

Título: Hacia una refundamentación valorativa de la sucesión de leyes en las normas penales en blanco en Cuba.

Categoría: Artículo

Datos del autor:

Dr. Ramón Yordanis ALARCÓN BORGES

Profesor Auxiliar de Derecho Penal y Procesal Penal

Facultad de Derecho

Universidad de Oriente.

Director del Departamento de Derecho

Abogado

“El Derecho penal tiene que mantener la vinculación con el cambio social: tiene que estar preparado para dar respuesta a las preguntas de hoy (...). Tiene que seguir evolucionando en contacto con su realidad”.

WINFRED HASSEMER

Sumario:

I. Una necesaria aproximación....II. Por los senderos dogmáticos de la eficacia temporal de las normas penales en blanco.III. La realidad jurídica penal cubana: Una refundamentación valorativa de la sucesión de leyes en las normas penales en blanco.V. Epílogo. Bibliografía.

&&&&&&&&&

I. UNA NECESARIA APROXIMACIÓN....

La sociedad que se desarrolla en este siglo está inexorablemente marcada por el riesgo constante en todas las esferas de la vida social, lo que es consecuencia directa de las formas de producción, difusión, transmisión y aplicación del conocimiento científico tecnológico. Este se torna realmente incontrolable en muchas esferas de aplicación dado que las causas y efectos que producen no son lineales, sino profundamente complejas.

Siendo la más interesante y atractiva, del actual escenario sociológico internacional, en varios aspectos, la teoría de la sociedad de riesgos se nos presenta como un paradigma contemporáneo inacabado por la indudable dinámica que hoy marca esa sociedad que cada día se mueve bajo los pares desarrollo-vulnerabilidad, progreso-inseguridad.

En la actualidad, parafraseando a NIKLAS LUHMANN, el problema del riesgo ha sido descubierto también por las ciencias sociales, pero, para advertirlo de algún modo no en el jardín propio, sino porque el jardín no se había cuidado y regado suficientemente.

Esta perspectiva marcó una notable diferencia entre la sociedad tradicional y la de riesgos, que determinó la evolución y desarrollo del hombre moderno –primero-, y posmoderno en toda su extensión.

PABLO GUADARRAMA¹, icono del pensamiento filosófico cubano contemporáneo certeramente nos manifiesta que ser moderno siempre ha exigido una actitud renovadora ante lo establecido y comúnmente aceptado como normal o adecuado. Una actitud moderna es cuestionadora de lo existente por considerar que no ha cumplido con las exigencias de los tiempos nuevos. La postmodernidad es la insatisfacción con la satisfacción de la modernidad.

La modernidad es una conquista del hombre sobre sí mismo, sobre sus defectos e insuficiencias. Es una victoria del *logos* sobre el *ego*. La postmodernidad parece ser el triunfo del *ego* sobre el *logos*. Pero no de un ego simplemente individual, sino del ego de élites de consumo e intelectuales sobre las masas periféricas.

El espíritu de la modernidad se embriagaba en la conformación de una cultura superior para que el hombre se sintiera también superior y lograra mayores niveles de identidad. El espíritu postmoderno pone en peligro la identidad cultural de los pueblos, porque pretende homogenizar a través de *los mass media* la vida de los más recónditos rincones del orbe imponiendo los valores sin frenos de las sociedades primermundistas.

Estas premisas, que sitúan los senderos por los que transita la relación postmodernidad-sociedad de riesgos, marcan hoy el debate acerca de una crisis que ha incidido en el proceso de difuminación de las fronteras (reales y simbólicas) que mantenían las dicotomías propias de la modernidad²: Estado/Sociedad civil, Público/privado, formal/informal, entre otras categorías. A lo que se suma, en la misma medida, los problemas globales que afectan los intereses de toda la comunidad mundial, que amenazan el futuro de la humanidad, y que atentan con las posibilidades de desarrollo de la civilización, a tenor: la gran desproporción en los niveles de desarrollo social y económico entre las distintas partes del planeta, las amenazas a la seguridad y la paz internacionales, la problemática ecológica, el apresurado aumento demográfico de la población mundial vinculado al insuficiente ritmo de crecimiento de la producción de alimentos, el agotamiento de los recursos naturales no renovables, en especial de los energéticos.

