cada uno de los principios concurrentes en relación con las concretas circunstancias del caso. Conforme señala ALEXY⁹¹⁵, es esta naturaleza de los principios que implica en la exigencia de proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la idoneidad, de la necesidad y de la proporcionalidad en sentido estricto.

De este modo, el principio de proporcionalidad comprende tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁹¹⁶. El subprincipio de idoneidad exige que una medida restrictiva de un derecho sea apta para la consecución del fin perseguido; el subprincipio de necesidad implica examinar si la intervención es indispensable, por no existir un

⁹¹³ ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *cit.*, p. 13.

⁹¹⁴ Véase, MORESO, José Juan. "Alexy y la aritmética de la ponderación", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Miguel Carbonell, 2008, pp. 70-71.

⁹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 116-117.

⁹¹⁶ ALEXY, Robert. "La fórmula del peso", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Miguel Carbonell, 2008, p. 15. En Brasil, siguiendo la estructura planteada por ALEXY, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal-parte geral, 2ª* edição, Curitiba, Lumen Juris, 2007, p. 26, afirma que "o princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela teoria constitucional germânica – o célebre Verhältnismässigkeitsgrundsatz-, é constituído por três princípios parciais: o princípio da adequação (Geeignetheit), o princípio da necessidade (Erforderlichkeit) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de princípio de avaliação (abwägungsgebote).

instrumento más moderado para su consecución y; el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto implica verificar si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se generan por la limitación de un derecho para la protección de otro bien o derecho constitucionalmente protegido⁹¹⁷.

Esta estructura del principio de proporcionalidad no hace sino condensar exigencias básicas de racionalidad medios-fines, bien como plasmar criterios de justificación de la actividad estatal cercanos a una ética consecuencialista. Aunque no sea la única estructura argumentativa útil para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales, sí que constituye la más satisfactoria de la que hasta hora dispone.⁹¹⁸

De ahí, verificase la consagración del principio de proporcionalidad, no como criterio interpretativo, sino como garantía legitimadora y limitadora de todo el ordenamiento jurídico infra constitucional. Un vínculo constitucional capaz de limitar los fines de un acto estatal y los medios elegidos para que la finalidad sea atingida.⁹¹⁹

Conforme destaca HASSEMER⁹²⁰, el principio de proporcionalidad "*se ha precisado en los últimos años y actualmente rige en Derecho como un criterio diferenciado y útil en la práctica para determinar los límites de la intervención sancionadora en un Estado de Derecho; domina en igual medida la teoría y la práctica en el Estado de Derecho*".

⁹¹⁷ PERELLO DOMENECH, Isabel. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", *cit.*, p. 70.

⁹¹⁸ En este sentido, LOPERA MESA, Gloria Patricia. "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Miguel Carbonell, 2008, pp. 272.

⁹¹⁹ Véase BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral 1*, 17 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 64

⁹²⁰ HASSEMER, Winfried. "El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídicos-penales", en VON HIRSCH, Andrew, SEELMANN, Kurt y WOHLERS, Wolfgang (editores). *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Editorial Atelier, 2012, traducción de María Teresa Castiñeira Palou y Ricardo Robles Planas, p. 194.

En Derecho penal, conforme señala MIR PUIG⁹²¹, *“puesto que toda intervención penal- desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución- limita derechos, generalmente fundamentales, el principio de proporcionalidad es, por tanto, un límite constitucional material fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad”*.

Para HASSEMER⁹²², el principio de proporcionalidad *“exige una concordancia material entre acción y reacción, causa y consecuencia, delito y consecuencia juridicopenal. Constituye parte del postulado de Justicia: nadie puede ser incomodado o lesionado en sus derechos con medidas jurídicas desproporcionadas”*.

Ello configura, sin duda, el principio de proporcionalidad como un parámetro crítico que constituye, como ponderación entre utilidades y desventajas de una disposición penal, una de las exigencias fundamentales de una legislación racional⁹²³.

El Derecho penal tiene que fundamentar los fines que persigue con la pena y verificar si esta pena, que debe ser aplicada en determinada situación, es realmente necesaria. Para tanto, debe hacer una ponderación entre los bienes jurídicos individuales protegidos constitucionalmente, por un lado, y los

⁹²¹ MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*, cit., p. 96. En este mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, Carmen. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Madrid, Colex, 2011, p. 39, afirma que *“la ley penal afecta siempre a los derechos fundamentales, porque en algunos casos es su fuente última de protección, pero sobre todo porque representa siempre la fuente más fuerte o invasiva de afectación de los mismos”*.

⁹²² HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 279.

⁹²³ En este sentido, STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal – parte general I – el hecho punible*, 4 edición, 1 reimpresión, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008, traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, p. 72. También, ORTOS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal - parte general*, cit., p.131, defienden que *“(…), el principio de proporcionalidad obliga a ponderar los intereses en conflicto: de un lado justificando la necesidad de tutela de un bien mediante la pena, y de otro, valorando el impacto de esta limitación sobre el derecho fundamental afectado (la libertad, en todo caso)”*.

intereses de la colectividad, que imponen una limitación de estos derechos fundamentales, por otro.⁹²⁴

Por todo lo expuesto, en este trabajo el principio de proporcionalidad en sentido amplio será empleado como límite material al *ius puniendi* del Estado.⁹²⁵

2.2. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO

El principio de proporcionalidad en sentido amplio, como ya afirmado, comprende tres subprincipios o condiciones: el de idoneidad, de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

El juicio de proporcionalidad implica en el análisis de estos tres subprincipios en el proceso sucesivo y escalonado. En primer lugar, verificase si la norma que interviene en el derecho es idónea. Si superada las exigencias de idoneidad, a norma debe ser sometida al análisis de necesidad y, si sale airoso, al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. Caso la norma legal no supere una de las exigencias debe ser declarada, en su momento, inconstitucional.⁹²⁶

Este juicio de proporcionalidad se coaduna con la tesis general

⁹²⁴ Así, ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia - uma fundamentação para o direito penal*, Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010, tradução ao português de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso, p. 184.

⁹²⁵ Véase, BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*, Curitiba, UFPR - Tese Doutoral, 2014, pp. 252 y ss, aunque con planteamientos distintos, considera el principio de proporcionalidad como criterio de limitación material del *ius puniendi*.

⁹²⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales - el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Plíticos y Constitucionales, 2003, p. 687.

defendida por SCHÜNEMANN⁹²⁷ de que “*resulta hoy incuestionable que el uso del poder estatal ya no sólo se legitima mediante el loable fin último, sino que también debe ser adecuado y necesario para la consecución de este fin y no ser desproporcionado, es decir, que no puede producir más daño que beneficios*”.

En derecho penal estos tres subprincipios son concretados de manera propia y coinciden con principios que la filosofía penal de corte liberal ha defendido tradicionalmente para legitimar y limitar el *ius puniendi* estatal, razón por la cual es necesario el análisis individualizado de cada uno de ellos.

2.2.1. Subprincipio de idoneidad

El subprincipio de idoneidad, en Derecho penal, exige que tanto la incriminación de una conducta como la consecuencia jurídica prevista por su comisión sean aptas para alcanzar el fin que las fundamenta. Es decir, que la restricción de derechos derivada de la conducta y de la pena sean realmente útil para lograr el fin perseguido.⁹²⁸

En palabras de LOPERA MESA⁹²⁹, el subprincipio de idoneidad “*se orienta a verificar que la medida legislativa constituye un medio adecuado para contribuir al logro del fin que con ella se persigue*”.

⁹²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. “Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y víctimodogmática. Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado de Derecho liberal”, en en VON HIRSCH, Andrew, SEELMANN, Kurt y WOHLERS, Wolfgang (ed.). *Límites al derecho penal – principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 67.

⁹²⁸ En este sentido, DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 148. También, LAMARCA PÉREZ, Carmen. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Madrid, Colex, 2011, p. 63. En el mismo sentido, QUINTANAR DÍEZ, Manuel y ORTIZ NAVARRO, José Francisco. *Elementos de derecho penal-parte general, cit.*, p. 44.

⁹²⁹ LOPERA MESA, Gloria Patricia. “Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal”, en MIR PUIG, Santiago y QUERALT JIMÉNEZ, Joan J (directores). *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 113. Con más detalles en LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 387 y ss.

En este trabajo de tesis, como ya aclarado en el Capítulo I, la legitimidad de la intervención penal debe estar anclada en la protección de bienes jurídicos, razón por la cual la intervención penal será considerada legítima solamente cuando respectado el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. De ahí que, a través del subprincipio de idoneidad debe exigirse que la criminalización de una conducta sea idónea para la protección de un bien jurídico.

En este sentido, ARROYO ZAPATERO⁹³⁰ que identifica el subprincipio de idoneidad con la *capacidad de protección penal*, defiende que “*la tipificación de una conducta resulta inadecuada cuando de ella no se va obtener protección alguna del bien jurídico o, más aún, cuando su tipificación va ocasionar más daño que beneficios*”.

Conforme señala LAMARCA PÉREZ⁹³¹, el subprincipio de idoneidad

encierra una exigencia preliminar o, si se quiere, reposa en un presupuesto que constituye, a su vez, uno de los fundamentos del derecho penal moderno, la existencia de un bien jurídico cuya tutela representa el fin de la intervención, pues, como es lógico, en ausencia del mismo no hay nada que medir o comparar y carece de sentido ese juicio de eficacia o adecuación técnica: la intervención penal implica una doble limitación de la libertad, la que se deduce de la norma de conducta y la que incorpora la pena, y ambas han de ser eficaz para obtener un fin, que es la preservación del bien jurídico.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido, desde sus sentencias 11/1981 y 62/1982, que es indispensable la protección de un bien jurídico para que la limitación de derechos constitucionales sea acorde con la Constitución Española⁹³².

⁹³⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis. “Derecho penal económico y constitución”, en *Revista Penal*, año 1, número 1, 1998, p. 4. También en este sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel y PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Principios del derecho penal (II)”, en *Introducción al derecho penal*, Navarra, Civitas, coordinador Juan Antonio Lascurain Sánchez, 2012, pp. 97-98.

⁹³¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, cit., p. 63-64.

⁹³² En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “La generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad”, en CAMPO MORENO, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (directores). *La*

Sin embargo, el subprincipio de idoneidad no se limita a la exigencia de la existencia de un bien jurídico, que es, en la realidad, su presupuesto⁹³³, sino que exige que el medio empleado para la protección del bien jurídico sea adecuado.

En este sentido, DE LA MATA BARRANCO afirma que *“si el fin del Derecho penal reside, prioritariamente, en la protección de bienes jurídicos – (...)– las normas adecuadas para lucha contra los delitos que los menoscaban y las sanciones que se impongan en cada caso concreto se entienden deben ser adecuadas para alcanzar dicha finalidad”*⁹³⁴.

De ahí que, el subprincipio de idoneidad requiere indagar si la conducta descrita en el tipo penal es susceptible de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido, bien como si la conminación penal de dicha conducta es eficaz para prevenir su comisión y, de esta forma, contribuir a la protección del bien jurídico⁹³⁵.

En el primer caso, el examen de idoneidad de la norma de conducta tiene por objetivo verificar si la conducta tiene la virtualidad de afectar el bien jurídico protegido⁹³⁶.

generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 237.

⁹³³ Conforme afirma DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales-práctica y teoría*, 2 edición ampliada, Madrid, Editorial Trotta, 2013, p. 237, la tutela de bienes o intereses constitucionalmente no proscritos ni socialmente irrelevantes, *“es propiamente un presupuesto del principio de proporcionalidad, más que un elemento de él, y sirve en un primer momento para identificar el bien o bienes jurídicos protegidos por el precepto penal, a lo que sigue un juicio sobre la legitimidad y trascendencia social de su tutela, juicio solo en ocasiones vinculado, y no de manera exclusiva, a la directa relevancia constitucional del interés protegido”*. También, MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, p. 339, afirma que *“en derecho penal los bienes-penales son los puntos de referencia de estas exigencias del principio constitucional de proporcionalidad”*.

⁹³⁴ Así, DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 148.

⁹³⁵ En este sentido, LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 395.

⁹³⁶ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 395.

Es decir, si respecta el principio de lesividad, el cual limita el poder punitivo del Estado a las acciones reprochables por sus efectos lesivos para los bienes jurídicos, pues los costes de penas y prohibiciones sólo son justificables como forma de prevención de los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos⁹³⁷.

En palabras de HASSEMER, *"sólo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social pueden considerarse un delito. El concepto de bien jurídico se transforma así sistemáticamente en un criterio negativo que impide la criminalización ilegítima: allí donde no haya una lesión de un bien jurídico no debe haber delito"*⁹³⁸.

También, SILVA SÁNCHEZ⁹³⁹, al subrayar su importancia garantística, afirma que el principio de lesividad o ofensividad *"supone la oposición a la incriminación de hechos que no impliquen una lesión (o, por lo menos, una puesta en peligro concreto) de auténticos bienes jurídico-penales"*.

De este modo, conforme señala MIR PUIG⁹⁴⁰ *"sólo será idónea aquella intervención penal que parezca capaz de contribuir al objetivo de prevención de los delitos que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico-penal a proteger"*.

Así que, en el primer momento de un *juicio de idoneidad* debe verificarse si la conducta prevista en el tipo es capaz de lesionar o poner en

⁹³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón - teoría del garantismo penal*, cit., pp. 464-465. En este mismo sentido, BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 11 edição, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2007, p. 94, señala la siguiente función del principio de lesividad: *"proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico"*.

⁹³⁸ HASSEMER, Winfried. "Viejo y nuevo derecho penal", cit., p. 45. En este mismo sentido, GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal-introducción al derecho penal*, Tomo I, cit., p. 84, señalan que *"el Derecho penal sólo debe intervenir si existe una amenaza de lesión o de peligro para concretos bienes jurídicos"*.

⁹³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 462, para quien el principio de lesividad o ofensividad es parte integrante del principio de fragmentariedad, que también es una derivación del principio de proporcionalidad.

⁹⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*, cit., p. 116.

peligro el bien jurídico protegido, o lo que es lo mismo, argumentar de forma directa la lesividad del comportamiento.

En caso afirmativo, hay que verificar si la conducta es adecuada para contribuir a prevenir la comisión del delito. Es decir, a la eficacia del Derecho penal para la prevención⁹⁴¹.

AGUADO CORREA⁹⁴² señala que *"en virtud de este principio de idoneidad, el Derecho penal únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, debiéndose evitar su intervención cuando político-criminalmente éste se muestre inoperante, ineficaz o inadecuado o incluso se muestre contraproducente para la prevención de delitos"*.

De este modo, si el Derecho penal fuera incapaz de evitar delitos, no sería legítimo en un Estado que sólo puede limitar derechos de sus ciudadanos si ello redundaría en una mayor protección de los derechos⁹⁴³.

Para LAMARCA PÉREZ⁹⁴⁴, en el juicio de idoneidad, la finalidad principal a tener en cuenta es la prevención general. Es decir, *"se trata de saber en qué medida la criminalización de una conducta resulta idónea para proteger un bien jurídico mediante la conminación de una pena capaz de disuadir o de intimidar, en suma, prevenir la realización de esta conducta lesiva"*.

⁹⁴¹ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 395.

⁹⁴² AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, Edersa, 1999, pp. 151-152. En este mismo sentido, MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*, cit., p. 117, afirma que *"cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve"*.

⁹⁴³ MIR PUIG, Santiago. "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal - semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1363.

⁹⁴⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, cit., p. 72.

LOPERA MESA⁹⁴⁵, aunque defiende que el juicio de idoneidad de la norma de sanción debe concentrarse en la verificación de los efectos preventivos generales, admite, en sede de control abstracto, la exigencia de prevención especial derivada del mandato constitucional de resocialización. Esto porque, a través del juicio de idoneidad, conduciría a exclusión del conjunto de los medios penales idóneos todas las sanciones abiertamente desocializadoras u orientadas a una finalidad de prevención especial negativa, como es el caso de la prisión perpetua.

Es cierto que la finalidad de prevención general debe inspirar el Derecho penal. Sin embargo, debe haber un equilibrio entre la prevención general y la especial, para que, tanto los intereses de la sociedad como los de la persona considerada individualmente, sean satisfechos.

Al mismo tiempo que el propósito de la pena es la *“intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos”*⁹⁴⁶ (prevención general), existe también la función de *“apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad”*⁹⁴⁷ (prevención especial).

Por lo tanto, para lograr la armonía entre estas dos caras de la prevención, sin que haya la ruptura a favor de una de ellas, hay que considerar que *“la sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes recurriendo a la pena si ello es necesario”*⁹⁴⁸; pero, por otro lado, *“el delincuente, por su parte, tiene derecho a ser respetado como persona y a no*

⁹⁴⁵ LOPERA MESA, Gloria Patricia. "Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal", *cit.*, pp. 114-115.

⁹⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal- parte general, cit.*, p. 34.

⁹⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal- parte general, cit.*, p. 34.

⁹⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. "El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias", *cit.*, p. 1341.

*quedar separado definitivamente de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse en la misma*⁹⁴⁹.

Aunque, como afirma ARROYO ZAPATERO⁹⁵⁰, *"saber en qué medida es eficaz una prohibición penal resulta una cuestión que es difícil de constatar desde un punto de vista empírico"*, en el análisis de constitucionalidad puede ser un instrumento muy útil a la crítica de la función puramente simbólica⁹⁵¹.

En verdad, estos efectos simbólicos de la intervención estatal sólo son admisibles en cuanto efectos secundarios, y no como los principales. Estos efectos figurados están *"conectados al fin o a la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones, o cuando más, representaciones mentales"*⁹⁵² y, por lo tanto, no deben prevalecer sobre la función de protección de bienes jurídicos.

Además, el juicio de idoneidad, no obstante la potestad exclusiva del legislador al momento de crear la norma, establece el deber del legislador fundamentar el motivo de la creación de la norma, que debe coincidir con el propio fin del Derecho penal. De lo contrario, podrá ser declarada la inconstitucionalidad del precepto legal por el Tribunal Constitucional.

⁹⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. "El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias", *cit.*, p. 1341.

⁹⁵⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis. "Derecho penal económico y constitución", en *Revista Penal*, año 1, número 1, 1998, p. 4.

⁹⁵¹ En los términos señalados por HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, *cit.*, p. 23, que afirman que *"la aparición de una 'legislación simbólica' cuando los problemas no pueden ser resueltos satisfactoriamente por el Derecho penal, es una forma fraudulenta de utilización del mismo y produce, incluso a corto plazo, su desprestigio y el de todo el sistema jurídico y político que le sirve de base."*

⁹⁵² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *AP*, n. 1, 2001, p. 4.

2.2.2. Subprincipio de necesidad

Tras la realización del juicio de idoneidad, caso el medio sea considerado idóneo, hay que verificar la necesidad de la medida. El subprincipio de necesidad es el segundo eslabón que compone la estructura del juicio de proporcionalidad en sentido amplio.⁹⁵³

Como señala LAMARCA PÉREZ⁹⁵⁴, *"al igual que el examen de idoneidad de la norma, también el de subprincipio de necesidad supone establecer una relación medio-fin a partir de patrones técnicos y empíricos. La diferencia es que aquí no se pregunta sobre la adecuación técnica de un solo medio para alcanzar el fin, sino que aparece una comparación entre dos medios alternativos."*

De este modo, la verificación de la necesidad del medio o juicio de necesidad envuelve la comparación de las alternativas idóneas que pueden ser utilizadas para attingir el mismo fin. Aquí, debe buscarse la respuesta a siguiente pregunta: ¿cuál de todas las alternativas idóneas posibles debe ser empleada?

El subprincipio de necesidad implica que el legislador debe elegir entre las diversas medidas restrictivas que posee a su alcance para alcanzar determinado fin, la menos gravosa para el ciudadano⁹⁵⁵. Es decir, la medida adoptada para attingir los objetivos que se persiguen tiene que ser la más moderada posible, la que menos daño cause a los ciudadanos.

De lo contrario, según afirman QUINTANAR DÍEZ y ORTIZ

⁹⁵³ En este sentido, LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 433.

⁹⁵⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, cit., p. 75.

⁹⁵⁵ ARROYO ZAPATERO. Luis. "Derecho penal económico y constitución", cit., p. 5.

NAVARRO⁹⁵⁶, *"una prohibición o un castigo no necesario devienen en, no solo inútiles, sino criminógenos, esto es, generadores de nueva delincuencia"*.

En palabras de PERELLO DOMENECH⁹⁵⁷, el juicio de necesidad *"implica examinar si la intervención pública es indispensable, por no existir un instrumento más moderado para su consecución"*.

Según defiende MIR PUIG⁹⁵⁸, para que la intervención penal resulte necesaria, es imperativo

"respetar el principio de intervención mínima, que no ha de entenderse en el sentido de un mínimo absoluto, sino en el del mínimo necesario para cumplir con la finalidad de protección, un mínimo relativo que implica que no existan medios menos graves (menos pena o un medio no penal: subsidiariedad del Derecho penal) para conseguir aquella finalidad. En este mismo sentido, el subprincipio de necesidad exige que la intervención penal sea el último recurso: la última ratio".

En este mismo sentido, LOPERA MESA⁹⁵⁹ afirma que *"en derecho penal el subprincipio de necesidad se identifica con el llamado principio de intervención mínima"*.

Así que, el juicio de necesidad, en Derecho penal, implica en el reconocimiento y aplicación del principio de intervención mínima. De este modo, es imperioso el análisis de este principio, como también de sus características de subsidiariedad y *última ratio*.

⁹⁵⁶ QUINTANAR DÍEZ, Manuel y ORTIZ NAVARRO, José Francisco. *Elementos de derecho penal-parte general*, cit., p. 44.

⁹⁵⁷ PERELLO DOMENECH, Isabel. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", cit., p. 70.

⁹⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal", cit., pp. 1363-1364.

⁹⁵⁹ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 450.

2.2.2.1. Principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima es uno de los principios informadores del Derecho penal clásico o liberal⁹⁶⁰ que estaba presente en los planteamientos de BECCARIA, quien, varias veces, en su obra, defiende la idea de reducción de las leyes penales a las mínimas necesarias.

Es lo que se extrae del siguiente planteamiento:

Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, por hablar según todos cálculos de los bienes y de los males de la vida. [...]. Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas puedan nacer, sino crear otros nuevos: es definir caprichosamente la virtud y el vicio, que nos han sido predicados como eternos e inmutables.⁹⁶¹

Sustentaba que, si lo más importante era la prevención de los delitos, aumentar el rol de delitos era, también, elevar la probabilidad de que se cometiesen⁹⁶².

En la actualidad el principio de intervención mínima, cuya la certera denominación se debe a MUÑOZ CONDE, se considera como una garantía frente al poder punitivo del Estado y configura, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Supone que *“el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”*⁹⁶³.

Este principio se deriva, directamente, de la especial gravedad de las consecuencias penales, de su carácter como último recurso dentro del sistema

⁹⁶⁰ En este sentido, MIR PUIG, Santiago. “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal”, en *RFDUG*, n. 12, 1987, p. 243, señala que: *“Es evidente la coherencia del principio de intervención mínima del Derecho penal con un planteamiento liberal o neoliberal”*.

⁹⁶¹ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, cit., p.180.

⁹⁶² BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, cir., pp. 180-181.

⁹⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., p. 59. También, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal-parte general*, cit. p. 59.

de control social y de la comprensión de la pena como un mal que únicamente se encuentra justificado por la necesidad de mantener los presupuestos de la convivencia en la sociedad. Así, la sanción penal debe reservarse exclusivamente para aquellos supuestos en que sea imprescindible para cumplir el fin de protección de bienes jurídicos que el Derecho penal tiene atribuido. Y ello porque resulta evidente que el recurso a la pena lo único que representa es el reconocimiento del fracaso de otros sistemas de control menos coercitivos; lo que, a la inversa, significa que el Derecho penal no debe intervenir donde dichos sistemas cumplan sus funciones preventivas de forma satisfactoria.

Por otra parte, si partimos del presupuesto de que la democracia es un concepto dinámico que obliga al Estado a una continua revisión de su poder coercitivo, lógicamente Estado democrático será aquel que en un proceso constante de apertura y revisión va reduciendo esta coerción al mínimo indispensable. Y, en este contexto, el recurso penal siempre será la *ultima ratio* en la lucha contra la criminalidad⁹⁶⁴.

Sobre esta base siempre que existan otros medios distintos al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos para los derechos de los ciudadanos. Es la exigencia de economía social que debe haber en el Estado Social, a través de la cuál se busca el mayor bien social con el menor costo social. Es el postulado de la "*máxima utilidad posible*" con el "*mínimo sufrimiento necesario*"⁹⁶⁵.

Conforme señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁹⁶⁶, "*la intervención penal ha de ser mínima, y sometida a límites eficaces: una intervención*

⁹⁶⁴ HORMAZÁBAL MALAREÉ. "Política penal en el estado democrático", en *Actualidad de Derecho Penal*, v. 37, 1984, pp. 333-334.

⁹⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal - parte general*, cit., p. 118, que afirma que el principio de intervención mínima es, además, una exigencia de economía social coherente con la lógica del estado social, que debe buscar el mayor bien social al menor coste social.

⁹⁶⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Tendencias del actual derecho penal", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 44.

selectiva, subsidiaria, porque el Derecho penal significa la <<ultima ratio>>, no la respuesta natural y primaria al delito".

Así que, del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o *ultima ratio*⁹⁶⁷ y fragmentariedad del Derecho penal. Juntos, representan una garantía de limitación del *ius puniendi* del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. Así, la transposición de la barrera de lo estrictamente necesario configura autoritarismo y lesión a los principios democráticos del Estado⁹⁶⁸.

Por lo tanto, la intervención mínima es parte de la herencia del liberalismo, y hasta hoy debe ser tenida como uno de los parámetros del legislador, para la elaboración y mantenimiento de un sistema penal justo y coherente con los fines del actual Estado Social y Democrático de Derecho⁹⁶⁹.

Además, como manifestación del juicio de necesidad, el principio de intervención mínima permite al Poder judicial, a la hora de enjuiciar la concreta actuación del legislador penal, determinar si se ha movido dentro de los márgenes de libertad trazados por este principio⁹⁷⁰.