Esta desarrollada pero complicada sociedad, coincidiendo con FERRANDO MANTOVANI,³ por su dinamismo, por la multiplicidad y complejidad de los problemas que surgen a cada momento, el estatismo, multiplicador de leyes e intervencionista, ya por autoritario ya por paternalista, en los detalles de la vida y el trabajo de la gente hacen que el Derecho Penal haya abandonado el ideal iluminista de las “leyes pocas, sencillas, claras, estables” por la realidad de las “leyes muchas, complejas, confusas e inestables”, así como de las leyes vacías, simbólicas, mágicas destinadas tan solo a poner en escena la diligencia en la lucha contra ciertas formas de criminalidad; de las leyes “hermafroditas” como forma de ley pero sustancia de acto administrativo, de las leyes “burocráticas”

¹GUADARRAMA, Pablo; *Fuentes y perspectivas del neoliberalismo; pensamiento alternativo vs. 'pensamiento único'* Paso a paso. Escuela Superior de Administración Pública. Tunja. A. 2 n. 2 diciembre de 2001. pp. 210.

²GUADARRAMA, Pablo; *Fuentes y perspectivas del neoliberalismo; pensamiento alternativo vs. 'pensamiento único'* Paso a paso. Escuela Superior de Administración Pública. Tunja. A. 2 n. 2 diciembre de 2001. pp. 209-222.

³MANTOVANI, Ferrando; “*Sobre la perenne necesidad de la Codificación*”; Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas: 01/01 (1999).

meramente sancionadoras de genéricos preceptos extra-penales, de la inflación legislativa; de la crisis del Principio de Legalidad – Certeza y Taxatividad Jurídicas.

Esta inflación legislativa -que desborda el sistema jurídico contemporáneo-, reafirma una vez más la necesidad de utilizar en los cuerpos penales las normas penales en blanco, que se conceptualizan como normas necesitadas de complemento, porque su supuesto de hecho aparece formulado de un modo incompleto y su complemento ha de buscarse en otras disposiciones del ordenamiento jurídico, que puede ser la norma constitucional, normas jurídicas del mismo rango que la ley penal o de inferior jerarquía, con las que se integrará la norma para obtener una formulación acabada de su significado.

Esta técnica de redacción de preceptos penales, cada día con mayor presencia en los códigos penales, es una técnica perfectamente admisible siempre que sean observables las reglas generales en materia de norma penal en blanco, esto es, que se trate de un mero complemento técnico y ejecutivo de la ley penal (Tesis de la Admisibilidad); aunque por un lado se pueda rozar el principio de legalidad, por otro las normas penales en blanco son convenientes, sobre todo en hipótesis como las que plantea el medio ambiente, el orden económico, la propiedad intelectual, el sector informático, en los que existen innumerables opciones legales, imposibles de detallar en el texto codificado (Tesis de Conveniencia).

Se apunta con relativa frecuencia que determinadas ramas del ordenamiento jurídico, siguiendo el criterio de MUÑOZ CONDE⁴, por su naturaleza, presentan finalidades y alcances diferentes a los de la ley penal. La actividad legislativa en estos sectores es incesante, por lo que precisan de un marco típico flexible, que permita adaptarse a los constantes casos que han de ser previstos; un marco, a juicio de DOVAL PAÍS⁵, que posibilite aludir a todos ellos eludiendo, sin embargo, cualquier referencia concreta a ninguno. Este marco lo proporcionan las normas penales en blanco, mediante la inclusión de remisiones en sus enunciados, adoptando así la estructura flexible que dichas materias requieren.