⁹⁶⁷ Así, abogan por la denominación "carácter subsidiario", MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, cit., pp-125-126; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Sobre el concepto de derecho penal*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de publicaciones, Madrid, 1984, p. 359. Críticamente, sobre la expresión "carácter subsidiario", optando por la de "*ultima ratio*", BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal – parte general*, cit., p. 96; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., pp. 60 y ss.

⁹⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, cit., pp. 65-66.

⁹⁶⁹ En este sentido, MIR PUIG, Santiago. "Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal", cit., pp. 243-244, advierte que: "... la admisión de un Estado social que interviene para procurar *bienestar* a los ciudadanos, no obliga a postular como deseable un intervencionismo penal que *restrinja* la libertad del ciudadano más allá de lo imprescindible para su propia protección. Al contrario, en un Estado social al servicio del individuo la intervención penal sólo se justifica cuando es absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos".

⁹⁷⁰ HUERTA TOCILDO, Susana. "Principio de legalidad y normas sancionadoras", cit., p. 64.

2.2.2.1.1. El carácter subsidiario

La subsidiariedad consiste en recurrir al Derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes cuando no inadecuados, es decir, “*cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho*”⁹⁷¹. En este sentido, el principio de intervención mínima pone de manifiesto que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos por el Derecho penal, sino también ante el Derecho penal. En consecuencia, si para el restablecimiento del orden jurídico violado son suficientes otro tipo de medidas o sanciones no penales, debería prescindirse de la intervención penal⁹⁷².

PRITTWITZ⁹⁷³ apunta dos significados para la subsidiariedad: uno negativo, que la equipara con la *ultima ratio*, y otro positivo, que expresa de que manera el Estado junto al Derecho penal y en el Derecho penal realiza un deber de ayuda. Concluye, entonces, que “*la subsidiariedad es una norma de competencia (excluye las competencias negativas del Estado y fundamenta las positivas)*”⁹⁷⁴.

De entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, es al Derecho penal a quien incumbe la función de atribuir las sanciones más gravosas, dado que se regula el ataque de bienes jurídicos tutelados penalmente. Por ello, el Derecho penal debe ser tenido como la *ultima ratio* del sistema, lo que significa que, “*cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos*

⁹⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal - parte general*, cit., p. 59. En este mismo sentido, POLAINO NAVARRETE. *Lecciones de derecho penal-parte general*, Tomo I, cit., p. 108.

⁹⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, cit., p. 71.

⁹⁷³ PRITTWITZ, Cornelius. “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿*ultima ratio*? – reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 2000, traducción al castellano por CASTIÑEIRA PALOU, M. T., p. 431.

⁹⁷⁴ PRITTWITZ, Cornelius. “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿*ultima ratio*? – reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal”, cit., p. 432.

*radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables*⁹⁷⁵.

El Derecho penal no puede ser tenido como *prima* o *unica ratio* para la solución de los problemas sociales, que muchas veces son perfectamente filtrables por otras ramas del ordenamiento jurídico. De esta forma, como sustenta BUSTOS RAMÍREZ⁹⁷⁶, la norma penal debe ser considerada como “*un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social*”, donde el Derecho penal no sólo es la *ultima*, pero sí la *extrema ratio*, es decir, interviene solamente cuando hayan fracasado todos los demás controles, formales o informales.

No obstante sea el Derecho penal el que prevé las sanciones más gravosas (pena privativa de libertad), no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico. Así, para que la subsidiariedad del Derecho penal sea llevada a efecto, en primer lugar, deberá preferirse la utilización de los medios desprovistos del carácter de sanción; seguidamente, las vías que atribuyen sanciones no penales, como la civil o administrativa; y en la hipótesis de fallo de esos medios, sólo entonces se apela al Derecho penal para sancionar el hecho⁹⁷⁷.

En este contexto, es posible plantearse la cuestión de si la sanción penal puede coexistir con una sanción de naturaleza no penal, como la civil o administrativa. La respuesta está en definir la finalidad de la sanción. Así que, si la sanción penal y la otra no penal tuvieran fundamentos distintos, es perfectamente posible la coexistencia. Por otro lado, si el fundamento fuera el mismo, no será posible la incidencia de las dos, por quiebra del principio del *ne bis in idem*⁹⁷⁸.

⁹⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal - parte general*, cit., p. 74.

⁹⁷⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Héran. *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 66.

⁹⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal - parte general*, cit., p. 118.

⁹⁷⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal - parte general*, cit., p. 6

Conforme aclara MUÑOZ CONDE⁹⁷⁹, hasta mismo en los casos de las leyes penales en blanco, cuya remisión es hecha a otras ramas del Derecho, el Derecho penal debe utilizar sus propios criterios para decidir qué parte del supuesto de hecho eleva a categoría de delito, y desde cuando lo hace la convierte en un elemento integrante del tipo.

Sobre la base de todo lo expuesto, frente a la actual tendencia del Derecho penal, caracterizada por el afán desmesurado de criminalizar y proteger intereses que, o bien son esenciales para la comunidad o se identifican con ésta, o que, bajo una supuesta necesidad de protección determinan una intolerable intromisión en la esfera personal del individuo, el principio de intervención mínima se orienta a reclamar un Derecho penal mínimo, es decir, a delimitar el ámbito en que esté legitimada su intervención.

Además, conforme destaca AGUADO CORREA⁹⁸⁰, la subsidiariedad, *"pese a lo que algunos sostienen, no constituye una exigencia ética para el legislador, sino una exigencia derivada del principio de proporcionalidad y, por ende, de la propia Constitución"*.

Es decir, puede y debe ser considerado por el legislador en el momento de elaboración de las leyes penales, bien como por el Poder judicial en el análisis de proporcionalidad, especialmente, en el momento del juicio de necesidad.

2.2.2.1.2. Carácter Fragmentario

Procede de BINDING la afirmación de que el Derecho penal tiene carácter fragmentario, empleándolo para distinguir entre las conductas que el legislador alemán ha convertido en descripciones de delito y aquellas que no

⁹⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal - parte general*, cit., p. 62.

⁹⁸⁰ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, cit., p. 293.

han entrado en el Código penal. Sustentaba que el legislador deja

“que las olas de la vida diaria (...) traigan a sus pies las conductas que luego él recoge para convertirlas en supuestos de hecho de delitos porque resultan insoportables. Originariamente sólo es abarcable la forma burda (...). Lo fino y más singular, si es que existe, no lo observa o no sabe expresarlo. Y sin embargo su contenido de injusto quizá tiene más peso que el del delito sancionado (...) el ‘carácter fragmentario’ del Derecho penal es ‘un gran defecto del StGB’⁹⁸¹ .

El carácter fragmentario consiste, por tanto, en limitar la actuación del Derecho penal a los ataques más violentos contra los bienes jurídicos más relevantes⁹⁸².

La protección de la sociedad justifica la actuación del Derecho penal en un Estado social. Esta protección es expresada a través de la tutela por el Derecho penal de bienes jurídicos⁹⁸³. Por lo tanto, si una ley penal no protege un bien jurídico, hay infracción del principio de intervención mínima, acarreado la nulidad de esa norma, por arbitraria⁹⁸⁴.

Sin embargo, no toda lesión de un bien jurídico debe ser reprochada por el Derecho penal. Se impone la presencia de dos elementos para que el Derecho penal actúe: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a éste sea violenta.

⁹⁸¹ BINDING, Karl, *apud* PRITTWITZ, Cornelius. “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? – reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal”, *cit.*, pp. 428-429.

⁹⁸² Véase en este sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. “Sobre la aspiración a un derecho penal subsidiario: ¿en qué medida es posible la subsidiariedad de los instrumentos penales?”, en *Cuaderno de Política Criminal*, num. 111, III, Época II, diciembre 2013, p. 38. Para VIVES ANTÓN, Tomás S. “La reforma penal de 2015: una valoración genérica”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (director). *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2 Edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 38, “*El carácter fragmentario del Derecho Penal es una condición imprescindible tanto de su contribución a un orden social en el que se pueda vivir en libertad, como a la justicia del castigo, que exige que no sea impuesto más que allí donde es absolutamente necesario, cuanto a la eficacia de ese castigo*”.

⁹⁸³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal - parte general*, *cit.*, p. 119.

⁹⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, *cit.*, p. 78.

El ejemplo apuntado por BUSTOS RAMÍREZ⁹⁸⁵ es la protección penal del bien jurídico patrimonio: “*el patrimonio está ampliamente protegido en el Código penal, pero no todo ataque a este bien jurídico tiene una respuesta penal. No está penalizado, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato, el no pago de una deuda*”.

La dificultad de precisar qué bienes jurídicos deben ser considerados esenciales para la comunidad se presenta como consecuencia inherente a la moldeabilidad y vaguedad de su concepto⁹⁸⁶ y de su correlativa facilidad para convertirse en un criterio enmascarador de la protección de los intereses de una determinada clase, ideología o moral.

Pero los peligros de perversión de los límites del *ius puniendi* del Estado también pueden derivarse de la apreciación de la gravedad del ataque. Efectivamente, una concepción amplia de esta gravedad puede conducir a una auténtica inflación del Derecho penal hasta el punto de entender que cualquier conducta con una mínima potencialidad lesiva del bien jurídico que se considere digno de protección penal debe elevarse, sin más, a la categoría de delito. Esto es lo que se produce, entre otras cosas, con la técnica de los delitos de peligro abstracto tan frecuentemente utilizada en los últimos tiempos por el legislador.

En esta situación, entendemos que los principales criterios que, desde el respeto al principio de intervención mínima, han de regir la elevación de una conducta a la categoría de delito son el merecimiento de pena⁹⁸⁷, esencialmente plasmado en la exigencia de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que suponga un interés fundamental del individuo o de la

⁹⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal, cit.*, p. 67.

⁹⁸⁶ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, pp. 106 y ss.

⁹⁸⁷ Conforme HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal, cit.*, p. 66, “*el merecimiento de pena es, desde un punto de vista polítocriminal, un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente: un componente de Justicia y otro puramente utilitario*”.

sociedad; y la necesidad de pena, en el sentido de que no todo lo que merece pena, efectivamente la necesita, dado que pueden resolverse los conflictos con otro tipo de sanciones más adecuadas y menos gravosas⁹⁸⁸. Como enfatizan BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE⁹⁸⁹, "*la pena ha de imponerse sólo cuando es necesaria; en caso contrario será pura arbitrariedad*".

En definitiva, esas exigencias derivadas del carácter fragmentario del Derecho penal, de que no todos los bienes jurídicos deben ser bienes jurídicos penales y no todas las modalidades de agresión a un bien jurídico deben ser penalmente relevantes, deben ser incorporadas en el juicio de necesidad de la norma⁹⁹⁰.

2.2.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

El tercer subprincipio, último de los componentes del principio de proporcionalidad en sentido amplio, requiere, superados los anteriores juicios de idoneidad y necesidad, un juicio de ponderación entre las ventajas y perjuicios que se generan por la limitación de un derecho para la protección de un bien o derecho constitucionalmente protegido.⁹⁹¹ Es decir, la verificación de la idoneidad y la necesidad es condición necesaria, pero no suficiente, para

⁹⁸⁸ En este sentido, ROMANO, Mario. "<<Merecimiento de pena>>, <<necesidad de pena>> y teoría del delito", en SCHÜNEMANN, Bernd y FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (coordinadores). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995, p. 140, afirma que "<<merecimiento de pena>> y <<necesidad de pena>> son categorías que fundamentan sus raíces en una constante exigencia de justicia nunca eludible en cualquier ámbito del derecho, y por esto figuran como criterios de interpretación, de verificación o de corrección de los sistemas penales positivos".

⁹⁸⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004, p. 33.

⁹⁹⁰ En este sentido, LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., pp. 450-451.

⁹⁹¹ En este sentido, PERELLO DOMENECH, Isabel. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", cit., p. 70. En este sentido, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16 edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 217, afirma que "o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais".

afirmar la validez constitucional de determinada medida legislativa⁹⁹².

Así que, según ALEXY⁹⁹³, por cuanto los subprincipios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a las posibilidades fácticas, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto "*expresa el sentido de la ponderación respecto de las posibilidades jurídicas*". Es decir, "*la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto se sigue del carácter de mandamientos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas*"⁹⁹⁴.

También BERNAL PULIDO⁹⁹⁵, en relación a la definición del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, afirma que:

"significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad. Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin."

De esta manera, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto implica en la exigencia de comparación o juicio de ponderación, de modo que los beneficios atingidos por la medida legislativa superen los costes, pues, del contrario, deben ser consideradas desproporcionales.

⁹⁹² LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 497. En este mismo sentido, BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio de proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 80, aclara que "*Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece coma idéia de justa medida. Assim, o princípio de proporcionalidade strictu sensu, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido*".

⁹⁹³ ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", cit., p. 15. También, ALEXY, Robert. "La fórmula del peso", cit., p. 15.

⁹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 118.

⁹⁹⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales - el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, cit., p. 758.

Además, las medidas legislativas que se ponderan son el derecho fundamental afectado y el derecho fundamental o el principio constitucional de primer o de segundo grado que fundamenta la intervención legislativa⁹⁹⁶.

Esto es así porque, conforme ALEXY⁹⁹⁷, los derechos fundamentales tienen el carácter abierto de los principios, los cuáles *"están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de sus posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos"*.

En definitiva, como señala PRIETO SANCHÍS⁹⁹⁸:

"el juicio de proporcionalidad en sentido estricto entraña más bien un juicio normativo o jurídico, pues ya no se trata de indagar si en la práctica o desde un punto de vista técnico la medida es idónea o si existe otra menos gravosa, sino de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión."

En Derecho penal, esta comparación o juicio de ponderación consiste en comprobar se existe equilibrio entre la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes protegidos por esta intervención⁹⁹⁹.

En palabras de LAMARCA PÉREZ¹⁰⁰⁰, *"el núcleo del juicio de proporcionalidad consiste en determinar la intensidad con que la norma penal*

⁹⁹⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales - el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, pp. 758-759.

⁹⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

⁹⁹⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. "El juicio de ponderación constitucional", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Miguel Carbonell, 2008, p. 112.

⁹⁹⁹ Así, MIR PUIG, Santiago. "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal", *cit.*, p. 1364.

¹⁰⁰⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, *cit.*, p. 88.

satisface uno de los principios (el bien jurídico), la intensidad con que afecta a los principios que operan en sentido contrario (los derechos que sacrifica la intervención penal) y a comparar una cosa y otra para concluir si el balance es o no equilibrado".

De este modo, la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto requiere una ponderación entre, por un lado, los derechos fundamentales afectados por la descripción de la conducta prohibida y de la pena aplicable y, por otro, el bien jurídico que se invoca como fundamento de la intervención legislativa.¹⁰⁰¹

Y, de este juicio de ponderación, como advierte MIR PUIG¹⁰⁰², *"cabrá exigir que el interés que se espera proteger sea proporcionado a la gravedad de la intervención penal, de modo que ésta no sea más grave que el mal que se trata de evitar"*. Es decir, la carga coactiva de la pena no puede ser más grave, causar más daño, que el fin perseguido por la conminación penal.

En este sentido, señala AGUADO CORREA¹⁰⁰³, que el control de la proporcionalidad en sentido estricto trata de contrapesar *"por una parte, el menoscabo de derechos fundamentales que implica toda amenaza penal; y, por otra, la mejora que a través de la misma se consigue para la protección del bien jurídico"*.

En el tema de la leyes penales en blanco, como será abordado en apartado propio, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderación, se torna aún más importante, pues más allá de considerar el menoscabo de derechos fundamentales común a toda y cualquier intervención penal, deberá considerar la merma o relativización del principio de legalidad que implica el empleo de la técnica de la ley penal en blanco. Es decir, el beneficio alcanzado con la protección de determinado bien jurídico, debe

¹⁰⁰¹ En este sentido, LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 499.

¹⁰⁰² MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*, cit., p. 121.

¹⁰⁰³ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, cit., p. 307.

superar el menoscabo de los derechos fundamentales sumado a la relativización del principio de legalidad.

En conclusión, toda medida legislativa que, después de un juicio de ponderación, sea considerada más grave que el hecho que trata de evitar, debe ser considerada desproporcional.

2.3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Inicialmente es necesario subrayar que, no obstante el principio de proporcionalidad no sea previsto expresamente por el texto constitucional, la mayoría de la doctrina penalista se muestra de acuerdo en reconocer su rango constitucional¹⁰⁰⁴. Sin embargo, más discutible es donde y si el principio de proporcionalidad encuentra efectivo y explícito respaldo constitucional.¹⁰⁰⁵

La jurisprudencia constitucional, conforme destaca MIR PUIG¹⁰⁰⁶, aunque con variadas fundamentaciones, reconoce desde los años ochenta el principio de proporcionalidad.

En la STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 2, el Tribunal Constitucional, aunque tenga evitado pronunciarse sobre la posible consagración del principio de proporcionalidad sugiere como su posible apoyo el artículo 1º de la CE (la justicia como valor supremo del ordenamiento) y el artículo 10º de la CE (la

¹⁰⁰⁴ Por todos, POLAINO NAVARRETE. *Lecciones de derecho penal-parte general*, Tomo I, *cit.*, p. 82, afirma que "el principio de proporcionalidad no tiene una acogida expresa en la Constitución, pero puede inferirse implícitamente de varios preceptos constitucionales: (...)".

¹⁰⁰⁵ En este sentido, AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, *cit.*, pp. 120 y ss, quien afirma aún que "no existe consenso alguno acerca del precepto donde pueda estar consagrado" el principio de proporcionalidad. Destacando que hay quienes consideran que el principio de proporcionalidad está consagrado en el artículo 15 de la CE; otros sostienen que es en el artículo 9.3 de la CE; algunos a partir del artículo 1 de la CE; también del art. 1 y 10.1 de la CE; desde el punto de vista político constitucional Luzón Peña sostiene que se consagra en el artículo 14 de la CE; y, por fin, los que sostiene que el principio de proporcionalidad, por ser consubstancial al sistema sancionatorio, estaría implícito en el Derecho constitucional.

¹⁰⁰⁶ Así, MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*, *cit.*, p. 97.

dignidad de la persona y sus derechos como fundamento del orden político y la paz social). A partir de la STC 160/1987, de 27 de octubre, ya no cabe más duda de que el Tribunal Constitucional reconoce un principio de proporcionalidad de la pena consagrado en los artículos 1.1 y 10.1 de la CE.¹⁰⁰⁷

No obstante, fue en la STC 66/1995, de 8 de mayo, que el Tribunal Constitucional, para controlar la constitucionalidad de una resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid, que prohibió una concentración convocada por un sindicato en el centro de Madrid, ha utilizado por primera vez, el concepto de proporcionalidad en su sentido amplio¹⁰⁰⁸, acudiendo a los tres subprincipios que lo compone de la siguiente manera:

"Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto."¹⁰⁰⁹

Ya, en la Sentencia 55/1996, de 28 de marzo, el Tribunal Constitucional, al abordar y pronunciarse expresamente sobre el valor y significado del principio de proporcionalidad frente al legislador, reconoce, en el sentido planteado por ALEXY, que este principio carece en el ordenamiento español de un canon de constitucionalidad autónomo, constituyéndose en un criterio de interpretación.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁷ En este sentido, AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, cit., pp. 126-128.

¹⁰⁰⁸ En este sentido, PERELLO DOMENECH, Isabel. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", cit., p. 72.

¹⁰⁰⁹ STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5.

¹⁰¹⁰ Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen II, cit., p. 581. En este mismo sentido, MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*, cit., p. 102. También, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "La generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad", cit., p. 238.

En la STC 55/1996, FJ 3, el Tribunal Constitucional afirma que :

"En primer lugar debe advertirse que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales - y en particular de los aquí invocados - y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.

El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales."

También, en la misma STC 55/1996, FJ 6, el Tribunal Constitucional señala que *"como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad."*

Así, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el legislador, dentro de los límites marcados por la Constitución, tiene atribuida una potestad exclusiva y plena en la configuración de las leyes penales. Sin embargo, esto no supone que las leyes penales sean un ámbito exento del control de proporcionalidad. Hasta porque, en el FJ 8, de esta misma sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que el alcance del control constitucional externo de la proporcionalidad de las leyes penales se limita *"a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia"*

inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho"¹⁰¹¹.

Además, en la STC 136/1999, de 20 de julio, la primera que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de un precepto penal (artículo 174 bis a) del CP de 1944-1973 para casos de cooperación con el terrorismo) por haber vulnerado el principio de proporcionalidad, aunque tenga recordado que el legislador goza de amplio margen de libertad para decidir cuándo una intervención penal resulta proporcionada, el Tribunal Constitucional entró a revisar una decisión del legislador¹⁰¹².

En esta sentencia, del caso de la llamada Mesa Nacional de Henrri Batasuna, el Tribunal Constitucional, aplicando el juicio de proporcionalidad, concluye que dos circunstancias refuerzan la notoria desproporción del artículo 174 bis a):

"la amplitud del tipo penal, que pretendía abarcar todas las manifestaciones imaginables de la colaboración con bandas terroristas ('cualquier acto de colaboración'), y la rigidez del marco punitivo, cuyo mínimo resultaba particularmente elevado, lo que impedía al órgano jurisdiccional castigar supuestos de colaboración menos peligrosos *in concreto*- como en el caso de autos- con una pena proporcionada a la entidad de los mismos. La 'omnicomprensividad' del tipo penal, por tanto, y la severidad del tope mínimo de la pena privativa de libertad que el mismo contemplaba fundamentaban la violación del principio de proporcionalidad (esto es, del 'principio de legalidad penal') (Fundamento jurídico 30)."¹⁰¹³

Por todo lo expuesto¹⁰¹⁴, no hay duda que el Tribunal Constitucional reconoció el principio de proporcionalidad en sentido amplio, en los términos planteados por ALEXY, incluso para revisar, aunque con gran cautela y moderación, la decisión del legislador.

¹⁰¹¹ STC 55/1996, de 28 de marzo. Véase comentarios de esta sentencia en HUERTA TOCILDO, Susana. "Principio de legalidad y normas sancionadoras", en *El principio de legalidad – Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 61-64.

¹⁰¹² Así, MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*, cit., p. 110.

¹⁰¹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen II, cit., p. 587.

¹⁰¹⁴ Aún, el Tribunal Constitucional ha reconocido el principio de proporcionalidad en muchas oportunidades, como por ejemplo, en las SSTC 150/1991; 111/1993; 161/1997; entre otras.

2.4. POSICIÓN PERSONAL

Las leyes penales en blanco, como ya destacado, pueden entrar en conflicto con el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Esto porque, este principio se compone de tres subprincipios, de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, los cuales constituyen etapas del juicio de proporcionalidad.

Además, el reconocimiento y aplicación del principio de proporcionalidad, en los moldes del Tribunal Constitucional, aunque excepcionalmente, permite revisar la constitucionalidad de la decisión del legislador. Conforme destaca AGUADO CORREA¹⁰¹⁵ *"nos encontramos ante un principio que opera tanto en el momento de creación del Derecho por los legisladores como en el de su aplicación por los Jueces o Tribunales"*.

Por obvio que el legislador democrático, como incluso ha resaltado y reconocido el Tribunal Constitucional, tiene atribuida una potestad exclusiva y plena para la elección de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos plenamente reprobables, el tipo y la cualidad y cantidad de pena. Sin embargo, esta "libertad" debe ser ejercida dentro de los límites trazados por la Constitución y, por lo tanto, dentro de los criterios del principio de proporcionalidad en sentido amplio¹⁰¹⁶.

Al consagrar el principio de proporcionalidad constitucionalmente, el Tribunal Constitucional ha creado un mecanismo, a través del juicio de proporcionalidad, de control de constitucionalidad del uso del poder estatal, que gana en importancia, por todas las cuestiones ya mencionadas, en la materia

¹⁰¹⁵ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, cit., p. 114.

¹⁰¹⁶ En sentido semejante, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, cit., p. 77, defienden que *"desde el punto de vista negativo o de no actuación, los criterios de utilidad y justicia marcan los límites dentro de los cuales se mueve el margen de libertad del legislador. La Política criminal no debe infringir los principios de proporcionalidad, dañosidad social, tolerancia o subsidiariedad, aunque dado el carácter básico y vago de estos principios su lesión sólo será evidente en los casos más burdos y patentes de inobservancia de los mismos"*.

penal. De ahí que, toda y cualquier ley penal, para ser considerada conforme a Constitución, debe ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

No obstante, haya los que, como DÍEZ RIPOLLÉS¹⁰¹⁷, entienden que el principio de proporcionalidad *"no está hoy por hoy capacitado, pese los importantes valedores de los que dispone, para integrar satisfactoriamente dentro de sí los mínimos contenidos de la racionalidad legislativa penal por los que debería velar la jurisdicción constitucional"*, esta afirmación no puede ser considerada verdadera.

Inicialmente, cabe destacar que el propio DÍEZ RIPOLLES¹⁰¹⁸ reconoce que el Tribunal Constitucional ha formulado el principio de proporcionalidad en términos notablemente ambiciosos, con la finalidad de hacer frente a la improvisación y arbitrariedad legislativas.

Después, el mismo autor llega a afirmar que *"sin minusvalorar los logros con él obtenidos ni ignorar que es prácticamente el único instrumento operativo del que actualmente disponemos"*¹⁰¹⁹. Es decir, reconoce y exalta la importancia del principio de proporcionalidad como forma de interpretación.

No hay duda que el principio de proporcionalidad en sentido amplio, reconocido hoy como límite constitucional fundamental de toda intervención estatal que afecta derechos fundamentales, puede condicionar la legitimidad de la intervención penal¹⁰²⁰, adquiriendo perfiles acusadamente negativos en el control de constitucionalidad.

¹⁰¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales-práctica y teoría*, 2 edición ampliada, Madrid, Editorial Trotta, 2013, p. 253.

¹⁰¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales-práctica y teoría*, cit., p. 253.

¹⁰¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales-práctica y teoría*, cit., p. 253.

¹⁰²⁰ En este sentido, HASSEMER, Winfried. "El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídicos-penales", en VON HIRSCH, Andrew, SEELMANN, Kurt y WOHLERS, Wolfgang (editores). *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Editorial Atelier, 2012, traducción de María Teresa Castiñeira Palou y Ricardo Robles Planas, p. 199. También, MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*, cit., pp. 94 y ss.