Estas materias por su dinamismo y sus cambios constantes, aluden a bienes jurídicos, cuya indemnidad se hace depender del mantenimiento de una serie de condiciones establecidas en términos de “no infracción” de otras normas, aunque no toda vulneración acarrea un ilícito penal. Estos bienes jurídicos, denominados colectivos, universales, de titularidad difusa o de amplio espectro⁶, se caracterizan por su “no exclusión en el uso” y por su “no rivalidad en el consumo”, son real y jurídicamente imposibles de dividir en partes y asignar una porción de éste a un individuo⁷. Es por ello que el ordenamiento jurídico penal requiere, en su regulación, un mecanismo capaz de actualizarlo constantemente ante las nuevas situaciones fácticas y normativas.

La vinculación entre el ordenamiento penal con las disposiciones extrapenales, en primer lugar, al tener los bienes jurídicos un carácter normativizado, por estar su contenido determinado por referencias a normas, hace que las conductas que atentan contra ellos hayan de ser puestas en relación con las normas que establecen sus contenidos y que vienen a configurar unas determinadas condiciones para su

⁴MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*; op. cit.; p. 38.

⁵DOVAL PAÍS, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op. cit.; p. 107.

⁶MOCCIA, Sergio; *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*; en SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Política Criminal y nuevo Derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona 1997; p. 115.

⁷HEFENDEHL, Roland; *¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 04-14 (2002), publicado el 25 de Julio de 2002, en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>; Consultado el 25 de Febrero de 2009, 8:10 pm.

existencia, lo que hace que los delitos se correspondan con acometidas a dichas condiciones. Se castiga, por tanto, la inobservancia de normas organizativas⁸, lo que explica la necesidad del recurso a la remisión normativa, como parte de la flexibilidad de la norma penal en la regulación de las conductas que atentan contra bienes jurídicos de esta clase⁹.

En segundo lugar, en cuanto a las conductas, coincido con DOVAL PAÍS, que el dinamismo de los ámbitos de actividad a los que pertenecen, hace aparecer constantemente nuevos supuestos que no hay razón para excluir del ámbito de protección de la ley penal, al mismo tiempo que su inclusión expresa y detallada en la misma obligaría a practicar sucesivas reformas para conservar su actualidad y aplicabilidad¹⁰.

Lo anterior es lo que me conlleva a reafirmar que las normas penales en blanco, son instrumentos necesarios para la integración del Derecho penal en los modelos institucionales de organización y control de determinados sectores complejos de actividad¹¹ en la sociedad, permitiendo además distanciar la ley penal de las circunstancias que podrían alterarla con facilidad, conservándose sensible a los cambios a través del hilo conductor que la mantiene unida a los sectores que los recogen, dotándola así de actualidad, permanencia y estabilidad¹².

Lo anterior nos confirma que es con la norma penal en blanco donde más se ha dado a conocer, en los predios jurídicos penales, las remisiones normativas, toda vez que el enunciado de la norma penal aparece de forma simplificada, eludiendo la expresión detallada de las particulares versiones que puede adoptar la conducta, pero aludiendo a ellas mediante el reenvío a otras normas dónde aquellas encuentran su plasmación.

El fenómeno de las remisiones adopta muy variadas formas¹³, y no todas presentan los mismos problemas desde el prisma de la legalidad penal; es por ello, que analizaremos las que permiten dotar a la ley penal, de las características de flexibilidad que precisa, para la regulación de materias vinculadas a otros sectores del ordenamiento jurídico, para su posterior valoración en el fenómeno de la sucesión de leyes.

La **remisión relativa al supuesto de hecho** es la especie que se aviene con la norma penal en blanco, en correspondencia con su conceptualización, ya que solo con esta modalidad es que cumplen con la función asignada. Siendo aquí de importancia el debate acerca del carácter completo o incompleto, de la composición de las normas penales en blanco, por la trascendencia a circunstancias que pueden afectar a un elemento que pertenezca a la norma de remisión, como a los cambios normativos que pueda experimentar ésta última, con respecto a la retroactividad o irretroactividad.

⁸MOCCIA, Sergio; *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*; op. cit.; p. 115.

⁹IBIDEM; pp. 115-116.

¹⁰DOVAL PAÍS, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op.cit.; pp. 111-112. ALARCÓN BORGES, Ramón Yordanis; *Instituciones semipermeables de una porfía entre un Derecho penal racional y un Derecho penal de la necesidad*; op.cit.; p. 14.

¹¹QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; PRATS CANUT, J. M.; *Curso de Derecho Penal. Parte general*, op.cit.; p. 25.

¹²DOVAL PAÍS, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op.cit.; pp. 112-113.

¹³CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana T.; *Elementos de Técnica Legislativa*; op.cit.; pp. 215-216. DOVAL PAÍS, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op.cit.; pp. 79-93.

Es dable observar que desde el punto de vista estructural (entendida como estructura formal bimembre) la norma penal en blanco, es completa, toda vez que por muy breve que sea su referencia, existe un supuesto de hecho y en correspondencia, una consecuencia jurídica. Y desde la concepción de norma penal en blanco, como norma ya integrada por su complemento, es también una norma completa, lo que se avala siguiendo los fundamentos de ANTOLISEI¹⁴, cuando expone que en las “*leyes penales en blanco no falta el precepto, que existe, pero se presenta de una forma sui generis, pues como observa LEONE, carece de concreción y de actualidad. No se trata de una sanción conminada para la inobservancia de un precepto futuro, sino de un precepto general que debe concertarse con un elemento futuro, el cual, sin embargo, debe preceder siempre al hecho que constituye delito*”¹⁵.

No es igual su carácter desde el punto de vista de su contenido, donde sí la norma penal resulta incompleta, ya que en ella no se han manifestado o descrito de forma completa los supuestos a los que es aplicable. Siendo éste el fundamento que han expuesto otros autores para afirmar el carácter incompleto de las normas penales en blanco¹⁶.

El segundo tipo de remisión es la **remisión externa**, que su base conceptual se encuentra en el hecho de que el objeto de la remisión que ha de contemplar la norma penal puede hallarse en una norma perteneciente a otro sector del ordenamiento, o incluso, en otra ley penal distinta¹⁷. Siendo en este caso, a juicio de DOVAL PAÍS¹⁸, dos los complementos: los primeros procedentes de leyes y reglamentos, y el segundo, siguiendo a TIEDEMANN, provenientes de actos de la Administración (autorizaciones singulares)¹⁹.

En el primer caso, cabe señalar varias formas particulares que ésta puede revestir:

a) El envío puede ser realizado desde la ley penal a toda la legislación (en su sentido comprensivo de leyes y reglamentos) de un determinado sector, que normalmente viene delimitado por la materia a que se refiere, de una forma expresa o no, la norma penal²⁰.

¹⁴ANTOLISEI, F.; *Manual de Derecho penal. Parte general*; 8va edición, traducido por J. GUERRERO y M. AYERRAREDÍN, Bogotá 1988, p. 33. Se afilia a este criterio DOVAL PAÍS, cuando afirma: “(...) desde el punto de vista estructural, tampoco puede sostenerse otra cosa, ya que por formal, esquemática y breve que sea la referencia de ésta al presupuesto de la sanción que prevé, ello bastará para considerarla compuesta estructuralmente por los dos elementos que en general definen a la norma jurídica”. DOVAL PAÍS, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op.cit.; p. 117.

¹⁵ Avalando el mismo criterio tenemos a MUÑOZ CONDE. Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*; op.cit.; p. 39.

¹⁶RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; op.cit., p. 87. CREUS, Carlos; *Derecho Penal. Parte General*; op.cit., p. 67. QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op.cit.; p. 33.

¹⁷ En el caso de las remisiones internas o reenvíos internos, donde el complemento se encuentra en la propia ley penal, considero que están descartadas para la designación de leyes penales en blanco, ya que las mismas obedecen a puras razones de economía legislativa, tratándose con las mismas de evitar repeticiones innecesarias que redundan en textos demasiados extensos. STAMPA BRAUN, J. M.; *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*; op.cit.; p.32. MUÑOZ CONDE, F.; *Introducción al Derecho penal*, op.cit.; p.18. MEZGER, W.; *Tratado de Derecho penal*; Tomo I, op.cit.; p. 397.