En relación a las leyes penales en blanco el principio de proporcionalidad gana en relevancia, pues el legislador, en esta técnica de tipificación, como ya afirmado, "delega" al Poder Ejecutivo parte de la definición de la conducta prevista en el tipo penal, a través de la remisión del supuesto de hecho, lo que supone una merma o relativización del principio de legalidad.

Esta relativización del principio de legalidad (límite formal del *ius puniendi* estatal) tendrá reflejos en el principio de proporcionalidad (límite material del *ius puniendi* del Estado), más específicamente en dos momentos distintos del juicio de proporcionalidad.

En primero lugar en relación al juicio de lesividad, que integra el juicio de idoneidad, en el caso de las prohibiciones genéricas. En segundo lugar, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues la relativización del principio de legalidad que supone el empleo de las leyes penales en blanco deberá integrar el juicio de ponderación.

Estas cuestiones y sus reflejos serán abordadas en apartado propio, donde serán presentadas las propuestas y requisitos para la utilización de las leyes penales en blanco.

3. LA INTEGRACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO CON DISPOSITIVOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA UNIFORMIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Las leyes penales en blanco, más allá de los problemas ya presentados ante los principios de legalidad y de la proporcionalidad, suponen, fundamentalmente en España, una vulneración de los principios de la uniformidad de la legislación penal y del principio de igualdad, cuando la norma de complemento emana de los Parlamentos o Gobierno de las Comunidades

Autónomas¹⁰²¹.

Esta posibilidad de vulneración está vinculada a la configuración del Estado Español como Estado de las Autonomías, que posee un reparto de competencias en determinadas materias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Así, la Constitución Española, en sus artículos 148 y 149, dispone, respectivamente, sobre las competencias de las Comunidades Autónomas y del Estado.

Aunque el artículo 149.1.6ª de la CE establezca claramente y sin equívocos que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación penal, el empleo de la técnica de las leyes penales en blanco suponen, en cierta medida, una quiebra indirecta y mediata de dicho precepto al permitir que conductas proscritas o prescritas sean definidas por el legislador autonómico¹⁰²².

Esto porque, en determinadas materias que las Comunidades Autónomas tienen competencia, como por ejemplo la medioambiental y la sanitaria, al integrar la ley penal en blanco, la legislación autonómica delimitará lo que deba considerarse delito, lo que puede afectar el reparto de competencia¹⁰²³.

Sin embargo, como afirma CÓRDOBA RODA¹⁰²⁴ *"dicha cuestión no puede ser resuelta por la simple remisión al art. 149,6 de la Constitución, (...), en atención a que las referidas normas no penales no son legislación penal, por lo que dicho artículo en nada empece al ejercicio de la competencia de las Comunidades Autónomas"*.

¹⁰²¹ TIEDEMANN, Klaus. "La técnica legislativa del derecho penal económico", en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2 ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, pp. 78-79.

¹⁰²² Véase en este sentido, GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. "A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código Penal", en PERIS RIERA, Jaime Miguel (director). *La tutela penal del agua*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 308.

¹⁰²³ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., pp.60-61.

¹⁰²⁴ CÓRDOBA RODA, Juan. "Consideraciones sobre el principio de legalidad", cit., p. 242.

También, en este mismo sentido, CEREZO MIR¹⁰²⁵ afirma que, la integración de las leyes penales en blanco con disposiciones legales o reglamentarias emanadas de las Comunidades Autónomas, *"no supone un menoscabo de la competencia exclusiva del Estado en materia penal (art. 149, 1, 6º de la Constitución), pues las leyes penales en blanco emanan de las Cortes Generales, (...)"*.

Además, esta cuestión de la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia penal no es problema exclusivo de la remisión a normas o reglamentos emanados de las Comunidades Autónomas, porque está presente en toda y cualquier ley penal en blanco.

El concepto mismo de ley penal en blanco, adoptado en este trabajo, como leyes que remiten parte de su supuesto de hecho a normas extrapenales, donde se admite que el complemento puede, incluso tener rango inferior al de ley, un reglamento por ejemplo, ya afectaría la competencia exclusiva del Estado.

También, como ya afirmado anteriormente, al utilizar la técnica de las leyes penales en blanco, el propio Poder Legislativo del Estado "delega" parte de su competencia a otras instancias de Poder.

Por esta razón, la cuestión del reparto de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas será tratada juntamente con los criterios y/o requisitos para la utilización de toda y cualquier ley penal en blanco¹⁰²⁶.

No obstante, otra cuestión es la posible vulneración del principio de la uniformidad de la legislación penal y del principio de igualdad, cuando las

¹⁰²⁵ CEREZO MIR, José. *"Las leyes penales en blanco en la protección penal del medio ambiente"*, cit., p. 11.

¹⁰²⁶ Aunque, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español-parte general*, cit., p. 249, entienda que la integración de las leyes penales en blanco con normas emanadas de las Comunidades Autónomas vulnera el principio de competencia exclusiva del Estado en materia penal.

disposiciones de carácter legal o reglamentario, que complementan el supuesto de hecho de las leyes penales en blanco, emanan de las Comunidades Autónomas. Es que, en estos casos, *"puede producirse como consecuencia que lo que en una Comunidad Autónoma es constitutivo de delito, resulte no serlo en otra"*¹⁰²⁷.

En este mismo sentido, GARCÍA ARÁN¹⁰²⁸ señala que:

"Parece evidente si la ley penal se remite a una normativa desarrollada en ejercicio de competencias autonómicas, el resultado final puede consistir en un contenido diferenciado de la norma penal según la parte del territorio español en que se aplique. Diferencias que nascerán del distinto modo en que cada Comunidad Autónoma desarrolle la normativa sobre la que tiene competencia. Y ello, se quiera o no, puede suponer que unos hechos *estén definidos* como delito en una parte del territorio español y no lo estén en otra."

De este modo, no hay duda que, por el muy distinto contenido de la regulación de las materias de competencia de las Comunidades Autónomas, también habrán distinciones en el contenido de las leyes penales cuando complementadas por las leyes y reglamentos emanadas de las Comunidades Autónomas. Es decir, puede que no sea delito en una Comunidad lo que es delito en otra.

Conforme señala SANTANA VEGA¹⁰²⁹:

¹⁰²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 114. También, MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental*, cit., p. 32.

¹⁰²⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", cit., p. 94. También, SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", cit., en *La Ley*, 1993-1, p. 971, afirma que "(...), a raíz de la descentralización introducida por la Constitución de 1978, cabe que algunas de esas materias no sean de competencia estatal, sino de competencia de las diversas Comunidades Autónomas. Ello implicará, inmediateamente, que las leyes o reglamentos a cuya infracción remite el tipo penal puedan ser disposiciones autonómicas; además, que puedan ser distintas en los diversos territorios que integran el Estado. Consiguientemente, se da la posibilidad de que, en determinados delitos, el ámbito de lo punible quede configurado de modo parcialmente diferente para cada Comunidad Autónoma". CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal – concepto y principios constitucionales*, 3ª. edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 125.

¹⁰²⁹ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 61. En este mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Sólo penas legales, precisa y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 90.

"(...), la remisión a las disposiciones extrapenales plantea, en muchas ocasiones, la introducción de la dispar legislación autonómica. Así:

a) Cuando de normas civiles se trate se podría producir, en ciertas materias, la referencia a un doble orden de regulaciones: o la del Derecho civil común o la de las legislaciones forales -que regulan, sobre todo, instituciones en el ámbito patrimonial o familiar.

b) Cuando concierna a disposiciones administrativas (v.gr. delito ecológico, fiscal o contra la salud pública), puede haber tantas posibilidades de completar la descripción típica como Comunidades Autónomas en las que estas competencias estén transferidas. Con ello, la esfera de punibilidad ante los bienes jurídico-penalmente protegidos, puede que sea una en Galicia y otra en Andalucía, Cataluña o Canarias."

Sin embargo, es preciso analizar si esta inevitable situación de diversidad de leyes penales en las Comunidades Autónomas realmente viola los principios de uniformidad de leyes penales y de igualdad, para concluir sobre su constitucionalidad. Para tanto, serán expuestos las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

3.1. LAS POSICIONES DE LA DOCTRINA

La doctrina española, en relación a la posible violación de los principios de uniformidad de la ley penal y de la igualdad, en razón de la ley penal en blanco ser complementada por leyes o reglamentos emanadas de las Comunidades Autónomas, aunque la mayoría admita¹⁰³⁰, presenta opiniones discrepantes.

De esta manera, es necesario presentar y analizar los argumentos favorables y los contrarios a remisiones a las normativas de las Comunidades Autónomas, para una posterior toma de posición.

¹⁰³⁰ En este sentido, CEREZO MIR, José. *"Las leyes penales en blanco en la protección penal del medio ambiente"*, cit., p. 11.

3.1.1. Los argumentos que admiten la remisión a la normativa de las Comunidades Autónomas.

Como anteriormente afirmado, los problemas relativos y exclusivos a la posibilidad de complementación de las leyes penales en blanco por la normativa de las Comunidades Autónomas, se concentran en la probable violación de los principios de la uniformidad de la legislación penal y de igualdad.

En relación al principio de uniformidad de la legislación penal, el sector de la doctrina favorable a la utilización de la remisión a normas emanadas de las Comunidades Autónomas, defienden que la inobservancia de la uniformidad en España no tiene relevancia constitucional.

Inicialmente, porque el principio de uniformidad de la legislación penal, presente en constituciones anteriores, no existe en el marco constitucional vigente. Lo que se establece, explícitamente, en la Constitución de 1978 es el principio de competencia exclusiva del Estado para la legislación penal (art. 149, 6ª de la CE).¹⁰³¹

En este sentido, se afirma que *"la ausencia de una monolítica uniformidad no infringe necesariamente los artículos 1, 9.2, 14, 139.1, y 149.1.1 CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, (...)"*.¹⁰³² Al contrario, conforme aclara ÁLVAREZ

¹⁰³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", *cit.*, p. 971. Para QUERALT, Joan Josep. "Código penal y ley orgánica", *cit.*, p.81, la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia penal, a través de ley orgánica, no impide que la normativa autonómica integre una ley penal en blanco. En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, Carmen. "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, número 20, mayo-agosto, 1987, p. 117.

¹⁰³² Así, SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. "La protección penal del medio ambiente - peculiaridades de su tratamiento jurídico", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 04-11, <http://criminnet.ugr.es/recpc>, 2002, p. 12.

GARCÍA¹⁰³³, *"la puesta constitucional por un Estado de las autonomías determina la pluralidad jurídica en muchos aspectos de la vida, y también en el penal"*.

Así, el hecho de que una misma conducta sea delictiva en un lugar y no sea en otro no es sino una consecuencia del sistema de fuentes normativas compartidas previsto en la Constitución de 1978.¹⁰³⁴

Más allá de esto, según afirma SILVA SÁNCHEZ¹⁰³⁵, la ausencia de una total uniformidad en la legislación penal española no deriva de la configuración autonómica del Estado, pero sí de la existencia de Derechos civiles forales, que han consagrado el pluralismo jurídico en España, incluso con repercusiones en el Derecho penal.

Además, la organización territorial de España aporta razones de que sean los agentes políticos más próximos a los objetos de protección los que regulen determinadas materias, hasta porque están reconocidos constitucionalmente (véase el art. 148, de la CE, que disciplina la competencia de las Comunidades Autónomas)¹⁰³⁶.

Para LASCURAÍN SÁNCHEZ¹⁰³⁷, la cuestión de uniformidad por si sólo no genera mayores problemas, pues *"en términos constitucionales la falta de uniformidad penal sólo es relevante si afecta al principio de igualdad del*

¹⁰³³ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 24.

¹⁰³⁴ Así, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal – concepto y principios constitucionales*, cit., p. 126.

¹⁰³⁵ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", cit., p. 972.

¹⁰³⁶ Así, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. "Principio de legalidad penal y normas de los territorios históricos", en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 18, 1994, p. 93. En este sentido, DELGADO GIL, Andrés. "La competencia de las comunidades autónomas en materia penal. Algunas posibilidades en relación con los delitos sobre el patrimonio histórico", en <http://revista-laley Penal.laley.es>, consultado en 13/3/2012, p. 2, defiende que *"en determinados casos, la Comunidad Autónoma podrá influir en esa competencia exclusiva estatal"*.

¹⁰³⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Sólo penas legales, precisa y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 90.

artículo 14 o la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas".

Ello porque, el principio de igualdad está expresamente previsto en el artículo 14 de la Constitución Española, donde dispone que *"los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*.

Para el sector de la doctrina que entiende posible la remisión a las normas emanadas de las Comunidades Autónomas, no hay vulneración del principio de igualdad.

En primer lugar, porque, según SILVA SÁNCHEZ¹⁰³⁸, *"el Derecho penal no somete a todos los ciudadanos a un mismo régimen, sino que a veces tiene en cuenta circunstancias concurrentes en un colectivo de personas (por ejemplo, la condición de funcionario) o en los objetos del delito (por ejemplo, el carácter de <<caudales públicos>>) para aplicarles sanciones diversas, eventualmente más graves que las que aplica al común de los ciudadanos"*.

De este modo, el principio de igualdad no es vulnerado cuando, las discordancias en el ámbito de los delitos o de las penas, estuvieren basadas en las circunstancias diversas existentes en las diferentes Comunidades Autónomas.¹⁰³⁹ Es decir, no se vulnera el principio de igualdad si las normas autonómicas introdujeren divergencias razonables y proporcionadas¹⁰⁴⁰, generalmente fundadas en la necesidad de cada territorio.

¹⁰³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", *cit.*, p. 974.

¹⁰³⁹ En este sentido, CEREZO MIR, José. "Las leyes penales en blanco en la protección penal del medio ambiente", *cit.*, p. 12. También, SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", *cit.*, p. 974.

¹⁰⁴⁰ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Sólo penas legales, precisa y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, *cit.*, p. 90.

Conforme señala RUIZ ROBLEDO¹⁰⁴¹:

"gracias a las normas penales en blanco las Comunidades Autónomas, en ciertos casos justificados por la distinta realidades territoriales (especialmente en el delito ecológico y delitos contra la fauna y flora) y con todas las prevenciones que hemos visto, logran proteger penalmente bienes jurídicos determinados según sus propias concepciones, sin por ello crear nuevos tipos penales, evitando así afectar al núcleo esencial de la igualdad de los ciudadanos, lo que el Constitucional denomina la 'igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales'".

Los defensores de la utilización de las normas autonómicas como complemento de las leyes penales en blanco defienden que el principio de igualdad no impide, incluso en el Derecho penal, el tratamiento desigual, pero sí la ausencia de fundamentación para tanto, lo que configuraría arbitrariedad¹⁰⁴².

De ahí que, es posible el tratamiento desigual por la ley penal, pues estaría justificado por las peculiaridades geográficas, la debilidad del bien jurídico, u otras similares, ya que lo que contrasta con el principio de igualdad es la discriminación, pero no la desigualdad razonablemente justificada.¹⁰⁴³

Como afirma MORALES PRATS¹⁰⁴⁴, en relación a los delitos contra el medio ambiente, *"sólo cuando la legislación autonómica ambiental introduzca medidas jurídicas desiguales frente a necesidades de protección del medio ambiente también desiguales, podrá establecerse que se halla en juego el*

¹⁰⁴¹ RUIZ ROBLEDO, Agustín. *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 233. En el mismo sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental", en *Revista penal*, nº 4, 1999, p. 36, afirma que *"el hecho de que a través de norma no estatales se establezcan niveles de protección para determinados bienes ambientales en modo alguno ha de reputarse contrario al principio de igualdad ante la ley; es más puede estar perfectamente justificado por la propia naturaleza de los elementos ambientales, especialmente sensibles a las 'diferencias locacionales'"*.

¹⁰⁴² En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", *cit.*, p. 975.

¹⁰⁴³ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*, *cit.*, pp. 25-26.

¹⁰⁴⁴ MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro", *cit.*, p. 236.

principio de igualdad en su vertiente material y, en consecuencia, procederá la complementación del tipo penal por medio de la legislación autonómica".

En esta misma línea, CARBONELL MATEU¹⁰⁴⁵, al analizar el tema de la complementación de la ley penal en blanco por la normativa autonómica, bien como un distinto ámbito de aplicación de delitos, ha afirmado que *"no es contrario al principio de igualdad, sino su más absoluta afirmación, contemplar la distinta significación de las conductas en distintas zonas del territorio: tratar de manera desigual a lo que tiene significación distintas"*.

Además, la remisión a la normativa de las Comunidades Autónomas encuentra su límite en la necesidad de adaptación de cuestiones de detalle a las circunstancias cambiantes en el espacio y el tiempo, bien como sólo podrán tener un carácter técnico y ejecutivo, aparte de que no podrá afectar al bien jurídico protegido por la ley penal¹⁰⁴⁶. De ahí que, para ARROYO ZAPATER¹⁰⁴⁷, los límites de la integración de la ley penal por la normativa autonómica *"se han de establecer en concreto"*.

En definitiva, para este sector de la doctrina, las remisiones a la normativa de las Comunidades Autónomas, por las razones ya expuestas, no violan los principios de uniformidad de la legislación penal y de igualdad, por lo tanto, no son inconstitucionales.

¹⁰⁴⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal – concepto y principios constitucionales*, cit., pp. 126. También, SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", cit., p. 975, señala que *"(...), la existencia de normas penales en blanco que posibilitasen una remisión a las disposiciones no estatales podría responder, incluso, a la más estricta apreciación del principio de igualdad, que consiste en tratar de modo diferente situaciones diferentes"*.

¹⁰⁴⁶ Véase en este sentido, CASABO RUIZ, Jose R. "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente", cit., p. 260. También, SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", cit., p. 976.

¹⁰⁴⁷ ARROYO ZAPATERO. Luis. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", cit., p. 44.

3.1.2. Los argumentos contrarios a la posibilidad de remisión a la normativa de las Comunidades Autónomas

A pesar de la mayoría de la doctrina admitir, con base en los argumentos anteriormente expuestos, la integración de las leyes penales en blanco por la normativa de las Comunidades Autónomas, un sector de la doctrina española es contrario y aboga por su inconstitucionalidad.

Inicialmente, porque concibe que el principio de uniformidad de la legislación penal, al contrario de lo defendido por los autores que admiten las normas autonómicas en la complementación de la ley penal en blanco, está configurado como una garantía constitucional de carácter esencial.

En este sentido, MESTRE DELGADO¹⁰⁴⁸, después de trazar un pequeño histórico de las constituciones anteriores donde el principio de uniformidad de la legislación penal estaba formulado de manera expresa (arts. 96 de la Constitución de Bayona, 258 de la Constitución de 1812, 4 de la Constitución de 1837, 4 de la Constitución de 1845, 5 de la de Constitución de 1856, 4 de la Constitución de 1869), afirma que mismo:

"en los momentos que históricos en que el Estado se ha estructurado conforme a modelos descentralizados, este principio se ha difuminado en los textos constitucionales, aunque puede reconocerse su influjo en el establecimiento de una competencia legislativa estatal de carácter exclusivo en materia penal. Así ha sucedido en el art. 15.1 de la Constitución de 1931 (siguiendo el modelo del Título V, apartado 15, del proyecto de Constitución Federal de la República Española), y así ocurre con el art. 149.1.6º del vigente texto constitucional, en el que se atribuye al Estado la competencia exclusiva, entre otras materias, sobre la legislación penal".

De ahí que, para este autor¹⁰⁴⁹ el principio de uniformidad de la legislación penal, aunque no expresamente previsto en la constitución, es

¹⁰⁴⁸ MESTRE DELGADO, Esteban. "Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre la legislación penal y penitenciaria", en <http://revista-laleypenal.laley.es>, consultado en 13/3/2012, p. 2.

¹⁰⁴⁹ MESTRE DELGADO, Esteban. "Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre la legislación penal y penitenciaria", *cit.*, p. 2.

consecuencia del artículo 149.1.6º de la CE, pues si la competencia en materia penal es exclusiva del Estado, las leyes penales deben ser las mismas en todo el territorio español.

También, en esta misma línea, GARCÍA ARÁN¹⁰⁵⁰ señala que:

"la utilización incorrecta de la ley penal en blanco, introduciendo de modo injustificado la desigualdad en la ley penal y remitiendo la materia de prohibición a una instancia territorial, supone que el legislador penal infringe lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE, al no regular las 'condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales', cuestión cuyo tratamiento como posibles supuesto de inconstitucionalidad por omisión, corresponde a la doctrina especializada."

Este planteamiento de GARCÍA ARÁN, añade a las afirmaciones de MESTRE DELGADO, que la violación del dispuesto en el artículo 149.1.1 de la CE es reflejo de la inobservancia de la igualdad entre todos los españoles.

Así que, la uniformidad de la legislación penal está sustentada dentro del principio de igualdad (en el ya citado art. 14 CE), pues todos los ciudadanos en territorio español deben encontrarse en las mismas condiciones ante la ley, que por ello debe ser uniforme y general.

Sin embargo, como ya destacado, por la vía indirecta, a través de las remisiones de las leyes penales en blanco, las Comunidades Autónomas pueden asumir un papel esencial en las conductas punibles creando delitos de ámbito aplicativo exclusivamente territorial y subestatal que no poseen cobertura constitucional¹⁰⁵¹.

La integración de las leyes penal en blanco con normativa autonómica, según SANTA VEGA¹⁰⁵², *"no puede plantearse en términos de punición o no*

¹⁰⁵⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, pp. 99-100, admite la integración solamente como forma de interpretación (remisiones interpretativas).

¹⁰⁵¹ En este sentido, MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *cit.*, p. 519.

¹⁰⁵² SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, *cit.*, pp. 76-77.

punición de una conducta en función de la parte del territorio del Estado en el que un ciudadano español se encuentre, sino que ha de quedar reducida a las condiciones complementarias de punición".

Es decir, la citada integración no puede crear delitos, debiendo las diferencias entre las Comunidades Autónomas españolas quedar en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, pues, de lo contrario, habría violación de los principios de uniformidad y igualdad.¹⁰⁵³

Ello porque, cuando la propia Constitución delinea el modelo de Estado Regional o de las Comunidades Autónomas establece una regulación abierta que encuentra sus límites en variados preceptos (arts. 1, 9.2, 14, 138, 2, 139.1 y 149.1.1) que se reconducen al reconocimiento de que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español¹⁰⁵⁴.

Además, el Estado Regional o de las Autonomías que encarna España se caracteriza por un único orden de legitimidad constitucional (el Estado), donde el principio de uniformidad de la legislación penal en el territorio de la Federación no debería ser afectado, tan poco sacrificado, por ningún principio relacionado con la estructura territorial del Estado¹⁰⁵⁵.

Otro aspecto importante que impediría la remisión a la normativa autonómica, señalado por BACIGALUPO¹⁰⁵⁶, es el contenido de esta normativa, pues si afectan derechos fundamentales deben tener su fundamento en una ley orgánica, cuya la competencia es exclusiva del Estado.

¹⁰⁵³ Véase en este sentido, SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 77.

¹⁰⁵⁴ En este sentido, GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. "A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código Penal", en PERIS RIERA, Jaime Miguel (director). *La tutela penal del agua*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 313.

¹⁰⁵⁵ GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. "A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código Penal", cit., p. 313.

¹⁰⁵⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco", cit., p. 449.

Por lo expuesto, la integración de una ley penal en blanco por las normas de las Comunidades Autónomas suponen una quiebra del principio de la uniformidad de la legislación penal, como también una vulneración del principio de igualdad. Consiguientemente, para este sector de la doctrina, debe ser considerada inconstitucional.

3.2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la integración de la ley penal en blanco por las normas de las Comunidades Autónomas en la STC 120/1998, de 15 de junio, donde admite que el órgano jurisdiccional puede hacer esta integración.

Sin embargo, en la citada sentencia, Fundamento Jurídico 4º, el Tribunal Constitucional, tras recordar que la competencia para legislar en materia penal es exclusiva de las Cortes Generales, traza las condiciones o los criterios para que la integración sea posible. Ello porque, aunque no puedan legislar en materia penal, la normativa de las Comunidades Autónomas pueden servir de complemento para la ley penal en blanco.

Primeramente, el Tribunal Constitucional, partiendo de la estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica, entiende que la función del Estado, establecida en el art. 149.1.1ª de la CE, no puede vaciar el contenido de las competencias de las Comunidades Autónomas, contenidas en el art. 148 de la CE¹⁰⁵⁷.

También, partiendo de esta premisa, el Tribunal Constitucional afirma que *"es posible que sea diferente la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional (SSTC 37/1981, fundamento jurídico 2º; 46/1991, fundamento jurídico 2º)"*¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁷ STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 4.

¹⁰⁵⁸ STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 4.

De ahí que, para el Tribunal Constitucional:

"la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts. 1, 9.2, 14, 139,1 y 149.1.1ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales (SSTC 37/1987, fundamento jurídico 10; 43/1996, fundamento jurídico 2º)"¹⁰⁵⁹.

Es decir, el Tribunal Constitucional no reconoce la constitucionalidad del principio de uniformidad en la legislación penal. Al contrario, afirma que la admisión de este principio es incompatible con el contenido de competencia de las Comunidades Autónomas, consecuentemente, es posible la distinción de legislación en diferentes partes del territorio español.

Así, para el Tribunal Constitucional *"el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias"*¹⁰⁶⁰. Si las normas de complemento emanadas de las Comunidades Autónomas están dentro de la competencia de ellas (art. 148 CE) pueden integrar la ley penal en blanco.

Esta integración es posible, según el Tribunal Constitucional, desde que las *"normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 de la CE y que no 'introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto el régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio"*¹⁰⁶¹.

De esta forma, sigue el Tribunal Constitucional, *"de acuerdo con nuestra doctrina acerca de las leyes penales en blanco -(...)-el núcleo del delito*

¹⁰⁵⁹ STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 4.

¹⁰⁶⁰ STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 4.

¹⁰⁶¹ STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 4.

*ha de estar contenido en la ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva"*¹⁰⁶².

También, en la referida Sentencia, fundamento jurídico 5º, el Tribunal Constitucional aplica su doctrina general sobre las leyes penales en blanco, contenida en la STC 127/1990, ya mencionada en el apartado 1.3 de este capítulo, que declaró la compatibilidad de las leyes penales en blanco con los postulados constitucionales¹⁰⁶³.