¹⁸DOVAL PAÍS, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op.cit.; pp. 82-83.

¹⁹ Ilustran estas autorizaciones singulares los siguientes artículos del Código Penal de Alemania: de 15 de mayo de 1871, última reforma de 31 de enero de 1998: Artículo 326: “contrariando una prohibición o sin la autorización necesaria”, artículo 328 “sin la autorización correspondiente”.

²⁰El Artículo 226.25 del Código Penal Francés, (última modificación 15 de septiembre de 2003) dispone: “artículo L. 145-15 del Código de la Salud Pública”. El Artículo 277 del Código Penal español (Ley Orgánica No. 10 de 1995, modificado por Ley Orgánica 15 de 2003), cuando dispone: “legislación de patentes”.

b) La referencia contenida en la norma penal alude a leyes/reglamentos, dado que el objeto a completar se halla regulado, o podría hallarse en el futuro, en disposiciones de cualquiera de estos rangos²¹.

c) Por último, hay ocasiones en que la propia índole de la materia regulada limita la clase de fuente de complemento, exigiendo que se trate, con independencia de la concreta expresión empleada, de una norma de determinada clase o rango²².

A lo que yo agregaría una cuarta forma:

d) Referencia a la leyes internacionales y la costumbre, dado que el complemento de las normas penales en blanco lo determinan estas²³.

El tercer tipo de remisión hace referencia a la permanencia o estabilidad de la disposición a la que se envía, y en tal sentido las remisiones pueden ser *estáticas*²⁴ y *dinámicas*.

Estas últimas se caracterizan porque el sentido de la norma de remisión depende, en cada momento, del que posea la disposición a la que se remite, sin que se acoja en concreto el contenido que ésta posee en un instante dado. Lo anterior determina que cualquier cambio en la norma complemento repercute inmediatamente en la norma penal, variando también su sentido. Es por ello que son, afiliándose al criterio de KUHL²⁵, elementos técnicamente viables para adaptar automáticamente la ley penal a lo regulado por otras disposiciones. Son estas remisiones propias de las normas penales en blanco, y a través de la misma pueden cumplir debidamente la función que les caracteriza.

En este particular, merece hacer alusión a la advertencia que ilustra SCHUNEMANN²⁶, en el Derecho penal alemán, sobre la remisión expresa o tácita a *usos, recomendaciones o regulaciones privadas* y la consecuente afectación a la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que el complemento de la norma

²¹ El Código Penal de Chile (de 1 de junio de 1874, modificado por la Ley No. 20.074 de 2005), el artículo 274 dispone: “leyes y reglamentos referentes a loterías, casas de juego y de préstamo sobre prendas”; el artículo 287 enuncia: “las infracciones de las leyes y reglamentos relativos a las armas prohibidas”. En el Código Penal de Colombia (Decreto-Ley No.100 de 1980), en su artículo 243 se dispone: “definidos en ley o reglamento”.

²² Es el caso, en España, donde la materia limita la fuente de la disposición complemento a *leyes orgánicas*, como se observa en los Artículos: 524 “sentimientos religiosos legalmente tutelados”, artículo 531 “con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales”, del Código Penal. Ley Orgánica No. 5-2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la Ley Orgánica No. 10-1995, de 23 de Noviembre, Código Penal Español.

²³ Así tenemos en el Código Penal del Salvador (DECRETO N° 1030 de nueve días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y ocho) en el Artículo 362 dispone: “violare las leyes internacionales o costumbres de guerra”. El Código penal de Guatemala (DECRETO No. 17-73, veintisiete de julio de mil novecientos setenta y tres), en su Artículo 342 plantea: “las leyes económicas naturales de la oferta y la demanda, o quebrare las condiciones ordinarias del mercado”.