La posición del Tribunal Constitucional puede ser resumida de la siguiente manera: 1) el ordenamiento jurídico español tiene una estructura compuesta, donde debe coexistir la legislación estatal y la autonómica; 2) el principio de uniformidad de la legislación penal no está contenido en la Constitución Española; 3) las leyes penales en blanco pueden ser complementadas por las normativas autonómicas, desde que: 3.1) observen a las garantías constitucionales del art. 25.1 CE; 3.2) no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas en relación al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio; 3.3) la ley penal en blanco contenga el núcleo del delito; 3.4) la norma autonómica de complemento se reduzca a constituir un elemento inesencial del delito; 3.5) sea respectada la doctrina general del TC, contenida en la STC 127/1990.

Por fin, es necesario destacar que el Tribunal Constitucional ha reiterado, en la Sentencia 243/2004, de 16 de diciembre, la doctrina de la Sentencia 120/1998, al reafirmar que la legislación penal se sitúa *"por completo extramuros de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas"*.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶² STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 4.

¹⁰⁶³ STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 5.

¹⁰⁶⁴ Véase, en este sentido, comentarios de MESTRE DELGADO, Esteban. "Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre la legislación penal y penitenciaria", *cit.*, p. 2.

4. LAS ALTERNATIVAS AL EMPLEO DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Conforme lo expuesto hasta ahora, se puede concluir que la utilización de la técnica de las leyes penales en blanco genera una serie de problemas, incluso de orden constitucional, que colocan en duda la conveniencia de su empleo.

Así, han surgido algunas propuestas para la supresión de las leyes penales en blanco. Las cuales se concentran, más específicamente, en su sustitución por leyes penales especiales y por la descriminalización de las materias reguladas por leyes penales en blanco.

Para una toma de posición sobre la viabilidad de cada una de esas propuestas, es necesario analizar sus posibles ventajas y desventajas en relación al empleo de la técnica de la ley penal en blanco.

4.1. ELABORACIÓN DE LEYES PENALES ESPECIALES PARA LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS ACTUALMENTE PROTEGIDOS POR LEYES PENALES EN BLANCO

La sustitución de las leyes penales en blanco por las leyes penales especiales para la protección de los bienes jurídicos actualmente protegidos por aquellas es una de las propuestas formuladas por MESTRE DELGADO¹⁰⁶⁵.

Para este autor¹⁰⁶⁶, debido a la disfuncionalidad que los tipos penales en blanco pueden provocar en la tutela, penal o administrativa, de bienes jurídicos, sería más adecuado substituirlos. Y, una de las vías alternativas es

¹⁰⁶⁵ MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *cit.*, pp. 523 y ss.

¹⁰⁶⁶ MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *cit.*, p. 526. Véase también, GERPE LANDÍN, Manuel. "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal", *cit.*, pp. 699-700.

"concretar en cada uno de esos tipos los elementos que constituyen la esencia del ilícito punible", lo que sería posible a través de tres fórmulas distintas: la descripción de la materia de punición en los preceptos del Código Penal; la elaboración de leyes penales especiales para la protección de los bienes jurídicos hoy protegidos por leyes penales en blanco; y la introducción en el Código penal de fórmulas de remisión recepticia.

Según MESTRE DELGADO¹⁰⁶⁷, la mejor alternativa es la referente a las leyes penales especiales, pues *"permite satisfactoriamente responder a las necesidades de constante actualización propias de aquellas conductas (punto débil de la tesis de la remisión recepticia) y su contenido puede ser tan complejo como exija la protección del bien jurídico (requisito que faltaría en la fórmula de la concreción exhaustiva de la conducta en el Código penal)"*.

DOVAL PAIS¹⁰⁶⁸, siguiendo MESTRE DELGADO, apunta como ventaja de la utilización de las leyes penales especiales la facilidad de adaptación a los cambios, sin necesidad de alterar el Código penal, bien como la posibilidad de contener en un mismo texto la completa regulación penal de la materia, bajo la clase de ley exigida por la reserva constitucional.

Es decir, más allá de los planteamientos de MESTRE DELGADO, destaca que toda la materia referente a la protección de determinado bien jurídico quedaría bajo la ley penal, respetando, incluso, el rango exigido por la Constitución Española.

De ahí que, para SANTANA VEGA¹⁰⁶⁹, recurrir a las leyes penales especiales, como forma de sustitución a las leyes penales en blanco, solucionaría sólo en parte los problemas, pues las leyes penales especiales han de tener rango de Leyes orgánicas. Lo que compromete la necesaria

¹⁰⁶⁷ MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *cit.*, p. 526.

¹⁰⁶⁸ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, pp. 208-209.

¹⁰⁶⁹ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, *cit.*, p. 39.

agilidad de actualización y captación de la complejidad de la materia, factores que fundamentan la existencia de las leyes penales en blanco.

También, DOVAL PAIS¹⁰⁷⁰, al apuntar las desventajas o dificultades de la utilización de las leyes penales especiales, señala que el carácter de las materias objeto de las normas ya sería un obstáculo insalvable, pues su naturaleza dinámica obligaría a variar la ley especial, lo que generaría una constante inseguridad acerca del Derecho penal en vigor. Y, caso fuese creada una ley especial para cada uno de los aspectos de determinada materia, a fin de evitar las constantes variaciones, *"el riesgo está en dar con una multitud de leyes penales especiales que, respetuosas con la reserva de ley, sustraigan toda posibilidad de su conocimiento"*.

Otro argumento contrario a la sustitución por leyes penales especiales, es que, según SANTANA VEGA¹⁰⁷¹, estas especies de leyes son el ámbito más habitual en el que se prodigan las leyes penales en blanco, razón por la cual esta alternativa no soluciona el problema, sólo lo contiene en un primer momento para después mantenerlo e incluso incrementarlo.

Además, la experiencia de algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, que adoptaran este sistema tampoco parece acreditar la conveniencia de las leyes penales especiales, sea porque no evitan las varias remisiones o, porque el esquema las leyes penales especiales por su gran propensión a la inflación normativa se torna caótico.¹⁰⁷²

No hay duda que los problemas regenerados con una posible sustitución de la técnica de las leyes penales en blanco por leyes especiales superan en mucho los beneficios.

¹⁰⁷⁰ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco, cit.*, p. 209.

¹⁰⁷¹ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco, cit.*, pp. 39-40.

¹⁰⁷² En este sentido, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco, cit.*, pp. 209-210.

Inicialmente, porque el rango de la ley penal especial, indiscutiblemente, debe ser el de Ley Orgánica, lo que, por sí sólo, ya inviabilizaría los rápidos cambios que las materias protegidas por leyes penales en blanco necesitan.

Más allá de esto, la gran cantidad de leyes penales especiales necesarias para regular las materias o parte de ellas acarrearía un aumento significativo de la inseguridad jurídica, pues dificulta el conocimiento, por parte de los ciudadanos, de las leyes y, consecuentemente, de las conductas prohibidas, bien como entraría en tensión con el principio de economía legislativa.

Por fin, el propio contenido de las leyes penales especiales presentarían graves problemas, por su gran extensión, pues toda la descripción de la conducta prohibida, incluso los más pequeños detalles, deben estar contenidos en el texto legal.¹⁰⁷³

Por estas razones, para la protección de determinados bienes jurídicos, no es viable la sustitución de las leyes penales en blanco por las leyes penales especiales.

4.2. LA DESCRIMINALIZACIÓN DE LAS MATERIAS REGULADAS POR LEYES PENALES EN BLANCO

La segunda alternativa propuesta por un sector de la doctrina para la supresión de las leyes penales en blanco es la descriminalización de las materias reguladas por leyes penales en blanco.

¹⁰⁷³ En este sentido, ORTS BERENQUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Compendio de Derecho Penal - parte general, *cit.*, p. 104, afirman que la utilización de leyes penales en blanco evita la redacción de artículos inacabables, *"muy extensos, porque si se les quiere dotar del presupuesto íntegro, éste, en determinados campos, habría de resultar por fuerza muy prolijo, pues habrían de pormenorizarse las disposiciones en materia de seguridad laboral, de vertidos, de ..., aludidas en el precepto de que se trate; (...)"*.

Aunque, este planteamiento de la descriminalización sea defendido por una minoría, está basado en el principio de intervención mínima, esencialmente, en su carácter de *última ratio* y subsidiariedad.¹⁰⁷⁴

Como ya afirmado anteriormente, de entre las ramas del ordenamiento jurídico, es al Derecho penal que incumbe la función de atribuir las sanciones más gravosas. Por ello, el Derecho penal debe ser tenido como la *ultima ratio* del sistema y no puede ser tenido como *prima* o *unica ratio* para la solución de los problemas sociales, que muchas veces son perfectamente filtrables por otras ramas del ordenamiento jurídico.

De esta forma, la norma penal debe ser considerada como un recurso excepcional frente al conflicto social, donde el Derecho penal no sólo es la *ultima*, pero sí la *extrema ratio*, es decir, interviene solamente cuando hayan fracasado todos los demás controles, formales o informales.

No obstante sea el Derecho penal lo que prevé las sanciones más gravosas (pena privativa de libertad), no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico. Así, para que la subsidiariedad del derecho penal sea llevada a efecto primeramente, deberá preferirse la utilización de los medios desprovistos del carácter de sanción; en seguida, las vías que atribuyen sanciones no penales, como la civil o administrativa; en el hipótesis de fallo de esos medios, sólo entonces se apela al Derecho penal para sancionar el hecho.¹⁰⁷⁵

Por esta razón, DOVAL PAIS¹⁰⁷⁶ ha defendido "*una vuelta, en particular, al Derecho administrativo, una devolución de contenidos a sus seno, de que, quizá, nunca debieron salir (precisamente, por el riesgo de afincarse en*

¹⁰⁷⁴ Véase en este sentido, MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *cit.*, p. 527.

¹⁰⁷⁵ Así, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general*, *cit.*, p. 118.

¹⁰⁷⁶ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 209.

el Derecho penal)".

En este mismo sentido, GERPE LANDÍN¹⁰⁷⁷ afirma que, una de las alternativas a los problemas generados por las leyes penales en blanco, en relación a materias que originariamente eran tuteladas exclusivamente por la Administración, es *"despenalizar la protección de tales bienes y asentar su protección en las sanciones administrativas"*.

Para SANTANA VEGA¹⁰⁷⁸, la propuesta de descriminalización, formulada por MESTRE DELGADO, es más acertada que la anterior, o sea, que el empleo de las leyes penales especiales en sustitución a las leyes penales en blanco. Puesto que, *"a menudo la compulsión irreflexiva del Estado social intervencionista genera leyes penales en blanco carentes de auténticos bienes jurídico-penales, por lo que quedan reducidas a meras 'infracciones administrativas penalizadas"*.

Con todo, esta autora¹⁰⁷⁹ defiende que debe ser mantenido un equilibrio entre las exigencias del principio de intervención mínima y la necesidad de superar el nivel de los bienes jurídico-penales individuales, lo que implica en asumir, dentro de límites, la técnica de las leyes penales en blanco.

Es decir, aunque considere la descriminalización de determinadas conductas más viable que la utilización de las leyes penales especiales, SANTANA VEGA, admite que la protección de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos por el Derecho penal no sería posible sin el empleo de las leyes penales en blanco. Por ello, no prescinde de la utilización de las leyes penal en blanco, desde que, respectado algunos límites.

La presente propuesta para la supresión de las leyes penales en blanco envuelve una discusión, de política criminal, más amplia que la

¹⁰⁷⁷ GERPE LANDÍN, Manuel. "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal", *cit.*, p. 699.

¹⁰⁷⁸ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, *cit.*, p. 40.

¹⁰⁷⁹ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, *cit.*, p. 40.

utilización de las leyes penales en blanco, por esto será tratada en el apartado siguiente, juntamente con las propuestas y requisitos para su posible utilización.

5. CRITERIOS Y PROPUESTA PARA LA UTILIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Tras exponer los posibles conflictos o problemas generados por la utilización de de las leyes penales en blanco con los principios de legalidad, proporcionalidad y igualdad, como también las propuestas de la doctrina para la sustitución y supresión de esta técnica legislativa, es necesario analizar los requisitos mínimos para el empleo de esta técnica para, al final, hacer una propuesta personal.

Para tanto, serán examinados los requisitos propuestos por el Tribunal Constitucional para la admisión de las leyes penales en blanco y su adecuación al principio de legalidad. Igualmente, serán analizados los principales criterios propuestos por la doctrina.

5.1. LA FORMA DE REENVÍO DE LA LEY PENAL EN BLANCO

El primer requisito exigido por el Tribunal Constitucional para la admisión de las leyes penales en blanco es relacionado con la forma de reenvío o remisión de la ley penal. Para el Tribunal Constitucional¹⁰⁸⁰, *"es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco"*, desde que el reenvío sea expreso.

De entre las formas de reenvío o remisión, como ya abordado en el

¹⁰⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional n. 127/1990, de 5 de julio, FJ 3B.

capítulo anterior, están las remisiones expresas, también llamadas de explícitas. En este tipo de reenvío la ley penal (remitente) indica expresamente que la concreción de la descripción típica depende de otra instancia (remetida), incorporando en su propio texto la referencia a la normativa extrapenal¹⁰⁸¹.

Esta forma de remisión ocurre cuando en el tipo penal introduce referencias, entre otras, a la "*legislación*", a lo dispuesto en las *leyes* y/o *reglamentos* o *dispositivos*, o simplemente a lo que se establece en las *normas*¹⁰⁸².

Incluso, en este trabajo, se defiende que esta es la forma de reenvío característica de la ley penal en blanco, vez que permite, como ya afirmado, distinguir esta clase de ley penal de los elementos normativos del tipo. Así que, las leyes penales en blanco deben expresamente remitir a otras normas extrapenales para complementar parte de su supuesto de hecho, haciendo referencia a esta normativa extrapenal.

Sin embargo, conforme afirma DOVAL PAIS¹⁰⁸³, "*cuando se habla de remisiones explícita se hace en un sentido muy relativo, porque no existen en nuestro Código penal envíos explícitos absolutamente determinados; es decir, realizados de tal forma que se indique exactamente la disposición concreta a la que se deba acudir para integrar la norma penal*". La ley penal en determinadas ocasiones señala la materia sobre la cual se trata, pero sin especificar a qué ley, reglamento o norma concretos aluden.

El Tribunal Constitucional, como afirmado anteriormente, únicamente menciona la exigencia de que el reenvío sea expreso, no especifica si debe

¹⁰⁸¹ En este sentido, SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p.55; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., p. 178. También, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 90.

¹⁰⁸² Así, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*", cit., p. 101.

¹⁰⁸³ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 91.

indicar exactamente la disposición extrapenal concreta a integrar la ley. Además, la STC 127/1990, analizó la constitucionalidad del artículo 347 bis, el cual se configuraba como ley penal en blanco, al exigir la contravención de "*las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente*", sin hacer mención a ninguna disposición en concreto. Así, se puede concluir que el Tribunal Constitucional no se refiere al reenvío expreso "absolutamente determinado"¹⁰⁸⁴.

Por esta razón, han surgido algunas críticas a esta posición del Tribunal Constitucional, que ponen en duda la utilidad de este requisito.

CÓRDOBA RODA¹⁰⁸⁵ afirma que:

"el requisito de que el reenvío normativo 'sea expreso', sí que comportaría una propia y verdadera exigencia si con tal requisito se exigiera que el tipo penal apareciera concretada la norma no penal a la que la Ley penal se remite, a través de la exacta precisión de cuál sea dicha norma no penal. Pero no parece ser éste el significado que la referida doctrina jurisprudencial da al indicado requisito. De ahí que dicho requisito así entendido nada en rigor comporta en orden a una real delimitación de cuáles son las normas no penales a las que la Ley penal se remite".

En esta misma línea crítica, LASCURAÍN SÁNCHEZ¹⁰⁸⁶, señala que, si el reenvío no apunta hacia un destino cierto, hacia normas concretas o hacia un sector normativo concreto, el destinatario de la norma tendrá dificultades en llegar al enunciado final normativo, lo que generará una incertidumbre insoportable y, consecuentemente, problemas de seguridad jurídica.

GARCÍA ARÁN¹⁰⁸⁷, al analizar la cuestión de la seguridad jurídica de las leyes penales en blanco, también ha subrayado que "*es cierto que algunas*

¹⁰⁸⁴ En este sentido, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 161.

¹⁰⁸⁵ CÓRDOBA RODA, Juan. "Consideraciones sobre el principio de legalidad", cit., p. 241.

¹⁰⁸⁶ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Sólo penas legales, precisa y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 87-90.

¹⁰⁸⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", cit., p. 82.

remisiones indiscriminadas a los reglamentos obligan en ocasiones a debatirse en auténticas 'selvas normativas', que no por publicadas y vigentes dejan de ofrecer dificultades para precisar el ámbito exacto de la punición".

No obstante, la posición del Tribunal Constitucional, por lo menos en relación a la exigencia de reenvío expreso, no merece reparo.

Ello porque, muchas veces en el momento de la elaboración de una ley penal en blanco, aún no hay la normativa extrapenal correspondiente, lo que, por obvio, inviabilizaría cualquier mención a la misma. Véase, por ejemplo, los casos de las normativas autonómicas, donde la materia puede estar regulada en una Comunidad Autónoma y en otra no.

Además, en este mismo ejemplo de las Comunidades Autónomas, que el Tribunal Constitucional, como anteriormente expuesto, también ya admitió la constitucionalidad de la remisión a la normativa autonómica, lo que puede crear delitos distintos, de acuerdo con la normativa de cada Comunidad Autónoma. Así que, se el Tribunal Constitucional exigiera que en el tipo penal apareciera concretada la norma no penal a la que la Ley penal se remite, a través de la exacta precisión de cuál sea dicha norma no penal, tendría que hacer referencia a cada una de las normas autonómicas existentes en el momento de la elaboración de la ley penal.

Asimismo, no hace sentido exigir que la ley penal en blanco haga referencia exacta a una normativa extrapenal, pues toda vez que alterase la normativa extrapenal tendría que alterar la propia ley penal, lo que vaciaría la utilidad de esta técnica legislativa, que existe justamente para impedir el anquilosamiento del Derecho penal por la rapidez de los cambios de determinadas materias.

Por lo expuesto, se concluye que, por la propia finalidad de las leyes penales en blanco y por los trastornos que causaría, basta que el reenvío sea expreso, es decir, que no sea algo que haya de presumirse o sobrentenderse

tácitamente, pues no hay como exigir que sea absolutamente determinado a una concreta norma extrapenal.

5.2. LA MATERIA O BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Tribunal Constitucional, más allá de la forma de reenvío por la ley penal, exige que el mismo *"esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal"*¹⁰⁸⁸.

Inicialmente, es importante destacar que con esta exigencia el Tribunal Constitucional refuerza la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, reconociendo la función crítica del bien jurídico, al entender necesario la existencia en la norma penal de un bien jurídico protegido.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional va más allá al exigir que el empleo de la técnica de tipificación de la ley penal en blanco no sea aplicada en la protección de todo y cualquier bien jurídico, sino que solamente a los que "justifiquen" su utilización.

Esta exigencia es compatible con las propias funciones de esta técnica de tipificación, que fueran abordadas en el capítulo anterior, y se coaduna con el entendimiento de la mayor parte de la doctrina española.

Como señala DOVAL PAIS¹⁰⁸⁹, con la exigencia de que la justificación del reenvío se halle en el bien jurídico, el Tribunal Constitucional *"parece reservar el empleo de las leyes penales en blanco a aquellos casos en los que la materia presenta especiales dificultades para su regulación por otros medios"*.

¹⁰⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional n. 127/1990, de 5 de julio, FJ 3B.

¹⁰⁸⁹ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 160.

En este mismo sentido, LUZÓN PEÑA¹⁰⁹⁰ también afirma que:

"en algunos campos, como p.ej. en los delitos de peligro en materias sanitarias o de salud pública, medioambientales, de consumo, circulación o de transporte, elaboración o almacenamiento de sustancias tóxicas, inflamables o explosivas, puede ocurrir que por la complejidad técnica o el carácter altamente cambiante de los avances técnicos o de investigación sobre seguridad, salubridad, etc., a veces no haya otro recurso técnico posible que la remisión a la correspondiente legislación y reglamentación administrativa para delimitar lo que en cada momento se considera jurídicamente prohibido (...)".

Desde el bien jurídico, son materias que originariamente eran tuteladas por la Administración y que pasan a ser tuteladas también por el Derecho penal¹⁰⁹¹. Así, la ley penal en blanco surge como técnica legislativa necesaria para la apertura del Derecho penal a otros ámbitos de regulación, donde estos bienes jurídicos encuentran su *prima ratio* jurídica. Es decir, la tutela de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos (medio ambiente, salud pública, economía, etc.) obligan al legislador a acudir, cada vez más, a la técnica de las leyes penales en blanco¹⁰⁹².

Ello porque, la técnica de las leyes penales en blanco es la única que permite que la regulación penal en determinados sectores, tales como urbanismo, consumo, medio ambiente, no quede enseguida obsoleta y evita la utilización, por el legislador penal, de conceptos demasiados indeterminados.¹⁰⁹³

¹⁰⁹⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general, cit.*, p. 62.

¹⁰⁹¹ En este sentido, GERPE LANDÍN, Manuel. "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal", *cit.*, p. 699.

¹⁰⁹² Así, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal – parte general, cit.*, p. 61. En este mismo sentido, HUERTA TOCILDO, Susana. "Principios básicos del derecho penal y art. 325 del Código penal", en *Revista Penal*, nº 8, 2001, p. 45, al analizar la exigencia de justificación en razón del bien jurídico, aclara que "*dada la complejidad y movilidad de algunos bienes jurídicos, entre los que cabría incluir al que ahora nos ocupa, es preferible dejar su regulación en manos del Derecho administrativo por ser este instrumento jurídico más ágil que el penal para adaptarse a objetos tan cambiantes*".

¹⁰⁹³ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental, cit.*, p. 32. Véase también, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las 'leyes en blanco'", *cit.*, p. 431.

Así, puede afirmarse que la opción por la protección de estos bienes jurídicos lleva implícita la referencia a las leyes penales en blanco. De tal forma que la legitimación de esta técnica legislativa puede estar en relación con la justificación misma de esos mismos bienes jurídicos como bienes jurídico-penales.

En resumen, la utilización de leyes penales en blanco es una cuestión de necesidad por razones de protección, a través del Derecho penal, de determinados bienes jurídicos.¹⁰⁹⁴

También, CÓRDOBA RODA¹⁰⁹⁵ señala que la naturaleza del bien jurídico protegido por la ley penal debe hacer necesaria el reenvío normativo.

Esta exigencia del Tribunal Constitucional en relación al bien jurídico protegido es muy importante, pero, en la doctrina española, hay opinión de que no es capaz de limitar de forma eficaz la utilización de las leyes penales en blanco, vez que la mera conveniencia o flexibilidad, por ventajas que pudiera tener, no es suficiente para justificar una excepción o limitación material al mandato de reserva de ley.

En este sentido, LUZÓN PEÑA¹⁰⁹⁶ afirma que *"la remisión a la reglamentos (o a leyes ordinarias extrapenales) ha de ser **estrictamente necesaria técnicamente** por razón de la materia para acabar de precisar y delimitar el ámbito de lo prohibido y lo permitido".* De ahí que, para este autor, *"no basta con que sea simplemente conveniente, adecuado que permita una mayor flexibilización en la descripción, etc.; por eso no es suficientemente estricta y precisa la formulación de las STC cits. de 'que el reenvío normativo... esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal".*

¹⁰⁹⁴ En este mismo sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ GUITIÉRREZ, Pablo. "Principio de legalidad penal y normas de los territorios históricos", *cit.*, p. 93, destaca que *"el recurso a leyes penales en blanco puede ser una técnica necesaria del mismo modo que se hace ineludible la tutela de esos mismos bienes jurídicos"*.

¹⁰⁹⁵ CÓRDOBA RODA, Juan. "Consideraciones sobre el principio de legalidad", *cit.*, p. 241.

¹⁰⁹⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general*, *cit.*, p. 62.

SILVA SÁNCHEZ¹⁰⁹⁷, en esta misma línea, defiende que las leyes penales en blanco deben constituir siempre figuras subsidiarias, necesarias por razones de protección y carentes de alternativas preferibles.

Así las cosas, el empleo de las leyes penales en blanco debe ser condicionado a la necesidad de protección de determinados bienes jurídicos que, por las razones ya expuestas, no sería posible a través de otra técnica legislativa. Es decir, las leyes penales en blanco tienen que ser utilizadas solamente cuando realmente imprescindible y de forma excepcional.

5.3. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

La determinación de la pena en la ley penal en blanco (remitente) es otra exigencia hecha por el Tribunal Constitucional, en la STC 127/1990, para que esta técnica legislativa sea admitida¹⁰⁹⁸.

Con esto el Tribunal Constitucional, aunque defina las leyes penales en blanco como *“normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta”*¹⁰⁹⁹, reconoce que la única remisión conciliable con los postulados constitucionales es la del supuesto de hecho. Es decir, la ley penal en blanco podrá remitir a una norma extrapenal solamente “parte” de su supuesto de hecho, debiendo señalar la pena.

En este mismo sentido, DOVAL PAIS¹¹⁰⁰, al analizar la STC 127/1990, afirma que *“señala el Tribunal que es preciso que la pena aparezca señalada en el propio texto de la ley penal, de manera que, definitivamente, la remisión*

¹⁰⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. “¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?”, *cit.*, p. 978.

¹⁰⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional n. 127/1990, de 5 de julio, FJ 3B, donde el TC afirma que *“(..); que la ley, además de señalar la pena, (...)”*.

¹⁰⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional n. 127/1990, de 5 de julio, FJ 3B.

¹¹⁰⁰ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 160.

no podrá afectar más que el supuesto de hecho”.

Esta postura del Tribunal Constitucional está de acuerdo con el concepto mismo de leyes penales en blanco adoptado en este trabajo, pues considerase leyes penales en blanco aquellas leyes penales cuya la complementación del supuesto de hecho se efectúa por una ley extrapenal o por una norma de rango inferior.

Incluso, como señala SANTANA VEGA¹¹⁰¹, *“hay práctica unanimidad en considerar que sólo se puede hablar de leyes penales en blanco cuando lo que queda a completar es el supuesto de hecho”.*

De este modo, no es admitida en la configuración de la ley penal en blanco la remisión relativa a la consecuencia jurídica, también llamada *“ley penal en blanco al revés”*, que como ya abordado en el capítulo anterior, el supuesto de hecho está perfectamente establecido en la ley penal, pero no la sanción o consecuencia jurídica correspondiente.

Así, el Tribunal Constitucional al exigir que la pena aparezca en la ley penal, aunque utilice un concepto más amplio de ley penal en blanco, incluyendo la remisión a la consecuencia jurídica, limita su empleo solamente a los casos de remisión del supuesto de hecho.

En definitiva, la fijación de la pena sigue siendo una exclusividad del Estado, a través de Ley Orgánica, que delega a otra instancia o al Poder Ejecutivo sólo una parte del supuesto de hecho. De este modo, el Tribunal Constitucional mantiene la razón del surgimiento y desarrollo de las leyes penales en blanco, bien como respectan las garantías derivadas del principio de legalidad.

¹¹⁰¹ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 27.

5.4. EL REQUISITO DE LA DESCRIPCIÓN DEL NÚCLEO ESENCIAL DE PROHIBICIÓN POR LA LEY PENAL

Más allá de los requisitos hasta ahora analizados, el Tribunal Constitucional en la STC 127/1990, en el fundamento jurídico 3B, exige que la ley penal *“contenga el núcleo esencial de la prohibición (...)”*.

Esta tesis planteada por el Tribunal Constitucional, según MUÑOZ CONDE¹¹⁰², significa *“que para respetar la reserva de ley en materia penal el núcleo esencial de la conducta punible, su contenido de desvalor respecto de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, debe encontrarse descrito en la ley penal”*. De lo contrario, si la definición del núcleo esencial de prohibición es remitida al reglamento, vulnerase la reserva de ley, pues la infracción administrativa se convierte automáticamente en delito, habilitándose con ello la Administración para legislar en materia penal.

Este requisito ya había sido mencionado por ARROYO ZAPATERO¹¹⁰³, que al examinar la compatibilidad del reenvío normativo con la reserva absoluta de ley, señala que *“el reenvío a los reglamentos debe circunscribirse a aquellos casos en los que la norma penal indica ya por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer y al reglamento se le relega tan sólo la enunciación técnica detallada, (...)”*.

MESTRE DELGADO¹¹⁰⁴, en este mismo sentido, hace referencia a los *“elementos fundamentales de la tipificación”*, opinando que, para que no haya vulneración de las exigencias del principio de legalidad, estos deben estar contenido en la Ley, de tal manera que solamente pueden ser sancionadas las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de Ley.

¹¹⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, cit., p. 113.

¹¹⁰³ ARROYO ZAPATERO, Luis. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, cit., p. 34.

¹¹⁰⁴ MESTRE DELGADO, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, cit., p. 514.

No obstante, el criterio del “núcleo esencial” ha sufrido varias críticas de la doctrina española, que ha apuntado su insuficiencia para compatibilizar las leyes penales en blanco con las garantías del principio de legalidad.

Para GARCÍA ARÁN¹¹⁰⁵, la tesis del Tribunal Constitucional supone la división de la materia de prohibición en “*elementos esenciales*” y “*elementos accidentales*”. Sin embargo, conforme destaca esta autora, todos los elementos (de acción y resultado) que configuran la materia de prohibición son esenciales para definirla, pues delimitan lo punible. Por esto, defiende que, cuando aplicado a las remisiones en bloque, el requisito del núcleo esencial de prohibición es manifiestamente artificioso. Hasta porque, según esta autora, “*la reserva de ley afecta a la definición de 'lo prohibido', no sólo de su 'núcleo esencial'.*”

En el mismo sentido, DOVAL PAIS¹¹⁰⁶, concordando con estos planteamientos de GARCÍA ARÁN, defiende que “*la caracterización esencial de la prohibición penal sólo se puede alcanzar mediante la descripción de todos los elementos que dotan de un sentido singular al injusto típico.*”

De ahí que, en relación a los elementos integrantes del tipo penal no cabría ninguna discriminación entre el llamado “núcleo esencial” y los elementos que constituyen el “complemento”, porque todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo son imprescindibles para que el tipo concurra. Así, “*no existen elementos esenciales versus elementos complementarios.*”¹¹⁰⁷

Con una postura menos radical, pero aún crítica con la tesis del

¹¹⁰⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *cit.*, pp. 88-89.

¹¹⁰⁶ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 166. Véase también, SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, *cit.*, pp. 44-45.

¹¹⁰⁷ En este sentido, CÓRDOBA RODA, Juan. “Consideraciones sobre el principio de legalidad”, *cit.*, pp. 240-241.

Tribunal Constitucional, LUZÓN PEÑA¹¹⁰⁸ destaca que la ley penal en blanco debe describir todos los elementos típicos objetivos y subjetivos que delimitan el sentido de la conducta penalmente prohibida, dejando a la norma complementar solamente aquello que no se pueda precisar técnicamente sin recurrir a los reglamentos y leyes extrapenales.

En esta misma línea, SILVA SÁNCHEZ¹¹⁰⁹ defiende que las leyes penales en blanco deben ser admitidas *"siempre que cumplan los requisitos de conformidad general con la Constitución: son éstas la leyes penales en blanco que respectan su condición de técnica subsidiaria y que, en todo caso, fijan por sí mismas el núcleo del tipo y remiten a la instancia extrapenal la protección de aspectos secundarios"*. En palabras del propio autor, remiten solamente *"cuestiones de detalle"*.

El Tribunal Constitucional reforzó su doctrina cuando admitió que las normativas autonómicas pueden complementar la ley penal en blanco, al afirma que *"de acuerdo con nuestra doctrina acerca de las leyes penales en blanco - (...) -el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva"*¹¹¹⁰.

La cuestión que queda solucionar o definir es lo que se entiende por *"núcleo esencial"* y *"cuestiones de detalle"* o *"elemento inesencial"*, pues, si no se expresa lo que serían estos elementos de las leyes penales, el criterio es de escasa utilidad práctica¹¹¹¹.

Como ha señalado HUERTA TOCILDO¹¹¹², del punto de vista teórico

¹¹⁰⁸ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-parte general*, cit., p. 62.

¹¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", cit., p. 976.

¹¹¹⁰ STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 4.

¹¹¹¹ Así, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, cit., p. 34.

¹¹¹² HUERTA TOCILDO, Susana. "Principio de legalidad y normas sancionadoras", cit., pp. 23-24.

nada hay que objetar cuanto a la doctrina del Tribunal Constitucional, pero sí en relación a la concreta aplicación práctica. Ello porque, según esta autora:

"(...) el Tribunal Constitucional no guarda, en este punto, la debida coherencia entre, por una parte, el alto nivel de exigencia que representa el requisito de que 'núcleo esencial de la prohibición' sea contenido obligatorio de la norma penal remitente, y, por otra parte, sus conclusiones acerca de la compatibilidad con el art. 25.1 C.E. de algunas de esas remisiones a normas reglamentarias para la determinación de elementos típicos y, por ello mismo 'esenciales.'"

BACIGALUPO¹¹¹³, crítico con el Tribunal Constitucional, afirma que en los casos concretos las premisas fijadas, incluso en la STC 127/90, tuvieron una reducida influencia sobre las decisiones. Además, destaca que en los Estados de derecho europeos, hasta en España el principio de legalidad constituye una garantía fundamental, pero resulta una meta difícil de alcanzar.

A partir de esta conclusión, BACIGALUPO¹¹¹⁴ defiende que el verdadero control de las exigencias derivadas del principio de legalidad *"debe tener lugar por medio del control abstracto de constitucionalidad, ya que de esa manera será posible decidir sin estar bajo la impresión de casos concretos"*.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la STC 101/2012, de 8 de mayo, ha realizado la primera declaración de inconstitucionalidad de un precepto del denominado Código Penal de la democracia. Concretamente, del art. 335 por vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica¹¹¹⁵.

La declaración de inconstitucionalidad se funda, en primero lugar, porque el citado precepto no satisface el requisito del *"núcleo esencial"*. Es decir, para el Tribunal Constitucional la ley penal:

¹¹¹³ BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*, cit., pp. 64 y ss.

¹¹¹⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*, cit., p. 71.

¹¹¹⁵ En este sentido, MUÑOZ LORENTE, José. "La primera declaración de inconstitucionalidad de un precepto del Código Penal de la democracia. ¿Queda abierta la veda para futuras declaraciones de inconstitucionalidad de otras leyes penales en blanco? - Análisis de las repercusiones de la STC 101/2012, de 8 de mayo, sobre la declaración de inconstitucionalidad de otros preceptos del Código Penal", cit., p. 118.

"no contiene efectivamente el núcleo esencial de la prohibición toda vez que remite íntegramente y sin ninguna precisión añadida la determinación de las especies no expresamente autorizadas a las normas específicas en materia de caza, de modo que es el Gobierno, a través de normas reglamentarias y, en particular, de los correspondientes listados de especies cinegéticas, y no el Parlamento, el que en forma por completo independiente y no subordinada a la ley termina en rigor por definir libremente la conducta típica. De hecho, con el citado art. 335 CP en la mano, basta simplemente con que la Administración guarde silencio y no se pronuncie sobre la caza o no de una determinada especie animal para que su captura o muerte pase a integrar el tipo penal que consideramos. Todo lo cual supone, según hemos advertido en otras ocasiones, una vulneración de la garantía formal del principio de legalidad penal (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 5).

Esta libertad absoluta e incondicionada para que sea una norma la que defina el tipo es, en efecto, manifiesta puesto que, como prueba su propio tenor literal, la norma penal cuestionada no contiene tampoco ninguna exigencia específica de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la fauna silvestre) que sirva para precisar el núcleo esencial de la prohibición penal y cualificar de este modo, entre las acciones abstractas que identifica (cazar o pescar), las que por ese motivo merecen reproche penal"¹¹¹⁶.

A partir del análisis de este trecho de la citada decisión, es posible concluir que para el Tribunal Constitucional la ley penal no contiene el "núcleo esencial" cuando remite integralmente y sin precisión la determinación de la conducta (como ocurre en las llamadas *remisiones en bloque*), bien cómo cuando no expresa la lesión o peligro de lesión del bien jurídico.

En la busca de un criterio capaz de definir lo que se puede entender por "*núcleo esencial de la prohibición*", MUÑOZ LORENTE¹¹¹⁷, al analizar la STC 101/2012, propuso el empleo del, por él denominado, "*método de eliminación mental de la referencia a la normativa extrapenal*".

Según citado autor, este método consiste en:

"suprimir mentalmente la remisión a las normas administrativas y examinar si después de dicha supresión mental el tipo describe la conducta punible con un cierto grado de taxatividad; esto es, que -reitero, sin la

¹¹¹⁶ STC 101/2012, de 8 de mayo, FJ 5.

¹¹¹⁷ MUÑOZ LORENTE, José. "La primera declaración de inconstitucionalidad de un precepto del Código Penal de la democracia. ¿Queda abierta la veda para futuras declaraciones de inconstitucionalidad de otras leyes penales en blanco? - Análisis de las repercusiones de la STC 101/2012, de 8 de mayo, sobre la declaración de inconstitucionalidad de otros preceptos del Código Penal", *cit.*, pp. 123 y ss.

remisión a la normativa administrativa- el tipo concreto de algún modo el ámbito formal y material de la prohibición. En definitiva, que el tipo así descrito -sin referencia a la normativa administrativa- permita identificar qué conductas son sancionables conforme a ese tipo y qué conductas no lo son; es decir, qué conductas serían constitutivas de delito y cuáles no -con independencia de que estas últimas sean impunes o constituyan una infracción administrativa-. Dicho en otros términos, que el tipo, sin remisión a la normativa administrativa, permita al operador jurídico saber distinguir entre aquello que es y debe ser objeto del delito y aquello otro que se encuentra extramuros del mismo.

Si realizada esa operación mental, es posible distinguir lo penalmente sancionable de aquello que no lo es, entonces el tipo no se encuentra subordinado al albur de lo que determine la normativa extrapenal, sino que contiene el núcleo esencial de la prohibición. Por el contrario, si suprimida mentalmente la referencia a la normativa administrativa, el tipo no permite determinar qué conductas resultan punibles y cuáles no, entonces no contiene el núcleo de la prohibición."¹¹¹⁸

De este modo, concluye MUÑOZ LORENTE¹¹¹⁹, la normativa extrapenal deberá limitar o delimitar las conductas que básicamente están descritas en el tipo penal a través del núcleo esencial. Ya, cuando la ley penal no contiene el núcleo esencial, la normativa extrapenal determina totalmente lo que resulta punible y lo que no.

Aunque este método parezca novedoso, GARCÍA ARÁN¹¹²⁰, como mencionado en el capítulo anterior, al diferenciar la forma de remisión en bloque de la remisión interpretativa, ya afirmaba que en la remisión en bloque la ley penal incorpora también como objeto de protección el incumplimiento de la normativa a la que se remite, incluyendo como interés añadido el propio incumplimiento de la normativa administrativa. Con ello, sin infracción

¹¹¹⁸ MUÑOZ LORENTE, José. "La primera declaración de inconstitucionalidad de un precepto del Código Penal de la democracia. ¿Queda abierta la veda para futuras declaraciones de inconstitucionalidad de otras leyes penales en blanco? - Análisis de las repercusiones de la STC 101/2012, de 8 de mayo, sobre la declaración de inconstitucionalidad de otros preceptos del Código Penal", *cit.*, p. 123.

¹¹¹⁹ MUÑOZ LORENTE, José. "La primera declaración de inconstitucionalidad de un precepto del Código Penal de la democracia. ¿Queda abierta la veda para futuras declaraciones de inconstitucionalidad de otras leyes penales en blanco? - Análisis de las repercusiones de la STC 101/2012, de 8 de mayo, sobre la declaración de inconstitucionalidad de otros preceptos del Código Penal", *cit.*, p. 123.

¹¹²⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *cit.*, pp. 72-74.

administrativa no existe delito, lo que caracteriza las remisiones abiertas o "ciegas", en las que el legislador penal admite cualquier contenido extrapenal como apto a integrar la conducta punible.

En estos casos, la decisión última sobre el posible contenido de la norma de comportamiento se queda en las manos de la Administración, lo que deviene inconstitucional por vulnerar el principio de legalidad¹¹²¹.

Ya, en las remisiones interpretativas la normativa extrapenal es necesaria solamente para interpretar o integrar un elemento típico. En estos casos, el elemento típico está presente en la ley penal, fijado en ella, la referencia a la normativa extrapenal tiene, solamente, la finalidad de integrar un determinado término típico para su correcta interpretación.¹¹²²

Otro intento de fijar el núcleo esencial de la prohibición, propuesto por ALCÁCER GUIRAO¹¹²³, a partir de la interpretación conjunta de las Sentencias 101/2012 y 24/2004 del Tribunal Constitucional, radica en la inclusión expresa de referentes de lesividad en la ley penal en blanco, aunque el propio autor señale que no es aplicable con carácter general a las leyes penales en blanco.

Según ALCÁCER GUIRAO¹¹²⁴, existe un buen número de preceptos penales que hacen remisión a normas administrativas y cuya la distinción con el equivalente ilícito administrativo sólo viene dada por el grado o clase de lesividad. Por ello, considera que la inclusión de *"cláusulas de lesividad no sólo permitirá despejar dudas derivadas del principio de proporcionalidad, sino que, además, puede entenderse como una forma de incorporar el núcleo esencial*

¹¹²¹ TIEDEMANN, Klaus. "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas", *cit.*, p. 77.

¹¹²² Así, DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, *cit.*, p. 86.

¹¹²³ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio*, *cit.*, pp. 26.

¹¹²⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio*, *cit.*, pp. 26-27.

de la prohibición, en la medida en que de ese modo es el legislador penal, y no la Administración, el que determinará el contenido esencial de desvalor de la conducta prohibida bajo pena".

En este mismo sentido, MUÑOZ CONDE¹¹²⁵ defiende que debe ser exigida expresamente la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, plus de desvalor que justifica la sanción del hecho, por el Derecho penal.

No obstante, todos los intentos de fijar el "*núcleo esencial de prohibición*", tiene toda la razón MUÑOZ CONDE¹¹²⁶ al afirmar que:

"Lo cierto es que el criterio del Tribunal Constitucional sobre el <<núcleo esencial>> del delito parte de la base de que las remisiones a normas administrativas son inevitables y ello puede llevar a admitir una cierta relajación en la reserva de ley: si el Código penal exige para que haya delito, además de la conducta básica, que <<se infrinjan los reglamentos>>, esa infracción administrativa es tan <<esencial>> para cometer el delito, como los restantes elementos de la definición o, lo que es lo mismo, sin infracción administrativa no hay delito (véase art. 316 Cp). Luego, en definitiva, la definición de ciertos elementos del delito queda en manos de la Administración."

Así, no hay duda de que no existe "*núcleo esencial*" y "*elemento inesencial*" o "*mero detalle*", pues todos los elementos del tipo son fundamentales para el cometimiento del delito, incluso los reglamentos. Hasta porque, conforme aclara JESCHECK¹¹²⁷ la consumación del delito tiene "*lugar con el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo*".

El ejemplo de esto es la remisión a las normativas autonómicas, si la normativa no fuera esencial para la configuración del delito, no tenía como una determinada conducta ser constitutiva de delito en una Comunidad y en otra

¹¹²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental, cit.*, p. 84.

¹¹²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general, cit.*, p. 114.

¹¹²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general, cit.*, p. 556.

no. Por ello, es innegable que la normativa extrapenal es esencial para la realización del delito.

La afirmación de que la normativa extrapenal cumple una función solamente de límite de la tipicidad, también no puede ser aceptada, porque difícilmente podría coonestarse con la atribución a la misma de un carácter puramente accidental o circunstancial en relación con la determinación del núcleo esencial de la prohibición.

Ello porque, conforme ha afirmado HUERTA TOCILDO¹¹²⁸ en relación algunos delitos medioambientales, el entendimiento de que la no infracción de normativa administrativa

"constituye una especie de 'causa de atipicidad' de la conducta contaminante y peligrosa supondría dejar en manos del ejecutivo la facultad de trazar la frontera entre lo penalmente ilícito y lo penalmente irrelevante; lo que, lejos de constituir un simple 'accidente' o un dato 'no esencial', traspasa de manera clara los límites que a la potestad reglamentaria de la Administración impone al principio de reserva absoluta de ley en materia penal".

Además, si la norma extrapenal no fuera fundamental en la descripción del tipo no habría necesidad de remisión y, por tanto, no sería necesario el empleo de las leyes penales en blanco.

Por lo expuesto, el requisito del "*núcleo esencial de prohibición*" o "*elementos fundamentales de la tipificación*", no es suficiente para resguardar las exigencias del principio de legalidad.

5.5. LA EXIGENCIA DE CERTEZA Y CONCRECIÓN

El requisito del "*núcleo esencial de la prohibición*" tiene como objetivo principal aplacar el problema que las leyes penales en blanco generan para el aspecto formal del principio de legalidad, o sea, resguardar la reserva de ley.

¹¹²⁸ HUERTA TOCILDO, Susana. "Principios básicos del derecho penal y art. 325 del Código penal", *cit.*, p. 47.

Sin embargo, esta técnica legislativa no afecta sólo la reserva de ley, sino que, supone también una vulneración del principio de taxatividad o mandato de determinación. Lo que puede comprometer la seguridad jurídica, si la conformación final de la norma no queda suficientemente precisa¹¹²⁹.

Conforme señala ALCÁCER GUIRAO¹¹³⁰:

"una ley (penal en blanco) que, remitiendo a normas reglamentarias, no contenga el núcleo de lo prohibido no sólo será contraria al principio de reserva de ley -porque será la Administración la que determine el hecho punible-, sino que conllevará una merma de seguridad jurídica al depender la configuración del hecho punible de una labor, a veces compleja, de integración entre la norma penal y las reglamentarias."

Por esta razón, el Tribunal Constitucional, en la ya citada STC 127/1990, estableció que, más allá de la ley penal contener el "núcleo esencial", debe satisfacerse la exigencia de certeza o darse la suficiente concreción *"para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada"*.

De esta forma, según DOVAL PAIS¹¹³¹, *"no se trata, pues, de que la ley penal contenga en su seno referencias que se puedan hacer corresponder con alusiones a elementos formales esenciales de la prohibición, sino de que posea un contenido que materialmente permita conocer qué es lo que se encuentra prohibido (o es obligado)"*.

Además, con base en esta misma doctrina, el Tribunal Constitucional, en la STC 101/2012, declaró la inconstitucionalidad del art. 335 del Código

¹¹²⁹ Para más detalles, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Sólo penas legales, precisa y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 87 y ss.

¹¹³⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio*, cit., p. 24.

¹¹³¹ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., pp. 161-162.

penal que, más allá de no contener el "núcleo esencial", *"no satisface tampoco la exigencia de certeza a que obliga el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, toda vez que el citado precepto penal, incluso una vez integrado con las normas extrapenales o reglamentarias específicas a que se remite, no permite identificar con la necesaria y suficiente precisión la conducta delictiva que tipifica"*.

De ahí que, la ley penal en blanco después de integrada por la normativa extrapenal, debe ser tan clara, precisa y determinada como cualquier otra ley penal. Hasta porque, conforme ya mencionado anteriormente, una vez completada, la ley penal en blanco es tan ley penal como cualquier otra, pues cumple exactamente las mismas funciones que en los casos de las leyes penales llamadas "completas"¹¹³².

Para tanto, en los casos de las leyes penales en blanco, como ya destacado, las exigencias de precisión y claridad se impone más allá de la ley, debiendo proyectarse sobre el reglamento que complementa la ley penal, porque se espera del reglamento un mayor nivel de precisión. De lo contrario, no habría la necesidad de efectuar la remisión.

En este mismo sentido, BRANDARIZ GARCÍA¹¹³³ advierte que *"las garantías derivadas del principio de legalidad, señaladamente la de certeza, dependen en su efectividad concreta de la existencia de una normativa administrativa clara, sistematizada y completa, (...)"*.

Luego, para atender a las exigencias del principio de taxatividad, salvaguardando la función de garantía del tipo, que permita la necesaria y suficiente precisión de la conducta delictiva, tanto la ley penal como el

¹¹³² En este sentido, MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal, cit.*, p. 354. También, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal, cit.*, p. 20. Según, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general, cit.*, p. 118, *"El tipo de la ley penal en blanco se configura íntegramente por la norma complementaria (...)"*.

¹¹³³ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. "Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y del derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente", *cit.*, p. 167.

complemento deben ser claros y determinados.

Ocurre que, las imprecisiones provocadas por cualquier remisión son, en la mayoría de las veces, inevitables. Pues, conforme señala CURY¹¹³⁴, *"todas la leyes en blanco ocasionan dificultades hermenéuticas, porque las remisiones obligan a efectuar una reconstrucción preliminar de los contenidos de sentido que serán objeto de la interpretación"*.

Al mismo tiempo, las leyes penales en blanco son indispensables para la protección de determinados bienes jurídicos *"cuyas propias características hacen con que todo lo normativamente referido a ellos requiera rasgos de incerteza, cambio y volatilidad, y que la norma jurídico-penal, lejos de lograr la estabilidad y la firmeza que requiere, se halle sometida a una dinámica de frecuente reformulación"*¹¹³⁵.

En esta línea, el Tribunal Constitucional, en la STC 24/2004, de 24 de febrero, fundamento jurídico 7, aunque tenga declarado la constitucionalidad del primer inciso del art. 563 del CP, reconoce que *"es deseable que el legislador trace de forma más precisa"* la delimitación de la conducta delictiva.

Es decir, reconoce la inconsistencia de la descripción de la conducta prevista en el citado precepto legal, pero, declara que no vulnera el principio de legalidad, desde que sean seguidas las pautas de interpretación o criterios que el propio Tribunal Constitucional propone.

De ahí que, tiene razón NAVARRO FRÍAS¹¹³⁶ cuando afirma que *"el Tribunal Constitucional opera con criterios excesivamente vagos o generales, a los que ni siquiera se vincula de forma estricta, lo que dificulta que se pueda hablar de un autentico control de la determinación de los preceptos penales"*.

¹¹³⁴ CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, cit., p. 41.

¹¹³⁵ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 202.

¹¹³⁶ NAVARRO FRÍAS, Irene. *Mandato de determinación y tipicidad penal*, cit., p. 68.

En definitiva, la exigencia de certeza y concreción de la conducta delictiva, que permita el conocimiento de todos los elementos del tipo y, por lo tanto, de la "frontera" entre el lícito y lo ilícito, es la única forma de observancia del principio de taxatividad. Así que, es posible constatar que, del punto de vista teórico, este requisito del Tribunal Constitucional no merece reparo, pero, del análisis de las decisiones del Tribunal Constitucional, se concluye que en la práctica está lejos de garantizar la seguridad jurídica condeciente con el Estado de Derecho.

5.6. LA “CLÁUSULA DE REMISIÓN INVERSA”

Más allá de los requisitos examinados, el Tribunal Constitucional Alemán y algunos doctrinadores¹¹³⁷, hacen referencia a exigencia de la llamada “cláusula de remisión inversa”, que son “referencias que, insertadas en las correspondientes normas complementadoras, advierten de que la infracción de la prohibición o de la obligación establecida en ellas puede dar lugar en determinados casos (los previstos en la ley en blanco, que no es preciso especificar en la misma cláusula) a una sanción penal”¹¹³⁸.

Cómo ya afirmado, en el presente trabajo fue adoptado el concepto “relativamente” amplio de ley penal en blanco, según el cual el término ley penal en blanco es empleado para designar aquella norma penal cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal, o sea, el supuesto de hecho viene consignado en una norma extrapenal.

A través de la norma de remisión inversa, la norma complementadora,

¹¹³⁷ Entre ellos, SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 42 y ss.; DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., p. 205 y ss.; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, cit., p. 229 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER; Enrique. *Sanciones administrativas (derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991, pp. 30 y 31.

¹¹³⁸ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, kcit., p. 205, con referencia a SCHNELL.

extrapenal, indicaría expresamente que la infracción de la misma puede dar lugar a una sanción penal.