²⁴ Su objeto está constituido por una disposición normativa concreta y determinada. No son remisiones propias de las normas penales en blanco, satisfacen funciones de economía legislativa. Ilustrativo es al artículo 261.1.2.b.3, referido al delito de Lavado de Dinero; ocultamiento de bienes mal habidos, del Código Penal alemán (de 15 de mayo de 1871, última reforma de 31 de enero de 1998), que plantea: (1) Quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto, que provenga de un hecho antijurídico mencionado en la frase 2, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. Hechos antijurídicos en el sentido de la frase 1 son: 1. Crímenes; 2. delitos conforme a: a) § 332 inciso 1, también en conexión con el inciso 3 y el § 334; b) § 29 inciso 1 frase 1 numeral 1 de la Ley de Estupefacientes y el § 29 inciso 1 numeral 1 de la Ley de Vigilancia de Materias Básicas; 3. Delitos según el § 373 y cuando el autor actúe profesionalmente según el § 374 de la Ley general tributaria, también en conexión con el § 12 inciso 1 de la Ley para la ejecución de las Organizaciones Comunes de Mercado.

²⁵ KUHL, K.; *Probleme der Verwaltungszakzessorietat des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht*; en *Festschrift fur K. Lackner*, Berlin- New York; pp. 831-832.

²⁶ SCHUNEMANN, Bernd; *Las reglas de la técnica en Derecho Penal*; op.cit.; pp. 312-315.

penal en blanco no se realiza en este caso por una “fuente jurídica”, en sentido amplio que pueda reconducirse a una instancia estatal.

La cuarta modalidad de remisión, la diseña Mercedes GARCÍA ARÁN²⁷ y se denominan: **Remisiones interpretativas y remisiones en bloque**. En las primeras la referencia a la normativa extrapenal obedece a necesidades de simplificación de un elemento típico que consta fijado, pero no determinado suficientemente, en la propia norma penal. El acudir al complemento que proporciona la disposición a la que se dirige la remisión permite, en estos casos, integrar con fines interpretativos un determinado término típico. A esta clase de remisiones se asimilan formas de expresión diversas, como: “*fuera de los casos permitidos por la ley*” o “*sin autorización*”. Por su parte las *remisiones en bloque* se caracterizan, porque la ley penal incluye una referencia a la infracción de normativa extrapenal. Para ello se sirve de expresiones como “*con infracción de leyes y/o reglamentos*” o “*contraviniendo lo dispuesto en leyes y/o reglamentos*”. Esta infracción se incorpora a la norma como un elemento típico más, con lo que, en definitiva, la instancia extrapenal adquiere competencia para establecerlo.

Si bien a las normas penales en blanco se les asigna la función de instrumento para regular materias caracterizadas por su dinamismo, no implica que sólo puedan consistir en remisiones en bloque. Ya que la contribución de la normativa extrapenal que se precisa en estos casos puede lograrse mediante mecanismos diversos, algunos de los cuales permitirían, desde luego ser catalogados como “remisiones interpretativas”.

La modalidad de remisión quinta, depende de que el objeto de la remisión sea más o menos amplio. Siendo denominada: **remisiones generales y remisiones especiales**²⁸. En la primera, el legislador configura la conducta delictiva mediante una referencia completa y exclusiva a la infracción de disposiciones, con lo que cualquier infracción de la normativa extrapenal constituirá, ilícito penal²⁹. En las segundas se acota el ámbito de la remisión a sólo determinados aspectos del supuesto de hecho. Aquí la disposición complemento determina o precisa sólo algunas circunstancias en las que se debe realizar la conducta prohibida³⁰. Sumándose dentro de ésta modalidad especial, las remisiones que añaden,

²⁷GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*; Estudios Penales y Criminológicos, XVI, 1992-1993, pp. 70-80. DOVAL PAÍS expone, que la especial importancia de estas clases -(de remisiones)- reside en que, al tiempo que advierten de la distinta función que pueden desempeñar las remisiones en el marco del Derecho penal, aportan un criterio que permite ser ensayado, a la hora de diferenciar los términos normativos de los “blancos” de las leyes penales. DOVAL PAÍS, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op.cit.; p. 86.