SANTANA VEGA¹¹³⁹, al abordar el tema de la remisión inversa, comparándola con la ley penal en blanco, advierte que esta realiza una remisión directa, mientras que la remisión inversa contenida en la norma complementadora es indirecta o en sentido contrario, vez que ocurre de la norma extrapenal (complementadora) para la ley penal en blanco.

La utilización de la cláusula de remisión inversa tendría la función principal de advertir que la infracción de la norma complementadora, puede también significar la infracción de una norma penal.

Para DOVAL PAIS¹¹⁴⁰, las cláusulas de remisión inversa aportarían las siguientes ventajas:

“cumplirían una importante función de advertencia al informar al destinatario de la norma complementadora extrapenal de que, bajo determinadas circunstancias, el cumplimiento de la prohibición o del mandato establecido podrá ser castigado penalmente; seguramente, por ello, contribuiría a reforzar el propio mandato o prohibición establecido en la norma complementadora; constituirían un medio eficaz – aunque indirecto – para determinar el ámbito de la remisión efectuada desde la ley penal, es decir, el círculo de las normas con las que únicamente puede ser integrado el ‘blanco’ legal, proporcionando, de este modo, a una mayor certeza; y permitirían alcanzar, finalmente, una mayor coherencia sistemática del Derecho sancionador, al obligar a tener presente al órgano emisor de la norma en el momento de la redacción de las disposiciones, las posibilidades sancionatorias de las conductas y la relación entre los fines y los medios de cada sector del ordenamiento”.

De esta forma, según DANNECKER¹¹⁴¹ *“el tipo penal debe referirse a la versión del reglamento comunitario que se encuentre en vigor e igualmente los reglamentos mencionados deberían contener una cláusula de remisión*

¹¹³⁹ SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, cit., p. 42.

¹¹⁴⁰ DOVAL PAIS, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales – el caso de las leyes en blanco*, cit., pp. 205-206.

¹¹⁴¹ DANNECKER, Gerhard. "Protección de los embargos de la comunidad europea", en TIEDEMANN, Klaus. *Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, p. 126.

inversa al tipo penal comunitario".

De ahí que, buscando una mayor seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional Alemán y los doctrinadores citados, entiende necesario no sólo la utilización de la cláusula de remisión inversa, sino que también la ley penal haga la remisión de forma expresa y a una normativa extrapenal concreta.

No obstante, la posibilidad de mayor seguridad jurídica con la adopción de las cláusulas de remisión inversas, su exigencia no parece razonable¹¹⁴², es casi imposible su utilización en el momento actual de la legislación¹¹⁴³.

El problema es que, al igual que la remisión expresa a una normativa determinada, la utilización de la cláusula de remisión inversa ni siempre es posible por una razón temporal. Es que, muchas veces, la ley penal hace remisión a una norma extrapenal preexistente, lo que, por obvio, inviabiliza totalmente la remisión inversa¹¹⁴⁴.

Aunque, se reconozca la importancia del intento del empleo de la cláusula de remisión inversa, como también de la remisión expresa determinada, por razones, ya expuestas, su aplicación práctica no sería recomendable debido a los trastornos que causaría, pues comprometería las propias funciones de la ley penal en blanco.

5.7. POSICIÓN PERSONAL

Tras la exposición y análisis de los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional Español para la admisibilidad de las leyes penales en blanco,

¹¹⁴² En contra, defendiendo su exigencia GUARANI, Fábio André e BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal, cit.*, p. 228.

¹¹⁴³ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa, cit.*, p. 232. ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco – aspectos críticos e fundamentais, cit.*, p. 170.

¹¹⁴⁴ Véase en este sentido, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco, cit.*, p. 104.

como también de la cláusula de remisión inversa exigida por el Tribunal Constitucional Alemán y defendida por parte de la doctrina, es posible hacer algunas conclusiones.

Inicialmente, es necesario destacar que los requisitos del Tribunal Constitucional, aunque insuficientes, son de gran importancia para limitar el uso y, principalmente, el abuso de las leyes penales en blanco. No hay duda que estos requisitos significan un avance en el intento de minimizar los problemas generados por esta técnica legislativa.

Sin embargo, el empleo de las leyes penales en blanco conlleva a una merma o, al menos, una relativización de las garantías derivadas del principio de legalidad.

En relación al aspecto formal, la reserva de ley se queda relativizada porque, indiscutiblemente, el Estado delega a otras instancias o al Poder Ejecutivo parte de su potestad, que debería ser exclusiva, de legislar en materia penal.

De la misma forma, hay un menoscabo del aspecto material del principio de legalidad, a través de las remisiones que, muchas veces, generan incertezas y dificultad de conocimiento de la conducta delictiva, ocasionando cierta inseguridad jurídica.

También se puede afirmar que la posibilidad de la normativa autonómica integrar el tipo penal, permitiendo que la misma conducta sea delito en una Comunidad Autónoma y en otra no, produce una relajación en el principio de igualdad.

Ahora bien, ¿estas conclusiones son suficientes para que las leyes penales en blanco, de una manera general, sean declaradas inconstitucionales?

La respuesta debe ser negativa, pues la relativización de los principios constitucionales anteriormente citados puede y debe ser suportada, desde que sea proporcional.

Como ya destacado anteriormente, Tribunales y doctrinadores están de acuerdo que la utilización de las leyes penales en blanco actualmente es imprescindible, tanto que su empleo llegó a ser considerado *"un mal necesario"*¹¹⁴⁵.

Ante la innegable necesidad de empleo de esta técnica legislativa, la mejor alternativa es la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

6. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO COMO LÍMITE DE LA UTILIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

El principio de proporcionalidad en sentido amplio, como ya abordado, comprende tres subprincipios o condiciones: el de idoneidad, de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Así, el juicio de proporcionalidad en sentido amplio implica en el análisis de estos tres subprincipios en el proceso sucesivo y escalonado.

El punto de partida del juicio de proporcionalidad, no puede ser otro que la necesidad de protección del bien jurídico, pues es presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad, bien como la principal justificativa para el empleo de las leyes penales en blanco, vez que determinadas materias, como ya comprobado, no permite la utilización de otra técnica legislativa.

En un segundo momento, debe verificarse la idoneidad de la medida, o sea, se la utilización de la ley penal en blanco es apta a la protección del bien jurídico. De ahí que, la conducta tipificada debe ser capaz de lesionar o poner

¹¹⁴⁵ En este sentido, CURY, Enrique. *La ley penal en blanco, cit.*, p. 33.

en peligro el bien jurídico y la pena debe ser eficaz para prevenir la comisión del delito.

Después de verificada la idoneidad de la medida, hay que considerar su necesidad. Para tanto, debe ser observado el principio de intervención mínima, en su carácter subsidiario y fragmentario. En este momento es necesario comprobar la importancia del bien jurídico, que otras formas de control social no son suficiente, bien cómo el merecimiento y la necesidad de pena.

Superados estos dos momentos, comprobada la idoneidad y la necesidad de la medida, hay que ponderar las posibilidades jurídicas (juicio de proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderación), comparando los beneficios y los costes de la utilización de las leyes penales en blanco.

Los beneficios son todos aquellos relacionados con las propias funciones de las leyes penales en blanco, ya abordadas en el capítulo anterior, que tornan su utilización imprescindible para la protección de determinados bienes jurídicos.

Los costes son, como ya afirmado, la relativización del principio de legalidad, reserva de ley y taxatividad, y del principio de igualdad cuando la remisión se hace a una normativa autonómica.

Tal ponderación es perfectamente posible porque no hay principio absoluto, pues, según ALEXY, los principios siempre implican mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diferentes grados y la medida del cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y jurídicas¹¹⁴⁶.

Así, hay que comparar los beneficios de la protección del bien jurídico, a través de la ley penal en blanco, con el coste de relajación del principio de

¹¹⁴⁶ ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *cit.*, p. 13.

legalidad y, en su caso, del principio de igualdad.

La gran ventaja es que el principio de proporcionalidad en sentido amplio puede y debe ser observado en abstracto, por el Poder Legislativo, en el momento de decidir sobre la criminalización de determinada conducta, y en concreto, por el Poder judicial, a través del control de constitucionalidad.

Para este trabajo de tesis lo más importante es el juicio de proporcionalidad en concreto, o sea, el que permite el control de constitucionalidad de las leyes penales por el Poder judicial.

6.1. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD "EN CONCRETO" EN LAS LEYES PENALES EN BLANCO

El Tribunal Constitucional, como ya afirmado, siempre ha reconocido que el legislador tiene atribuida una potestad exclusiva y plena en la configuración de las leyes penales. Sin embargo, reconoció, dentro de determinados límites, la posibilidad de ejercer un control de proporcionalidad y, consecuentemente, de constitucionalidad de las leyes penales en general¹¹⁴⁷.

Más allá de esto, el Tribunal Constitucional adoptó el principio de proporcionalidad en sentido amplio, en los términos planteados por ALEXY, "*como un criterio de interpretación*" que permite el ejercicio del control de constitucionalidad cuando haya una desproporción que suponga vulneración de preceptos constitucionales¹¹⁴⁸.

En la interpretación de las leyes penales en blanco, según el juicio de proporcionalidad en concreto, entendemos que el control del Poder judicial¹¹⁴⁹,

¹¹⁴⁷ Véase la STC 55/1996, de 28 de marzo.

¹¹⁴⁸ En este sentido, STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3.

¹¹⁴⁹ En este trabajo de tesis se entiende que el Poder judicial está legitimado a la realización del control de constitucionalidad de las leyes penales. En este sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, traducción al

o sea, del Tribunal Constitucional deba ser más amplio y riguroso que en otros casos. Esto porque, en esta técnica legislativa, el propio legislador penal delega a otras instancias y al Poder Ejecutivo "parte" de su potestad de legislar en materia penal.

De ahí que, muchas veces, como ya afirmado, la decisión sobre la conducta punible no queda en las manos del legislador penal, hasta porque la ley penal en blanco sólo será una ley penal completa cuando el "vacío" del supuesto de hecho hubiere sido rellenado.

Por consiguiente, en esta técnica legislativa el "diseño" de la política criminal deja de ser exclusiva del legislador, pues, como ampliamente demostrado, la decisión final sobre la criminalización de determinada conducta está en las manos de quién no tiene la potestad de legislar en materia penal.

De este modo, el control de constitucionalidad realizado por el Poder judicial tiene mayor importancia, hasta porque ya se parte de una posible vulneración de la reserva de ley.

Además, el juicio de proporcionalidad en concreto permite que el control de constitucionalidad de las leyes penales en blanco va más allá del simple límite formal del *ius puniendi*, consagrado en el principio de legalidad,

castellano por ANDRÉS IBÁÑEZ P. y GREPPI A., p. 26, según el cual la sujeción del juez a la ley no debe ser entendida como sujeción a la letra de la ley; para que haya su legitimación democrática, es exigida "... sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución". Para tanto el juez debe ser un verdadero crítico de las leyes, y desarrollar una actividad interpretativa de elección, o sea, elegir cuales son los significados coherentes con la Constitución. También, cuando encuéntrese con leyes inválidas (que no están de acuerdo con la Constitución) se impone que haga la denuncia de estas inconstitucionalidades. También, También, FERRERES COMELLA, Víctor. "El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios", en MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.). *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 109, específicamente en relación a España, señala que "Como es sabido, tanto la Constitución española como otros textos jurídicos de carácter internacional o supranacional consagran determinados principios básicos a los que debe sujetarse el legislador penal. El juez puede emplear esos principios para analizar críticamente las normas que fijan los delitos y las penas, pudiendo llegar a inaplicarlas, (...)".

cuando fuere afectado el principio material de proporcionalidad¹¹⁵⁰.

Esta consecuencia de la aplicación del juicio de proporcionalidad en concreto, como será demostrado en el siguiente apartado, permite que se llegue a distintas conclusiones en relación a la constitucionalidad de una determinada ley penal en blanco, pues funciona como límite material de la intervención penal¹¹⁵¹.

6.2. LA VENTAJA DE LA APLICACIÓN DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN CONCRETO A PARTIR DEL ANÁLISIS DE ALGUNAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El Tribunal Constitucional, como anteriormente señalado, no se opone al acogimiento de las leyes penales en blanco, desde que sean observados los siguientes requisitos: que el reenvío sea expreso; que dicho reenvío esté justificado en razón del bien jurídico protegido; que la ley penal establezca la pena; que la ley penal contenga el núcleo esencial de prohibición; que sea satisfecha la exigencia de certeza y se dé la debida concreción¹¹⁵².

En la STC 101/2012, de 8 de mayo, como ya mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 335 del CP, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 15/2003, basado

¹¹⁵⁰ Véase en este sentido, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio, cit.*, p. 26.

¹¹⁵¹ Conforme señala MIR PUIG, Santiago. "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal", *cit.*, pp. 73-74, "puesto que toda intervención penal -desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución- limita derechos, el principio de proporcionalidad en sentido amplio sería, por tanto, un límite constitucional material fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad". Véase también, BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*, Curitiba, UFPR - Tese Doutoral, 2014, pp. 252 y ss, aunque con planteamientos distintos, considera el principio de proporcionalidad como criterio de limitación material del *ius puniendi*.

¹¹⁵² En este sentido, entre otras, STC 122/1987 y STC 127/1990.

en la lesión del derecho a la legalidad penal.

Después de aclarar que *"la reserva de ley en materia penal no impide la existencia de las denominadas 'leyes penales en blanco', el Tribunal Constitucional, en la STC 101/2012, FJ 3, señala que para la admisión de la remisión a normas extrapenales deben estar presentes todos los requisitos fijados en la STC 127/1990, FJ 3. También exige que, conforme la STC 283/2006, la tipificación sea lo más precisa y taxativa posible, para que "los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido e prever, así, las consecuencias de sus acciones"*.

Por fin, el Tribunal Constitucional, por entender que el art. 335 del CP *"no contiene el núcleo esencial de la prohibición ni satisface tampoco la exigencia de certeza"* (STC 101/2012, FJ 5), concluyó que *"resulta constitucionalmente incompatible con el principio de legalidad que garantiza el art. 25.1 CE"*.¹¹⁵³

No obstante la declaración de inconstitucionalidad del citado precepto, lo que despierta las suspicacias del Tribunal Constitucional, según ALCÁCER GUIRAO¹¹⁵⁴:

"no es tanto la falta de definición de lo prohibido, que puede quedar suficientemente determinado con el complemento de la norma administrativa, como el hecho de que el legislador penal opte por sentar una prohibición genérica, que lo haga sin elementos de lesividad, que no proteja un bien jurídico esencial de la persona y que regule una actividad con un gran margen de adecuación social. Expresado a partir del caso concreto: donde realmente parece apuntar la censura constitucional es a que la amplitud de la prohibición pueda llevar a castigar penalmente la caza de cinco jilgueros y dos verderones".

¹¹⁵³ STC 101/2012, de 8 de mayo de 2012, FJ 6.

¹¹⁵⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio, cit., p. 26.*

De esta forma, concluye citado autor¹¹⁵⁵, "*lo que parece estar en juego no es, en definitiva, la garantía de taxatividad, sino el principio de proporcionalidad y la afección a la libertad que conlleva una norma prima facie omniprohibitiva y que protege un bien jurídico no directamente vinculado a la libertad de la persona*".

Tiene razón ALCÁCER GUIRAO en sus críticas a la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues, muchas veces, el precepto penal puede atender formalmente las limitaciones del *ius puniedi*, estando de acuerdo con el principio de legalidad, pero no materialmente, cuando viola el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Además, como ya mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional, en algunas de sus decisiones¹¹⁵⁶, utilizó el concepto de proporcionalidad en sentido amplio, incluso en el sentido planteado por ALEXY¹¹⁵⁷, reconociendo la posibilidad de control constitucional externo de la proporcionalidad de las leyes penales.

En la STC 136/1999, de 20 de julio, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de un precepto penal (artículo 174 bis "a" del CP de 1944-1973 para casos de cooperación con el terrorismo) por haber vulnerado el principio de proporcionalidad¹¹⁵⁸.

En esta sentencia, del caso de la llamada Mesa Nacional de Henrri Batasuna, el Tribunal Constitucional, aplicando el juicio de proporcionalidad, concluye, en resumen, que la amplitud del tipo penal y la rigidez del marco punitivo impedían la aplicación de una pena proporcionada, lo que

¹¹⁵⁵ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio, cit., p. 26.*

¹¹⁵⁶ STC 66/1995, de 8 de mayo; Sentencia 55/1996, de 28 de marzo;

¹¹⁵⁷ En la STC 55/1996, de 28 de marzo.

¹¹⁵⁸ En este sentido, MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal, cit., p. 110.*

fundamentaba la violación del principio de proporcionalidad.¹¹⁵⁹

Si, en la STC 136/1999, de 20 de julio, el Tribunal Constitucional no aplicase el juicio de proporcionalidad en concreto, con toda la certeza la decisión sería otra, por no haber problemas en relación a los límites formales del *ius puniendi*.

También, en la STC 101/2012, de 8 de mayo, si el precepto del artículo quedase suficientemente determinado con el complemento administrativo, el Tribunal Constitucional no tendría declarado la inconstitucionalidad del art. 335 del Código Penal, en su versión anterior a la reforma de 2003, aunque conteniendo una prohibición genérica, sin elementos de lesividad y con gran amplitud, capaz de castigar penalmente conductas insignificantes y con un gran margen de aceptación social.

De ahí que, en los casos de las leyes penales en blanco, donde, como ya demostrado, hay una gran relativización de los principios constitucionales de legalidad y, en España, del principio de igualdad, es fundamental la aplicación del juicio de proporcionalidad en concreto para salvaguardar las garantías propias de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Esto porque, a través del juicio de proporcionalidad en concreto, el Poder Judicial tiene la oportunidad de ejercer el control constitucional de proporcionalidad en relación al contenido de la ley penal, que en el caso de las leyes penales en blanco, muchas veces, como ya dicho, es determinado por quien no tiene la potestad de legislar en materia penal. Por esto, la necesidad de un mayor control de las leyes penales en blanco.

Además, lo que aquí se propone, con la aplicación del juicio de proporcionalidad en concreto, para que sea preservada la exclusividad del

¹¹⁵⁹ Véase, con más detalles, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen II, *cit.*, p. 587.

legislador en materia penal, es un control "negativo" de las leyes penales en blanco. Así, el Poder judicial jamás podrá legislar en materia penal, creando delitos y/o penas, solamente excluirá la ley penal en blanco que, una vez completada, no sea compatible formal y materialmente con la Constitución.

Y, la compatibilidad deberá ser reconocida siempre que la ley penal en blanco observe los siguientes criterios: que el reenvío sea expreso; que dicho reenvío esté justificado en razón del bien jurídico protegido; que la ley penal establezca la pena; que la ley penal contenga el núcleo esencial de prohibición; que sea satisfecha la exigencia de certeza y se dé la debida concreción y, finalmente, sea proporcional en sentido amplio.

En definitiva, el control de las leyes penales en blanco por el Poder judicial debe ser dentro de los límites marcados por la Constitución, que atribuye la potestad exclusiva y plena de configuración de las leyes penales al Poder Legislativo, es decir, solamente en los casos de arbitrariedad de la ley penal, que enflaquezca los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho.

CONCLUSIONES

I)

Con las transformaciones que la sociedad va experimentando en las últimas décadas, principalmente tras la industrialización, el Derecho penal ha sufrido muchos cambios.

El Derecho penal de los últimos tiempos adoptó una política de criminalización de hechos, actuando principalmente en las partes especiales de los Códigos penales y de las legislaciones, lo que revela su carácter expansionista.

Ante esta nueva situación, el Derecho penal clásico se muestra incapaz de hacer frente y faltan los instrumentos necesarios para dar una respuesta adecuada a los nuevos problemas sociales, pues las conductas que ahora se incriminan, delitos socioeconómicos, medioambientales, entre otros, son de difícil conciliación con este Derecho penal.

Esto porque, en estos delitos los bienes jurídicos protegidos son de difícil determinación y son utilizados como motivo y justificación para la incriminación de hechos, y no como límite al *ius puniendi* del Estado; presentan dificultades de imputación, porque son hechos que trascienden a las personas físicas, lo que obstaculiza la determinación de la autoría; incluso la causalidad, muchas veces, no puede ser determinada con el mínimo de seguridad necesaria, bastando o aceptándose, como prueba, la mera probabilidad de relación entre la acción y los daños.

Sobre esta base, podemos afirmar que en la actualidad nos encontramos ante un nuevo Derecho penal, que la doctrina suele denominar "Moderno Derecho Penal".

II)

El "Moderno Derecho Penal", debido a la evolución de su estudio, tiene posiciones distintas acerca de su concepto. Las más importantes son las concepciones de la "Escuela de Frankfurt o discurso de la resistencia", "El expansionismo normativo o prescriptivo" también llamado "discurso de la modernización", y el "discurso de la modernización 'garantista'" o "Expansionismo descriptivo o prospectivo".

Aunque con distintos matices o características, no hay como negar que actualmente hay un "Moderno Derecho Penal", con características propias, actuando en sectores distintos al "Derecho Penal Clásico", con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones.

III)

El moderno Derecho penal presenta algunas características que rompen claramente el equilibrio entre el poder punitivo del Estado y la libertad de los ciudadanos, que existía en el Derecho penal clásico debido la aplicación de sus principios informadores. Ello porque en el moderno Derecho penal las garantías se desvincularon del contexto en que nacieron, de tal modo que la protección de bienes jurídicos se transformó en una exigencia para la penalización de ciertas conductas; la prevención se convirtió en meta principal; y, la orientación a las consecuencias fue elevada a la finalidad dominante.

Además de estas características propias del moderno Derecho penal, se destacan algunas novedades que lo distinguen del Derecho penal clásico. La primera de ellas, se refiere al ámbito de actuación, dado que el Derecho penal adopta una política de tipificación de hechos, abarcando nuevos sectores, caracterizados por perder el referente individual como núcleo de protección, como el medio ambiente, la economía, la criminalidad organizada y etc, que hasta este momento sólo tangencial y esporádicamente habían sido abordados por el Derecho penal, y que se configuran como bienes jurídicos supraindividuales o colectivos.

Para la realización de esta tarea el moderno Derecho penal utiliza instrumentos que facilitan su actuación, segunda novedad, que consiste en la amplia creación de delitos de peligro abstracto y de utilización de leyes penales en blanco. De este modo, al ser utilizado el Derecho penal como la única vía válida para resolver los conflictos que surgen en estos nuevos ámbitos y al amparo de las transformaciones sociales, se convierte en un instrumento de política de seguridad y, perdiendo su carácter fragmentario, deja de ser la *ultima ratio* del sistema, para pasar a ser la *prima* o quizá *única ratio*. Estas características y novedades del denominado moderno Derecho penal, colisionan claramente con algunos de los principios básicos que inspiran el ordenamiento jurídico penal que, en muchas ocasiones, van a ser consideradas como obstáculos y sutilezas que impiden la resolución real de los problemas. Consecuentemente, con esta nueva concepción del sistema penal se produce una clara flexibilización y relajación de los postulados básicos del mismo a fin de convertirlo en un instrumento apto para cumplir su función, esto es, aportar soluciones a los nuevos conflictos que preocupan actualmente a la sociedad. Distinto es, que efectivamente la resolución de estas situaciones sea una función propia del Derecho penal.

IV)

No hay dudas que el Derecho penal en los últimos años sufrió los cambios apuntados, con las características y novedades ya destacadas, configurándose en el llamado "moderno Derecho Penal" y que, esta transformación, es de fundamental importancia para las leyes penales en blanco.

La sociedad del riesgo, juntamente con la globalización, trae la exigencia de la tutela penal de nuevos bienes de naturaleza no individual, superiores al individuo estrictamente considerado, por cuanto la dimensión individual queda relegada frente a la dimensión colectiva de los conflictos sociales.

Así que resulta innegable, por evidente, que el Derecho penal en la actualidad está protegiendo bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, de contenido vago e indeterminado, que se alejan del tradicional núcleo de los intereses de las personas a la hora de proceder a aplicar la protección penal, pero que van a permitir que, con su utilización, se eludan muchos de los principios y garantías que fundamentan el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho, considerados como auténticos obstáculos para otorgar una "seguridad" a los miembros de una sociedad.

El problema que se plantea en este punto es determinar si los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, tal y como están configurados en la actualidad, legitiman la utilización, cada vez más amplia, de las llamadas leyes penales en blanco. Para tanto, resulta imprescindible analizar su concepto y contenido.

v)

El origen del concepto de bien jurídico coincide con el surgimiento del Derecho penal clásico y tiene la función de limitación del *ius puniendi* estatal, pues restringe la utilización del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos, que deben asumir un carácter negativo de prohibición de penalización de determinadas conductas, en tanto cumple una función de garantía para los sujetos que pretende explicar el porqué de la intervención estatal.

Alrededor del tema fueran identificados varios conceptos de bienes jurídicos, intentando justificar la intervención penal, lo que solamente es posible con un concepto material de bien jurídico, vinculado a los fines del ordenamiento jurídico y del propio Estado, objetivo no alcanzado por las teorías clásicas. Lo que sí no parece cuestionable es el carácter social de bien jurídico, pues no es un bien del Derecho que crea el legislador, sino un "bien de los hombres" reconocido y protegido por el Derecho; el legislador no lo inventa, sino que se lo encuentra en la realidad social dentro de cada momento histórico.

VI)

Actualmente el concepto material de bien jurídico está vinculado con los fines del ordenamiento jurídico y del propio Estado, bien como con la Política Criminal. En esta línea, hay dos corrientes que proponen un concepto material de bien jurídico: una constitucionalista, que tiene como su principal representante BRICOLA; y otra sociológico-funcionalista, que presenta diferentes matices, siendo que la vertiente del funcionalismo sistémico es representada por JAKOBS, el funcionalismo moderado por ROXIN y, finalmente, la corriente personalista representada por HASSEMER.

La concepción constitucionalista del bien jurídico busca exclusivamente en la Constitución el rol de bienes jurídicos que merecen protección penal, pues consideran que la pena es una sanción que puede afectar algunos Derechos consagrados constitucionalmente. Sin embargo, esta teoría no atiende a las exigencias necesarias para la construcción de un concepto material de bien jurídico, dado que no hay identidad absoluta entre la previsión normativa constitucional y los bienes jurídicos esenciales para el desarrollo del individuo en la sociedad. De este modo, la Constitución debe ser considerada solamente como límite negativo en la determinación del concepto de bien jurídico, pues no todos los bienes jurídicos penales poseen directamente el carácter de derechos fundamentales, tampoco todos estos son expresa y individualmente protegidos por el Derecho penal. Además, debemos considerar que las Constituciones, frente a la necesaria flexibilidad de la política criminal, envejecen, imposibilitando una respuesta penal satisfactoria al tiempo en que los problemas sociales aparecen.

La teoría funcionalista de JAKOBS tampoco es capaz de satisfacer las exigencias mínimas para la legitimación del Derecho penal, pues prescinde de cualquier valoración del sistema social, limitándose a su descripción y manutención. También, en este sistema, el núcleo de la norma penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, es decir, lo más importante es asegurar el correcto funcionamiento del sistema social, incluso

cuando para alcanzar este fin sea necesario el sacrificio de los derechos y de las garantías individuales. Además, esta teoría no ofrece un concepto material de bien jurídico capaz de limitar el *ius puniendi* estatal, dado que reduce la función protectora al mero restablecimiento de la vigencia de la norma.

De la misma forma, la teoría funcionalista moderada de ROXIN, no logra mejor suerte, pues, en realidad propone un concepto de tipo normativo, al defender que el bien jurídico, aunque sea previamente dado al legislador penal, no es previo a la Constitución. Así, la teoría de ROXIN, a pesar de presentar influencias del funcionalismo, es en verdad de base constitucionalista y, por las razones ya mencionadas, no ofrece un concepto material de bien jurídico. Además, deja un gran campo para la actuación arbitraria del Estado al incluir en la misión del Derecho penal la protección de “prestaciones de servicios estatales”.

Por todo ello, entendemos que solamente la teoría personalista de HASSEMER es capaz de presentar un concepto material de bien jurídico que posibilita la realización de su principal función, es decir, la limitación del poder punitivo del Estado. Ello porque sostiene que el bien jurídico debe ser un interés humano que necesita protección penal y, así, se coaliga con todos los demás principios y garantías informadores del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, enfocado, principalmente, a la protección del individuo. De este modo, los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales solamente merecerán protección penal si estuvieren en función de los intereses de las personas.

VII)

Los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales se caracterizan por la titularidad compartida con el conjunto de la sociedad, es decir, su titular no es el individuo; y, derivado de ella, por la indisponibilidad, dado que el individuo no puede disponer libremente de estos bienes jurídicos; características que permiten distinguirlos, indiscutiblemente de los bienes jurídicos individuales.

Sobre esta base, los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos pueden ser definidos como aquellos intereses que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y suponen un cierto orden social o estatal, sin pertenecer, de manera exclusiva a los individuos.

VIII)

Los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, a diferencia de lo que ocurre con los individuales, son de naturaleza espiritualizada y no pueden ser utilizados como parámetro en la tipificación de conductas al no ser posible la concreción de su contenido, desnaturalizándose de esta forma la función crítica y selectiva del bien jurídico. Con ello se provocan algunos problemas debido, fundamentalmente, a la propia dificultad de su configuración o delimitación que, al plantear, entre otras cosas, un conflicto con algunos principios consagrados por el Derecho penal, son capaces de comprometer su propia legitimidad en el moderno Derecho penal. Así, es necesario destacar:

1.- la dificultad en su configuración y limitación, al ser, generalmente definidos mediante formas vagas, imprecisas, confusas o, incluso, ajenas al Derecho penal con una innegable proliferación de conceptos jurídicos indeterminados. Ello colisiona claramente con la exigencia de que estén descritos de forma concreta a fin de que sirvan como correctivo a la política criminal, y supone una tendencia a la disolución del concepto mismo de bien jurídico al ser inabarcables conceptualmente. De este modo, estas construcciones banalizan el concepto de bien jurídico, y su carácter confuso e impreciso conlleva una inadecuada comprensión de su contenido material y causa una gran confusión a la hora de interpretar los tipos penales, acarreando el menoscabo de las exigencias de certeza y taxatividad inherentes al principio de legalidad;

2.- la insignificancia de las conductas criminalizadas, que no poseen idoneidad para lesionar, ni siquiera para poner en peligro los bienes

supraindividuales dado que conllevan una mínima o inexistente capacidad lesiva. La conclusión es evidente, si aisladamente la conducta descrita, por su mínimo potencial lesivo, es incapaz de vulnerar el bien jurídico, es necesaria una acumulación o reiteración de comportamientos a fin de configurar una posible afectación del bien jurídico debido a la insignificancia e idoneidad de la conducta individual. Y ello plantea dos colisiones claras con los principios inspiradores del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. En primer lugar, porque la criminalización de sucesos insignificantes implica una clara vulneración del principio de intervención mínima por cuanto el Derecho penal sólo debe ser aplicado en caso de los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, lo que claramente excluye los supuestos de insignificancia; y, en segundo lugar, porque fundamentar la culpabilidad de un sujeto, no en el propio comportamiento sino en las conductas de terceros, supone una notoria infracción del principio de culpabilidad, basado en la atribución individual de responsabilidad.

3.- los instrumentos utilizados para la protección de los bienes jurídicos colectivos que consisten, básicamente en delitos de peligro abstracto y leyes penales en blanco. Efectivamente, el carácter difuso e impreciso de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos determina la dificultad de delimitación y constatación de una posible lesión o puesta en peligro de los mismos; así se plantea la necesidad de recurrir a la construcción de delitos de peligro abstracto en los que, para otorgarles protección, no se exige la constatación de la afectación, cuanto menos potencial, del bien jurídico. Obviamente, esta forma de regulación permite proteger, al menos aparentemente, los intereses descritos pero, al mismo tiempo, conlleva una evidente vulneración de las garantías básicas al implicar la reducción de los requisitos para castigar, la disminución de las posibilidades de defensa, el adelantamiento excesivo de la tutela penal y la innecesidad de la demostración de la causalidad al ser suficiente la mera verificación del comportamiento considerado “*ex ante*” por el legislador como peligroso. Pero, además, esa indeterminación del contenido de este tipo de bienes jurídicos hace necesario acudir al empleo de leyes penales en blanco ante la imposibilidad e incapacidad del legislador de concretar cuáles son los

aspectos del bien jurídico que se lesionan y cuáles las conductas que pueden afectarlos; y ello supone, en muchos casos una clara vulneración del principio de legalidad.

IX)

Resultan evidentes los problemas que se derivan de la utilización de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Sin embargo, la realidad social y jurídica se impone, siendo la presencia de esto tipo de bienes en los ordenamientos de nuestro entorno sociocultural innegable. Entonces, la cuestión ya no es si se protegen o no los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, sino cómo protegerlos para que respeten los postulados del Derecho penal en un Estado de Derecho.

X)

La intervención penal en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales solamente será legítima cuando sean estrictamente observados los principios limitadores del *ius puniendi*, fundamentalmente, legalidad, proporcionalidad, intervención mínima, lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, así como todas las garantías de ellos derivadas.

Solamente así será posible atender a la demanda de protección penal de estos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales exigida por la sociedad actual, sin que sean lesionados los principios y garantías del Derecho penal característico de un Estado Social y Democrático de Derecho.

XI)

Sin embargo, hace más o menos diez años, ha vuelto la discusión sobre la capacidad de la teoría del bien jurídico limitar el poder punitivo del Estado. Es decir, se cuestiona, especialmente en Alemania, la función crítica del bien jurídico.

Para algunos autores, especialmente STRATENWERTH, HIRSCH y

JAKOBS, la restricción del Derecho penal a las lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos es imposible o incorrecta.

Esto porque, en síntesis, no hay, hasta hoy, un concepto de bien jurídico ni siquiera de modo aproximado; todas las tentativas de definición han sido formuladas muy en general; y, el discurso del bien jurídico es un discurso metafórico sobre la vigencia de la norma.

No obstante, la mayoría de los autores, de los cuales pueden ser mencionados HASSEMER, FRISCH, AMELUNG, HEFENDEHL, SCHÜNEMANN, MUÑOZ CONDE, ÁLVAREZ GARCÍA, aunque reconozcan algunas limitaciones en relación al estado actual de la teoría del bien jurídico, aún creen que es el mejor criterio de legitimación del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por las razones anteriormente expuestas, entendemos que es imprescindible la existencia de un bien jurídico, en los términos del concepto personalista propuesto por HASSEMER para la legitimidad de la ley penal.

XII)

En la actualidad, ante la necesidad de protección de los bienes jurídicos colectivos y supraindividuales, el número de leyes penales en blanco ha aumentado rápida y significativamente en todas las legislaciones, pues su empleo es imprescindible para la protección de estos bienes.

XIII)

El origen del concepto de ley penal en blanco se encuentra en la obra de BINDING intitulada "*Die normen und ihre Übertretung*", por ocasión de los estudios sobre la estructura de la ley penal en general, cuando constató la existencia de algunas *lex imperfectas*, como también que la complementación de estas leyes imperfectas aún eran realizadas por los estados federados (*Länder*).

Alrededor del tema fueran identificados varios conceptos de leyes penales en blanco, la concepción original de BINDING, la contribución de MEZGER y la posición de la doctrina tras las concepciones de estos dos autores, se distinguiendo entre concepto estricto, concepto amplio y concepto "relativamente amplio".

El concepto adoptado fue el "relativamente amplio", pues es el que mejor define la ley penal en blanco, porque se ajusta a las funciones de esta técnica legislativa al permitir la armonización de la ley penal en materias reguladas por otros ramos del Ordenamiento jurídico, como también su frecuente actualización por la normativa de rango inferior al legal.

Por estas razones, se consideró ley penal en blanco aquella cuya la complementación se efectúa por una ley extrapenal o por una norma de rango inferior.

XIV)

Las leyes penales en blanco, de acuerdo con el criterio adoptado, son clasificadas: en leyes penales en blanco propias y leyes penales en blanco impropias, llevando en consideración el rango de la ley o de la norma de complemento; y, considerando la parte de la ley penal que debe ser complementada, supuesto de hecho o consecuencia jurídica, se clasifican en leyes penales en blanco "en sentido estricto" y leyes penales en blanco "al revés".

XV)

La utilización de las leyes penales en blanco es necesaria en determinadas materias, como el medio ambiente, sanidad de un país, su orden económica, etc, para evitar el rápido estancamiento, paralización de la ley penal, por el carácter cambiante de estas materias. Además, esta técnica permite, a través de las remisiones, la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, como también la protección de versiones más

evolucionadas de los bienes jurídicos individuales.

Las leyes penales en blanco aún admiten la adaptación a los diversos casos que han de ser previstos, posibilitando indicar a todos ellos evitando, con todo, cualquier referencia concreta a ninguno. Este marco flexible es posible a través de la inclusión de remisiones en sus enunciados, que evita la utilización de varios conceptos que aniquilarían la posibilidad de comprensión de las leyes penales.

Igualmente, las leyes penales en blanco contribuyen para la manutención de la armonía del Ordenamiento jurídico cuando distintas ramas regulan la misma materia. Otra importante función de las leyes penales en blanco es satisfacer las exigencias de conocimiento específico y profundizado de determinadas materias.

XVI)

El Ordenamiento jurídico es formado por varias especies de remisiones normativas, pero ni todas son o pueden ser consideradas leyes penales en blanco. Las remisiones características de las leyes penales en blanco son las relativas al supuesto de hecho, las externas, las dinámicas, las generales o especiales, las explícitas y implícitas y, también, las remisiones en bloque y interpretativas.

XVII)

Para mayor delimitación del concepto de ley penal en blanco fue necesario diferenciarla de los elementos normativos del tipo, donde entendemos como mejor criterio el relacionado con la función de la remisión.

Así que, la distinción entre las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo, es que en aquellas la remisión tiene la función de complementar "parte" del supuesto de hecho y, en los elementos normativos del tipo, la remisión es a valoraciones, o sea, tienen función meramente interpretativa.

XVIII)

Hoy en día, por las funciones que tienen, la mayoría de la doctrina no duda de la importancia de la utilización de las leyes penales en blanco en los Ordenamientos jurídicos modernos. No obstante, ante las órdenes de problemas que generan, fue necesario fijar criterios o límites para el empleo de esta técnica legislativa.

Esto porque, las leyes penales en blanco pueden, en determinados casos, vulnerar los principios de legalidad (como límite formal del *ius puniendi*), de proporcionalidad (límite material del *ius puniendi*) y, específicamente en España, el principio de la uniformidad de la legislación y el principio de igualdad.

XIX)

En relación al principio de legalidad, tras el análisis de sus exigencias, más específicamente las garantías de reserva de ley (*lex estripta*) y taxatividad (*lex certa*), bien como de los criterios propuestos por la doctrina y de los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional Español, para la admisibilidad de las leyes penales en blanco, entendemos que esta técnica legislativa conlleva a una merma o relativización del principio de legalidad.

En relación al aspecto formal, el Estado al delegar a otras instancias o al Poder Ejecutivo parte de su exclusiva potestad de legislar en materia penal, indiscutiblemente viola o relativiza la reserva de ley.

De la misma manera, se puede afirmar que hay un menoscabo de la garantía de taxatividad, pues a través de las remisiones que, muchas veces, generan incertezas y dificultad de conocimiento de la conducta delictiva, las leyes penales en blanco ocasionan cierta inseguridad jurídica.

XX)

Para el Tribunal Constitucional Español las leyes penales en blanco pueden ser complementadas por las normativas autonómicas y no vulneran el principio de igualdad desde que: 1) observen a las garantías constitucionales del art. 25.1 CE; 2) no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas en relación al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio; 3) la ley penal en blanco contenga el núcleo del delito; 4) la norma autonómica de complemento se reduzca a constituir un elemento inesencial del delito; 5) sea respectada la doctrina general del TC, contenida en la STC 127/1990. Hasta porque, el ordenamiento jurídico español tiene una estructura compuesta, donde debe coexistir la legislación estatal y la autonómica y el principio de uniformidad de la legislación penal no está contenido en la Constitución Española.

Sin embargo, entendemos que la posibilidad de la normativa autonómica integrar el tipo penal produce una vulneración del principio de igualdad, pues permite que la misma conducta sea delito en una Comunidad Autónoma y en otra no.

XXI)

Ante los problemas generados por el empleo de las leyes penales en blanco, han surgido algunas propuestas para la supresión de esta técnica legislativa.

Un de ellas, propuesta por MESTRE DELGADO, es la sustitución de las leyes penales en blanco por leyes penales especiales. Entendemos que esta propuesta no es viable, pues las leyes penales especiales deben tener rango de Leyes Orgánicas, estas especies de leyes son el ámbito más habitual en el que se prodigan las leyes penales en blanco, la experiencia no recomienda la sustitución.

Además, la sustitución por leyes especiales generaría una gran cantidad de leyes, con extensos contenidos, acarreado un aumento

significativo de la inseguridad jurídica, bien como entraría en tensión con el principio de economía legislativa.

La segunda propuesta, la descriminalización de las materias reguladas por leyes penales en blanco, aunque más acorde con el principio de intervención mínima, en su carácter de *última ratio* y subsidiariedad, va en contra a los deseos y necesidades de las modernas sociedades.

XXII)

Así que, ante la innegable necesidad de empleo de esta técnica legislativa, entendemos que la mejor alternativa es la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio, a través del juicio de proporcionalidad, tanto en abstracto, por el legislador, como en concreto, a través del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

El punto de partida del juicio de proporcionalidad, no puede ser otro que la necesidad de protección del bien jurídico, pues es presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad, bien como la principal justificativa para el empleo de las leyes penales en blanco, vez que determinadas materias no permite la utilización de otra técnica legislativa.

En un segundo momento, debe verificarse la idoneidad de la medida, o sea, se la utilización de la ley penal en blanco es apta a la protección del bien jurídico. De ahí que, la conducta tipificada debe ser capaz de lesionar o poner en peligro el bien jurídico y la pena debe ser eficaz para prevenir la comisión del delito.

Después de verificada la idoneidad de la medida, hay que considerar su necesidad. Para tanto, debe ser observado el principio de intervención mínima, en su carácter subsidiario y fragmentario. En este momento es necesario comprobar la importancia del bien jurídico, que otras formas de control social no son suficiente, bien cómo el merecimiento y la necesidad de

pena.

Superados estos dos momentos, comprobada la idoneidad y la necesidad de la medida, hay que ponderar las posibilidades jurídicas, comparando los beneficios y los costes de la utilización de las leyes penales en blanco.

Los beneficios son todos aquellos relacionados con las propias funciones de las leyes penales en blanco, que tornan su utilización imprescindible para la protección de determinados bienes jurídicos. Los costes son la relativización del principio de legalidad, reserva de ley y taxatividad, y del principio de igualdad cuando la remisión se hace a una normativa autonómica.

La gran ventaja es que el principio de proporcionalidad puede y debe ser observado en abstracto, por el Poder Legislativo, en el momento de decidir sobre la criminalización de determinada conducta, y en concreto, por el Poder judicial, a través del control de constitucionalidad.

Por obvio, el control "negativo" de constitucionalidad por el Poder Judicial debe ser dentro de los límites marcados por la propia Constitución, que atribuye la potestad exclusiva y plena de configuración de las leyes penales al Poder Legislativo, es decir, solamente en los casos de arbitrariedad de la ley penal, que enflaquezca los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho.

XXIII)

Por fin, sin dejar de lado los criterios exigidos por el Tribunal Constitucional, que, aunque sean insuficientes, ejercen una limitación importante al empleo de las leyes penales en blanco, la legitimación de esta técnica legislativa, imprescindible a la protección de determinados bienes jurídicos, sólo puede ser a través de la observancia del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. "Hacia un nuevo derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del 'delito económico'", en *Revista Penal*, nº 21, enero-2008, pp. 3-23.

_____. "El principio de 'certeza' en las leyes penales en blanco", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año V, nº 9, pp.13-33.

ACALE SÁNCHEZ, María. *El injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, Editorial Comares, 2000, 337 p.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, Edersa, 1999, 493 p.

ALBERTO DONNA, EDGARDO. "El derecho penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia", en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología – estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 63-84.

ALBRECHT, Hans-Jörg. "Investigaciones sobre la criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, pp. 259-281.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia - uma fundamentação para o direito penal*, Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010, tradução ao português de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso, 602 p.

_____. "El derecho penal en la intervención de la política populista", en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Editorial Comares, 2000, pp. 471-487.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. "La protección del futuro y los daños cumulativos", en *RECPC* 04-08 (2002), fecha 27/10/2003, pp. 1-30.

_____. *Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco-consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 5 de junio*, en *La Ley*, núm. 7922, 2012, pp. 23-27.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 669 p.

_____. "La fórmula del peso", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Miguel Carbonell, 2008, pp. 13-42.

_____. "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, 2001, pp. 11-29.

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis penais em branco e o direito penal do risco – aspectos críticos e fundamentais*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, 206 p.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. "Bien jurídico y constitución", en *CPC*, n. 43, 1991, pp. 5-44.

_____. *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 141 p.

_____. *Sobre la estructura de la norma penal-la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, 149 p.

_____. *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 326 p.

AMBOS, Kai. "100 años de la 'teoría del delito' de Beling - ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, REPCPC 09-05, 2007, pp.05:1-05:15.

AMELUNG, Knut. "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales – estudios en honor de Claus Roxin en su 50º. aniversario*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991.

_____. "El concepto 'bien jurídico' en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 227-264.

ARROYO ZAPATERO, Luis. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 8, mayo-agosto 1983, pp. 09-46.

_____. "Derecho penal económico y constitución", en *Revista Penal*, año 1, número 1, 1998, pp.1-15.

ASÚA BATARRITA, Adela. "Reivindicación o superación del programa Beccaria" en ASÚA BATARRITA, Adela (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, Ed. Universidad de Deusto, 1990, pp. 9-36.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16 edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2015, 237 p.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco", en *Actualidad Penal*, Madrid, nº 22, 1994, pp. 449-455.

_____. *Curso de derecho penal económico*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1998, 438 p.

_____. *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, editorial Hammurabi, 1999, 546 p.

_____. *Derecho penal-parte general*, 2 edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, 691 p.

_____. "La instrumentalización técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", en BACIGALUPO, Enrique. *Teoría y práctica del derecho penal*, tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 1311-1321.

_____. "Sobre seguridad jurídica y derecho penal económico", en *Revista de derecho*, Escuela de Postgrado, nº1, dic., 2011, pp. 277-291.

_____. "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, pp. 55-80.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio de proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, 223 p.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 11 edição, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2007, 136 p.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, Madrid, Ed. Aguilar, 1976, introducción y traducción al castellano de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, 215 p.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2014, 419 p.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales - el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*, vol. 1, 3 ed., 2002, traducción al portugués de ROSA, José Miguel Feu.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Montevideo, Editorial B de F, 2010, 104 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral 1*, 17 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2012, 932 p.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *La constitución de 1978*, Madrid, Ed. Alianza, 2003, 347 p.

BOIX REIG, Javier. "El principio de legalidad en la constitución", en *Repercusiones de la constitucion en el derecho penal-algunos problemas especificos-semana de derecho penal en memoria del Professor Julián PEREDA, S. F.*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pp.52-76.

BORJA JIMENEZ, Emiliano. *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: estado actual de un debate permanente*, en *Revista General de Derecho*, año XLIX, núm. 585, Valencia, junio, 1993, pp. 5689-5712.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, 320 p.

BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*, Curitiba, UFPR - Tese Doutoral, 2014, 317 p.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. "Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y del derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente", en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n 7, 2003, pp. 155-175.

_____. *La problemática de las normas penales en blanco*, en FARALDO CABANA, P y PUENTE ABA, L.M., *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 106-119.

BURCHARD, Christoph. "El principio de proporcionalidad en el 'derecho penal constitucional' o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania", en KAI AMBOS (dir.) y MARÍA LAURA BÖHM (coord.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, Bogotá, Editorial Temis, 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, n. 11, junio, 1986, pp. 147-164.

_____. *Manual de derecho penal – parte general*, 4ª edición, Barcelona, Ed. PPU, 1991, 614 p.

_____ y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004, 142 p.

_____ y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal – parte general*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, 612 pp.

CANCIO MELIÁ, Manuel y PÉREZ MANZANO, Mercedes, "Principios del derecho penal (II)", en *Introducción al derecho penal*, Navarra, Civitas, coordinador Juan Antonio Lascuraín Sánchez, 2012, pp. 81-110.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos", en *Intereses difusos y derecho penal*, Madrid, CGPJ, noviembre, 1994, pp. 11-22.

_____. *Derecho penal – concepto y principios constitucionales*, 3ª edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, 253 p.

CARVALHO, Érica Mendes de. "Limites e alternativas à administrativização do direito penal do ambiente", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 19, vol. 92, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 299-335.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil – do discurso oficial às razões de descriminalização*, Rio de Janeiro, Luam, 1996, 270 p.

CASABO RUIZ, José R. "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente", en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Vol. V, 1982, pp. 236-260.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español – parte general*, Tomo I, quinta edición, Madrid:Tecnos, 1997.

_____. "Las leyes penales en blanco en la protección penal del medio ambiente", en *Temas fundamentales del derecho penal*, Tomo II, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2002.

COBO DEL ROSAL. "Constitución y derecho penal: el principio de legalidad en materia criminal", en *Fragmentos penales II - ensayos y escritos breves*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 151-165.

_____ y BOIX REIG, Javier. "Garantías constitucionales del derecho sancionador", en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Madrid, 1982, pp. 191-216.

_____ y VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal – parte general*, 5 edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 998 p.

CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido. "El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el art. 15 de la CE - su tutela penal", en *La Ley*, 1996, p. 1669.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos", en *Política criminal y reforma penal*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IBdeF, 2007.

CÓRDOBA RODA, Juan. "Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima", en *La Ley*, n. 3, 1996, pp. 1332-1334.

_____. "Consideraciones sobre el principio de legalidad", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, pp. 237-251.

_____ y GARCÍA ARÁN, Mercedes (directores). *Comentarios al código penal-parte general*, Madrid, Marcial Pons, 2011, 1047 p.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*, São Paulo, Saraiva, 2010, 280 p.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español-parte general* (Nociones introductorias. Teoría del delito), 3ª edición, Madrid, Dykinson, 2002, 1174 p.

_____. "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal", en *ADPCP*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, tomo XXXV, fascículo I, 1981, pp. 461-483.

_____ y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de derecho penal - parte general*, 3 edición, Madrid, Tecnos, 2015, 416 p.

CUERDA RIEZU, Antonio. "Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas", en *ADPCP*, n. 41, 1988, pp. 413- 429.

_____. "Contribución a la polémica sobre el delito publicitario", en *Estudio sobre consumo*, n. 35, 1995.

_____. *Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal*, en *El nuevo derecho penal español-Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 161-181.

CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1988, 152 p.

DANNECKER, Gerhard. "Protección de los embargos de la comunidad europea", en TIEDEMANN, Klaus. *Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea*, Cuenca, Universidad Castilla-La Mancha, 2004, pp. 125-136.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental", en *Revista penal*, nº 4, 1999, pp. 30-41.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, 331 p.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. "¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2009, núm. 11-08, pp. 1-64.

DELGADO GIL, Andrés. "La competencia de las comunidades autónomas en materia penal. Algunas posibilidades en relación con los delitos sobre el patrimonio histórico", en <http://revista-laley penal.laley.es>, consultado en 13/3/2012, pp. 1-5.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina y OTROS. *Curso de derecho penal-parte general*, 2 edición, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2010, 654 p.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Ed. Taurus, 1998, 203 p.

DÍAZ PÍTA, María del Mar. "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral", en *EPC*, n. XX, 1997, pp. 27-102.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis. "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *JD*, n. 30, 1997, pp. 10-19.

_____. "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *AP*, n. 1, 2001, pp. 1-22.

_____. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2005, núm. 07-01, p. 01:1-01:37.

_____. *La racionalidad de las leyes penales-práctica y teoría*, 2 edición ampliada, Madrid, Editorial Trotta, 2013, 292 p.

_____. *Derecho penal español - parte general*, 4ª Edición Revisada, y adaptada a las reformas de 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 893 p.

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, 231 p.

ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2001, traducción al español de Ernesto Garzón Valdés, 259 p.