²⁸DOVAL PAÍS, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op.cit.; pp.88-89.

²⁹ En ésta modalidad la norma penal adopta la fórmula: “*quien contravenga la disposición de complemento, será castigado....*”. IBID. En el Código penal español vigente, en su artículo 361, se ilustra esta modalidad: “*Los que expendan o despachen medicamentos deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia (...)*”. Ley Orgánica No. 5-2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la Ley Orgánica No. 10-1995, de 23 de Noviembre, Código Penal Español.

³⁰La fórmula que adopta la norma puede ser: “*quien, contra lo dispuesto en la disposición de complemento, haga X, será castigado....*”. IBID. Ilustrativo es el artículo 277 del Código penal español cuando expone: “Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, **en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes**, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional. IBID.

además, de la composición anterior, una referencia a la afección al bien jurídico protegido o/a algún objeto o elemento en el que cabe entender que éste se plasma³¹.

Si bien la primera posibilita la integración de toda la materia de prohibición por una instancia extrapenal, no dejan de ser importantes las palabras de DOVAL PAÍS, las cuales suscribo, de “que la clases de envíos que ahora parece predominar es la de las remisiones especiales, en las que el papel que desempeña la normativa extrapenal en el marco de la ley penal es más limitado”³².

Son estas las modalidades que a mi juicio, apoyado fundamentalmente en los fundamentos avalados por Mercedes GARCÍA ARÁN y Antonio DOVAL PAÍS, permiten hacer una selección de los problemas que se suscitan en torno a las normas penales en blanco y encauzan su verdadera configuración desde el punto de vista funcional.

La sistemática legislativa penal ha determinado que con reiterada frecuencia una conducta se realice de un modo contrario a la normativa extrapenal o complementaria. Ello se visualiza en la descripción típica, cuando se emplean fórmulas diversas que se refieren a la desviación de un comportamiento con respecto a lo estipulado en otras disposiciones legales. Ejemplo de ello, se observa cuando la conducta se realiza: “*sin autorización*”, “*ilegalmente*”, “*dejando de cumplir los deberes legales*”, “*faltando a los deberes de su cargo*”, “*sin autorización expresa*”, “*sin cumplir las formalidades previstas en las leyes y reglamentos*”, “*sin los requisitos establecidos por la legislación vigente*”, “*fuera de los casos permitidos por la Ley*”, “*en contravención con lo dispuesto en la legislación*”, “*ilegítimamente*”, “*indebidamente*”, entre otras.

Es indudable que las remisiones referidas indican que debe existir una contrariedad con la norma complemento, derivándose de su formulación dos grandes grupos de referencias, que indicados de un modo muy sintetizado, serían los siguientes³³:

- el de la clase que alude directa o indirectamente a la “**infracción**” de normas;
- el de la clase que se refiere a la “**ausencia de autorización (o permiso)**”.

El **primer grupo** se caracteriza por la referencia a la infracción de prohibiciones (u obligaciones), establecidas en la norma complemento. Tal contrariedad deberá producirse por la infracción de imperativos (de prohibiciones o mandatos), que tendrá lugar tanto cuando la conducta se halle no permitida (esté prohibido llevarla a cabo), como cuando no resulte permitida expresamente, debiendo estarlo, pues esto significa que en los demás supuestos se encuentra prohibida. Las fórmulas de la clase “con infracción” se yuxtaponen a la exigencia de que el comportamiento, además de dar lugar a una contravención extrapenal, generalmente, comporte la afección de algún bien jurídico protegido; lo que

³¹ Aquí la norma penal responde a la forma: “*quien, contra lo dispuesto en la disposición de complemento, haga X, y con ello afecte [ponga en peligro]... será castigado...*”. IBID. Ejemplificativo de lo anterior es el artículo del Código penal alemán: **§324a. Contaminación de suelos:** (1) Quien *bajo lesión de deberes jurídicos administrativos* introduzca, haga introducir o libere sustancias en el suelo y *lo contamine o altere desventajosamente* 1. De una manera que es apropiada para perjudicar la salud de otro, de animales, plantas u otras cosas de valor significativo o un recurso hídrico; o 2. De una dimensión significativa, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

³² IBIDEM; p. 123.