ESER, Albin. "Una justicia penal 'a la medida del ser humano' en la época de la europeización y la globalización", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Ed. UNED, 2001, pp. 15-38.

ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2008, 276 p.

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas-un caso problemático*", Navarra, Editorial Aranzadi, 2009, 534 p.

_____. "Estructura e interpretación de la norma penal", en *Introducción al derecho penal*, Navarra, Civitas, coordinador Juan Antonio Lascuráin Sánchez, 2012, pp. 149-169.

FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 709 p.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales*, en Cuadernos de política criminal, nº 52, Madrid, 1994, pp. 91-111.

_____. "Sobre la 'administrativización' del derecho penal en la sociedad del riesgo' – un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI", en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI – en homenaje al profesor Antonio González-cuéllar García*, Madrid, Editorial Colex, 2006, pp. 137-175.

_____. "Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico", en *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2008, núm. 2, pp. 1-16. Disponible en www.indret.com.

FELIP I SABORIT, David. "Observaciones a la expansión diez años después", en *La crisis del derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 63-85.

FERNÁNDEZ, Gonzalo de. *Bien jurídico y sistemas del delito*, Buenos Aires, Ed. IBdeF, 2004, 391 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, traducción al castellano por ANDRÉS IBÁÑEZ P. y GREPPI A., 180 p.

_____. *Derecho y razón - teoría del garantismo penal*, 4ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2000, traducción al castellano por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y otros, 991 p.

_____. "Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales", traducción al castellano de Walter Antillón M.. Disponible en www.cienciaspenales.org/revista%2005. Fecha de acceso 26 de mayo de 2004, pp. 1-8.

_____. *Principia iuris - teoría de la democracia, 2. Teoría de la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, 676 p.

FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia - una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002, 231 p.

_____. "El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios", en MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.). *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 109-121.

FEUERBACH, Paul A. R. Von. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, traducción al castellano, de la 14 edición alemana, de ZAFFARONI, Eugenio Raúl y HAGEMEIERS, Irma, 415 p.

FIERRO, Guillermo J. *Legalidad y retroactividad de las normas penales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, 381 p.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal-parte general*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 743 p.

FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, 711 p.

FRISCH, Wolfgang. "Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal", traducción de Ricardo Robles Planas, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 309-339.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, XVI, 1993, pp. 65-103.

GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. "A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código Penal", en PERIS RIERA, Jaime Miguel (director). *La tutela penal del agua*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 285-316.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Ed. Civitas, 1999, 110 p.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*, 3 ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, 403 p.

_____. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen I, 5 edición, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, 528 p.

_____. *Introducción al derecho penal-instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, volumen II, 5 edición, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pp. 529-1052.

_____. "Tendencias del actual derecho penal", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 39-59.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el estado democrático*, Cuenca, Servicio de Publicaciones de la Univ. de Castilla-La Mancha, 1996, 172 p.

GERPE LANDÍN, Manuel. "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal", en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, Año XC, nº 3, 1991, pp. 685-700.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Presentación" de HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 11-22.

GOITE PIERRE, Mayda y ALARCÓN BORGES, Ramón. "La utilización de las norma penales en blanco en el enfrentamiento a la criminalidad organizada contemporánea", en *Temas de derecho y proceso penal*, Barcelona, Editorial vlex, 2013, pp. 7-59.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. *Viejo y nuevo derecho penal - principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Madrid, IUSTEL, 2012, 265 p.

_____, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal-introducción al derecho penal*, Tomo I, Madrid, Iustel, 2010, 463 p.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal", en *Política criminal y reforma penal*, Buenos Aires, Editorial IB de F, 2007, pp. 55-103.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "La generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad", en CAMPO MORENO, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (directores). *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 229-268.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, 219 p.

_____. “El derecho penal moderno del estado social y democrático de derecho”, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, en www.sitios.scjn.gob.mx/cursododerechopenal/sites/default/files/lecturas/el%20penal%20moderno.pdf, en 18/08/2014, 45 p.

GRACÍA RIVAS, Nicolás. *El principio de legalidad en el derecho penal económico*, en Publicaciones del Porta Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, 11 pp. Consultado en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/el%20principio%20de%20legalidad%20en%20el%20derecho%20penal%20economico%20nicolas%20garci%20rivas.pdf, el 18/09/2013.

GUARANI, Fábio André e BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*, São Paulo, Almedina, 2014, 259 p.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1984, traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco y ARROYO ZAPATERO, Luis, 428 p.

_____. “Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico” en *DP – teoría y práctica en las ciencias penales*, n. 46/47, Buenos Aires, abril-septiembre 1989, traducción al castellano de ZIFFER, Patricia S., pp. 275-285.

_____. “Crisis y características del moderno derecho penal”. *AP*, n. 43, 1993, traducción al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco, pp. 635-646.

_____. “Perspectivas del derecho penal futuro”, en *RP*, Huelva, 1997.

_____. “Viejo y nuevo derecho penal”, en *Persona, mundo y responsabilidad – bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, 294 p.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad - bases para una teoría de la imputación en derecho pena*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, traducido al castellano por MUÑOZ CONDE, Francisco y DÍAZ PITA, María del Mar, 294 p.

_____. “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?”, en *RDPC*, 2ª. época, n. 3, 1999, traducción al castellano de DÍAZ PITA, María del Mar, pp. 317-331.

_____. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 95-104.

_____. "El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídicos-penales", en VON HIRSCH, Andrew, SEELMANN, Kurt y WOHLERS, Wolfgang (editores). *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Editorial Atelier, 2012, traducción de María Teresa Castiñeira Palou y Ricardo Robles Planas, pp. 193-200.

_____ y LARRAURI, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Madrid, Ed. Tecnos, 126 p.

_____ y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, 237 p.

_____ y MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995, 207 p.

HEFENDEHL, Roland. "De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico", traducción de Gonzalo Medina Schulz, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 459-475.

_____. "El bien jurídico como eje material de la norma penal", traducción de María Martín Lorenzo, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 179-196.

_____. "¿debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 07-14, 13 p.

HERZOG, Félix. "Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo – perspectivas más allá del derecho penal", traducción al castellano de DEMETRIO CRESPO, Eduardo, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo – el análisis crítico de la escuela de frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 249-258.

HIERRO, José Luis del. "legitimidad y legalidad", en *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, n 4, marzo-agosto, 2013, pp. 179-186.

HIRSCH, Andrew Von. "El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'", traducción de Rafael Alcácer Guirao, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 37-52.

HIRSCH, Hans Joachim. "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", traducción de Daniel R. Pastor, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, pp. 371-387.

HORMAZÁBAL MALAREÉ. "Política penal en el estado democrático", en *Actualidad de Derecho Penal*, v. 37, 1984, pp. 333-346.

_____. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho - el objeto protegido por la norma penal*, Barcelona, Ed. PPU, 1991, 188 p.

HUERTA TOCILDO, Susana. "Principio de legalidad y normas sancionadoras", en *El principio de legalidad – Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 11-76.

_____. "Principios básicos del derecho penal y art. 325 del Código penal", en *Revista Penal*, nº 8, 2001, pp. 39-52.

IGLESIAS RÍO, Miguel Angel. "Constitución y moderno derecho penal en la sociedad del riesgo", en *La constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Barcelona, Ed. Bosch, 2003, pp. 1015-1025.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, traducción al castellano de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo, 85 p.

_____. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, traducción al castellano de CUELLO CONTRERAS, Joaquin y GONZALEZ DE MURILLO, Jose Luis Serrano, 1113 p.

_____. "La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente". *Estudios de derecho judicial*, n. 20, Galicia, 1999, traducción al castellano por MANSO PORTO, Teresa, pp. 01-20.

_____. "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Editorial Civitas, traducción al castellano de CANCIO MELIÁ, Manuel, 2003, pp.19-76.

_____. *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción y estudio preliminar de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 2006, 182 p.

_____. "O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?", em *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*, tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011, pp. 159-177.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – parte general*, 5ª edición, Granada, Ed. Comares, 2002, Traducción al castellano de OLMEDO CARDENETE, Miguel, 1066 p.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho Penal*, tomo II, 2 ed., Buenos Aires, Editorial Losada, 1950, 1467 p.

_____. *Principios de derecho penal-la ley y el delito*, 3 edición, Buenos Aires, Editorial Abedelo-Perrot, 1958, 577 p.

KAHLO, Michael. "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal", traducción de Rafael Alcácer Guirao, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 53-68.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas – fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, traducción al castellano a cargo de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, 403 p.

LAMARCA PÉREZ, Carmen. "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, número 20, mayo-agosto, 1987, pp. 99-135.

_____. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Madrid, Colex, 2011, 110 p.

_____. *Principio de legalidad penal*, en *Economía – Revista en Cultura de la legalidad*, n 1, septiembre 2011-febrero 2012, pp. 156-160.

LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho penal español-parte general*, 7 edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, 572 p.

LAPORTA, Francisco J. "Imperio de la ley y seguridad jurídica", *Estado, justicia, derechos*, eds. DÍAZ, Elíaz y COLOMER, José Luis, Madrid, Ed. Alianza, 2002, pp. 105-132.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, 2 edición, Barcelona, Editorial Ariel, 2001, 536 p.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan A. *Sólo penas legales, precisa y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2009, 255 p.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 661 p.

_____. "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Miguel Carbonell, 2008, pp. 269-306.

_____. "Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal", en MIR PUIG, Santiago y QUERALT JIMÉNEZ, Joan J (directores). *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 105-137.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal-parte general*, I, Madrid, Editorial Universitas, 1999.

_____. *Lecciones de derecho penal-parte general*, 3ª edición, ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 671 p.

MADRID CONDESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*, Valencia, Universidad de Valencia, 1983, 248 p.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. "La idea de peligro en el moderno derecho penal – algunas reflexiones a propósito del proyecto de código penal de 1992", en *AP*, n. 26/27, junio/julio, 1994, pp. 481-498.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa-parte general*, 4 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, 709 p.

_____. "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes jurídico-penales – especial referencia al ámbito económico", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo - libro en homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Ed. Tecnos, 2003, pp. 395-431.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal-parte general*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, traducción de la 7 edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, 687 p.

MAYER, Max Ernest. *Normas jurídicas y normas de cultura*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2000, traducción al Español de José Luis Guzmán Dálbora, 173 p.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Ed. Civitas, 2001, 209 p.

_____. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Editorial Comares, 2001, 523 p.

MESTRE DELGADO, Esteban. "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XLI, fasc. II, 1988.

MESTRE DELGADO, Esteban. "Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre la legislación penal y penitenciaria", en <http://revista-laleypenal.laley.es>, consultado en 13/3/2012, pp. 1-9.

_____. "Inconstitucionalidad del artículo 335 del Código Penal", en *La Ley*, número 94-95, año 9, junio-julio de 2012, pp. 3-4.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, traducción al castellano de RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo.

_____. *Tratado de derecho penal*, con introducción de Francisco Muñoz Conde, vol. 1, 1 ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010, traducción al castellano de José Arturo Rodríguez Muñoz, 411 p.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal-parte general*, 9 edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2011, 814 p.

_____. *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011, 151 p.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2003, 360 p.

_____. *Estado, pena y delito*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, 446 p.

_____. "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal", en *RFDUG*, n. 12, 1987, pp. 243-149.

_____. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", en *EPC*, n. XIV, 1991, pp. 205-215.

_____. "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal - semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp.1357-1382.

_____. "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal", en MIR PUIG, Santiago y QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Constitución y principios del derecho penal - algunas bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 67-104.

MOCCIA, Sergio. "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", en *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1997, pp. 113-142.

MONTIEL, Juan Pablo. "prólogo", en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal - ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 21-24.

MORALES PRATS, Fermín. "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro", en VALLE MUÑIZ, José Manuel (COORD). *La protección jurídica del medio ambiente*, Navarra, Aranzadi, 1997, pp. 225-268.

_____. "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos", en *Intereses difusos y derecho penal*, Madrid, Ed. CGPJ, 1994, pp. 75-91.

MORESO, José Juan. "Alexy y la aritmética de la ponderación", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Miguel Carbonell, 2008, pp. 69-83.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal - parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*, 3 edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, Madrid, Dykinson, 2016, 301 p.

_____. *Derecho penal-parte general - Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*, Madrid, Dykinson, 2004, 260 p.

_____. "Reflexiones sobre el derecho penal del futuro", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, disponible en <http://criminetugr.es/recpc>, fecha de acceso 27 de octubre de 2003, pp. 1-23.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. "Ensayo para la abolición del derecho penal de medio ambiente", en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 2000, traducción al castellano por IÑIGO CORROZA, Elena, PASTOR MUÑOZ, Nuria y RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, pp. 507-530.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, 192 p.

_____. *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria, 1985, 132 p.

_____. "El 'moderno' derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias", en *La Ley*, n. 3, 1996, pp. 1339-1341.

_____. "Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal", en *RP*, 2000, pp. 44-51.

_____. “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial”, en *Modernas Tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, pp. 501-531.

_____. “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal”, en *El nuevo derecho penal español – estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2001, pp.561-574.

_____. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo - estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, 4ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 405 p.

_____. "Conclusiones finales", en *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.

_____. “Violencia familiar y género en la ley orgánica 1/2004”, en *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 15-24.

_____. “Recensión bibliográfica”, en *Hassermer e o direito penal brasileiro, direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo, 2013.

_____. “Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal”, en *Revista de criminología e ciencias penitenciárias*, año 3, número 02, junho/julho/agosto, São Paulo, PROCRIM, 2013.

_____. "Winfried Hassemer y la ciencia del derecho penal", en *Revista Penal*, n. 34, julio, 2014, pp. 293-298.

_____ y CUADRADI RUIZ, Mª A. “Ley penal en blanco” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, Editorial Civitas, 1995, pp. 4013 – 4014.

_____ y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – parte general*, 8 edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 647 p.

_____; LÓPEZ PEREGRIN, Carmen y GARCÍA ÁLVARES, Pastora. *Manual de derecho penal medioambiental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 415 p.

_____ y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, 9ª Edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, 659 p.

MUÑOZ LORENTE, José. "La primera declaración de inconstitucionalidad de un precepto del Código Penal de la democracia. ¿Queda abierta la veda para futuras declaraciones de inconstitucionalidad de otras leyes penales en blanco? - Análisis de las repercusiones de la STC 101/2012, de 8 de mayo, sobre la declaración de inconstitucionalidad de otros preceptos del Código Penal", en *La Ley*, número 96-97, año 9, septiembre-octubre, 2012, pp. 117-146.

NAVARRO FRÍAS, Irene. *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, Comares, 2010, 120 p.

NUÑEZ CASTAÑO, Elena. "Las transformaciones sociales y el derecho penal – del estado liberal al derecho penal de enemigos", en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología – estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 115-160.

_____. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Sobre el concepto de derecho penal*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de publicaciones, Madrid, 1984.

_____. "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, tomo XLIII, 1990, pp. 5-27.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. "Las nuevas reformas en materia penal y de seguridad ciudadana", disponible en www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/reformas-penal-seguridad-ciudadana/, consultado en 11/08/2016, pp. 1-2.

_____ y ARAÚJO NETO, Felix. *Introdução ao direito penal*, Leme/SP, EDIJUR, 2014, 189 p.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. "Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? principio de legalidad e interpretación del 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, pp. 173-205.

ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal - parte general*, 6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 605 p.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago, Jurídica de Chile, 2011.

PALAZZO, Francesco. "La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la *regla iuris*", en *Revista Penal*, n. 25, 2010, pp. 104-116.

PARIONA ARANA, Raúl. "El derecho penal 'moderno'", en *Revista Penal*, n. 20, 2007, disponible en www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/328/319, consultado en 30/10/2014, pp. 155-166.

_____. "El derecho penal 'moderno'. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales.", en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3308888.pdf, consultado en 12/08/2014, pp. 155-174.

PERELLO DOMENECH, Isabel. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", en *Jueces para la Democracia*, nº 28, 1997, pp. 69-75.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Iustel Publicaciones, 2007, 502 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*, 2ª. edición, Barcelona, Ed. Ariel, 1994, 158 p.

_____. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, Sevilla, Ed. Innovación Editorial Lagares, 2003, 179 p.

PIERANGELI, José Henrique. "A norma penal em branco e a sua validade temporal", en *Escritos jurídicos-penais*, 3 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 127-131.

POLAINO NAVARRETE. *Lecciones de derecho penal-parte general*, Tomo I, 2ª Edición corregida y actualizada, Madrid, Tecnos, 2015, 196 p.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho – especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos", en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 895-928.

PRIETO SANCHÍS, Luis. "El juicio de ponderación constitucional", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Miguel Carbonell, 2008, pp. 85-123.

_____. *Garantismo y derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011, 190 p.

PRITTWITZ, Cornelius. "El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? – reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal", en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 2000, traducción al castellano por CASTIÑEIRA PALOU, M. T., pp. 427-446.

_____. "Sociedad de riesgo y derecho penal", en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo – el análisis crítico de la escuela de frankfurt*, Toledo, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 259-287.

QUERALT, Joan Josep. "Código penal y ley orgánica", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo 1, Madrid, 1992, pp. 49- 83.

QUINTANAR DÍEZ, Manuel y ORTIZ NAVARRO, José Francisco. *Elementos de derecho penal - parte general*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 253p.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal – parte general*, 4 edición, Navarra, Editorial Aranzadi, 853 p.

_____. "El derecho penal ante la globalización", en *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, Editorial Colex, 2002, pp. 11-25.

_____. "Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo", en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 241-247.

_____. *Adonde va el derecho penal – reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, Ed. Civitas, 2004, 206 p.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada. "Límites al poder punitivo del Estado (I)", en ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. *Lecciones de derecho penal - parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 49-74.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, tomo I, 22ª edición, Madrid, Ed. Espesa Calpe, 2001, 1180 p.

RODRIGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español-parte general*, 8 edición, Madrid, Autor-Editor, 1981, 1019 p.

_____. "Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal", en *Revista de Derecho Público*, Madrid, 1982, pp. 241-248.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 373 p.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal – parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1978, 357p.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luís. "Hacia una teoría de las fuentes materiales del derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, mayo-diciembre, 1981, pp. 721-737.

_____. *Compendio de derecho penal-parte general*, 2 edición, Madrid, Dykinson, 2010, 324 p.

ROMANO, Mario. "<<Merecimiento de pena>>, <<necesidad de pena>> y teoría del delito", en SCHÜNEMANN, Bernd y FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (coordinadores). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995.

ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y otros. *Derecho penal-parte general-introducción-teoría jurídica del delito*, Granada, Comares, 2013, 344 p.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, 2ª. Edición, Madrid, Ed. Civitas, 1.999, traducción al castellano por LUZON PEÑA, Diego-Manuel y otros, 1071 p.

_____. "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Ed. Reus, traducción al castellano y notas de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, pp. 11-36.

_____. "Culpabilidad' y 'responsabilidad" como categorías sistemáticas jurídicopenales", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Ed. Reus, traducción al castellano y notas de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, p. 200-225.

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, traducido al castellano por GÓMEZ RIVERO, Carmen y GARCÍA CANTIZANO, María del Mar, 158 p.

_____. *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2002, traducción al castellano de MUÑOZ CONDE, Francisco, 128 p.

_____. "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?", traducido por Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp.443-458.

_____. "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-01, pp. 01:1-01-27. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>.

RUIZ ROBLEDO, Agustín. *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 398 p.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico – Universidad de Valladolid, 1999, 121 p.

_____. "La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea", en *El nuevo derecho penal español – estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001, pp. 685-722.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. "Principio de legalidad penal y normas de los territorios históricos", en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 18, 1994, pp. 87-101.

_____. "La aproximación al derecho penal contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho penal", en *La crisis del derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 19-39.

_____. "Sobre la aspiración a un derecho penal subsidiario: ¿en qué medida es posible la subsidiariedad de los instrumentos penales?", en *Cuaderno de Política Criminal*, num. 111, III, Época II, diciembre 2013, pp. 37-67.

SANTANA VEGA, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, 92 p.

_____. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Ed. Dykinson, 2000, 260 p.

_____. "Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos", en *AP*, n. 9, 2001, pp. 141-162.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal-parte geral*, 2 edição, Curitiba, Lumen Juris, 2007, 737.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Las reglas de la técnica en derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1994, pp. 307-342.

_____. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc/mes 1, 1996, pp. 187-217.

_____. "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación", traducido por María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 197-226.

_____. "Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y víctimodogmática. Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado de Derecho liberal", en VON HIRSCH, Andrew, SEELMANN, Kurt y WOHLERS, Wolfgang (ed.). *Límites al derecho penal – principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 63-85.

SEHER, Gerhard. "La legitimación de norma penales basada en principios y el concepto de bien jurídico", traducción de Rafael Alcácer Guirao, en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 69-92.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio-Jesus. "Contribución al estudio de la norma penal: estructura, contenido y función de las normas penales (I)", Boletín num. 1642, pp. 4422-4442. Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/cs/satellite/1292344070855>, fecha 03/02/2015.

SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. "La protección penal del medio ambiente - peculiaridades de su tratamiento jurídico", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-11, <http://criminet.ugr.es/recpc>, 2002, pp. 1-34.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las 'leyes en blanco'", en *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, XVI, 1993, PP. 425-461.

_____. "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?", en *La Ley*, 1993-1, pp. 964-982.

_____. *La ley penal en blanco-concepto y cuestiones jurídicos-políticas*, (inédito), Barcelona, 1990.

_____. "¿Política criminal <<moderna>>? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español", en *AP*, n. 23, 8 al 14 de junio de 1998.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2 edición, Buenos Aires, Editorial B de F, 2012, 689 p.

_____. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edición, Madrid, Ed. Edisofer, 2011, 306 p.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, tomo I, actualizado por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1992, 488 p.

SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Editorial Comares, 2003, 354 p.

STRATENWERTH, Günter. "La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos" en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, traducción de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita valle Mariscal de Gante, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 365-372.

_____. *Derecho penal – parte general I – el hecho punible*, 4 edición, 1 reimpresión, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008, traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 568 p.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. "Derecho penal y riesgos tecnológicos", en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo – el análisis crítico de la escuela de frankfurt*, EUCM, 2003.

SÜB, Franck. "El trato actual del mandato de determinación", en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Ed. Comares, 2000, traducción al castellano por David Felip i Saborit, pp. 223-244.

TAVARES, Juarez. *Teoría do injusto penal*, 3ª edición, revisada y ampliada, Belo Horizonte, 2003, 403 p.

_____. *Bien jurídico y función en Derecho penal*, traducción de Monica Cuñarro, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, 90 p.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal", en *RFDUCM*, n. 63, 1981, pp. 123-149.

_____. "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid, Editorial Trotta, 1997.

_____. "El Derecho penal de la globalización - luces y sombras", en *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Ed. CGPJ, 1999, pp. 185-217.

_____. "Peligro abstracto y garantías penales", en *El nuevo derecho penal español – estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra, Aranzadi, 2001, p. 787-815.

_____. *Empresa y derecho penal*, Buenos Aires, Editorial AdHoc, 2001, 301 p.

_____. *La constitución penal. Los derechos de la libertad*, en portal.uclm.es/descargas/idp-docs/doctrinas/terrabillos-constitucionpenal.pdf, consultado en 08-06-2015, pp. 1-23.

TIEDEMANN, Klaus. "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 10 – janeiro/março, 2002, traducción al castellano a cargo de Antoni Llabrés Fuster, pp. 73-97.

_____. "La técnica legislativa del derecho penal económico", en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2 edición, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, pp. 75-87.

URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. "El principio de legalidad penal: ¿Un mandato para el legislador sin implicaciones para los intérpretes?", en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal - ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 173-205.

URQUIZO OLAECHEA, José. "Principio de determinación de la ley penal", en ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE (DIR). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 1335-1358.

VERGARA, Francisco. *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*, Madrid, Ed. Alianza, 1999, 175 p.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 211 p.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, 413 p.

_____. "Ley y derechos fundamentales – acerca del principio de culpabilidad en materia penal", en *Constitución u derecho público – estudios en homenaje a Santiago Varela*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995, pp. 503-515.

_____. *Comentario al Código Penal de 1995*, volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

_____. *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 488 p.

_____. "Principios penales y dogmática penal", en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, Villela Editor, año VII, n. 11, 2001, pp. 43-71.

_____. "La reforma penal de 2015: una valoración genérica", en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (director). *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2 Edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 29-41.

VON LISZT, Franz. *La idea del fin en el derecho penal: programa de la Universidad de Marbugo, 1882*, Granada, Editorial Comares, 1995, introducción y nota biográfica de ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel, traducción al castellano de PÉREZ DEL VALLE, Carlos, 96 p.

_____. *Tratado de derecho penal*, Madrid, 4ª edición, tomo II, 1999, traducción al castellano de la 20 edición alemana de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, 494 p.

VORMBAUM, Thomas. "Recensión", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edición ampliada, traducción de Raquel Montaner Fernández, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2011, pp. 215-224.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán-parte general*, 12 edición alemana, 3 edición en castellano, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, traducción de Juan Bustos Ramirez y Sergio Yañez Pérez, 1987, 403 p.

_____. *Estudios de derecho penal*, Buenos Aires, Euros Editores, 2003, traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, 156 p.

WOHLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*", en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 403-408.

WOLTER, Jüger. "Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho penal", en *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal - libro Homenaje a Claus Roxin*, SILVA SANCHEZ/SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (Coord.), Barcelona 1995, pp. 37-72.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General; Tomo I*; Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1987, 488 p.

ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. *Lecciones de derecho penal-parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 325 p.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

STC 32/1984, de 08 de marzo

STC 140/1986, de 11 de noviembre

STC 160/1986, de 16 de diciembre

STC 122/1987, de 14 de julio

STC 127/1990, de 5 de julio

STC 150/1991, de 4 de julio

STC 118/1992, de 16 de septiembre

STC 111/1993, de 25 de marzo

STC 66/1995, de 8 de mayo

STC 55/1996, de 28 de marzo

STC 161/1997, de 2 de octubre

STC 234/1997, de 18 de diciembre

STC 120/1998, de 15 de junio

STC 24/2004, de 24 de febrero

STC 283/2006, de 9 de octubre

STC 181/2008, de 22 de diciembre

STC 101/2012, de 8 de mayo de 2012

STC 145/2013, de 11 de julio