³³ Comparto en este particular la clasificación que crea Doval País. DOVAL PAÍS, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op.cit.; pp.173-175.

se grafica de la siguiente forma: “*El que con infracción....., realice X, de modo que afecte (lesione, ponga en peligro) al bien jurídico Z.....*”³⁴.

La referencia a la lesión o puesta en peligro, del bien jurídico, en un determinado marco de actividad deja claro el propósito de la norma penal de salvaguardar un cierto objeto y, en consecuencia, su pretensión de evitar los ataques dirigidos contra el mismo.

Participo del criterio de que esta fórmula, empleada por el legislador, no utiliza la “infracción” como un elemento necesario desde el punto de vista *valorativo*, o sea, necesario para consignar el ataque antijurídico, sino como un instrumento que es valioso en ciertos casos para limitar la intervención penal en la materia. No se trata, siguiendo a DOVAL de que sin tal elemento no fuera posible llegar a considerar una conducta disvaliosa, sino de que, seguramente, la única forma de intervenir limitativamente en un determinado ámbito, y con ciertas garantías de certeza, es incorporando en la ley penal referencias de ésta clase³⁵.

Sumándose a lo anterior el hecho de que este tipo de fórmula, es asimilada por la remisión en bloque³⁶, toda vez que incorporan como un elemento típico más, la infracción de la normativa extrapenal, de modo que hace que se sancione penalmente la desobediencia de ésta última.

El **segundo grupo** se caracteriza por el hecho de que solo tiene sentido que la norma complementaria establezca requisitos, formalidades y condiciones con respecto a conductas que realizadas de otro modo se hallen prohibidas. Suelen encuadrarse en estructuras normativas más simples, generalmente, del tipo: “*El que sin autorización realice X...*”.

En este tipo de fórmula, el que la conducta no se halle autorizada en el ámbito extrapenal, puede suceder en dos distintos supuestos³⁷:

- cuando exista una norma que no permita realizarla, es decir, cuando se halle prohibida; lo que constituiría el sentido *fuerte* de la expresión “no autorizada”;
- cuando no haya norma alguna que la permita expresamente, es decir que se ignore por completo dicha conducta en tal sector normativo; lo que se entendería como el sentido *débil* de la fórmula “no autorizada”.

En el primer supuesto la realización de la conducta “sin autorización” comportaría necesariamente la infracción de normas prohibitivas extrapenales, en el segundo aparentemente no tendría ese significado, ya que parece que la conducta descrita en la norma penal podría realizarse sin infracción de norma alguna. Es por ello, que DOVAL afirma, de forma resumida, que las fórmulas de la clase “sin autorización” podrían llevar a castigar penalmente en estas dos hipótesis: cuando la conducta se hallara no permitida (o sea, prohibida) en la normativa extrapenal y cuando no se hallara permitida (expresamente). En la primera, el legislador penal incorporaría a la Ley la prohibición extrapenal; pero en la segunda podría suponerse que no, porque aparentemente toda la prohibición permanecería en sus

³⁴ Para ilustrar lo planteado consultar los Artículos 316, 325, 350 del Código penal Español. Ley Orgánica No. 5-2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la Ley Orgánica No. 10-1995, de 23 de Noviembre, Código Penal Español.

³⁵ Un criterio contrario lo asume Mestre Delgado. MESTRE DELGADO, Esteban; *Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal*; op.cit.; pp. 523-525.

³⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*; Estudios Penales y Criminológicos, XVI, 1992-1993, p. 72.

³⁷ DOVAL PAÍS, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op.cit.; p. 178.

manos, ya que el castigo penal no dependería necesariamente de la existencia de una prohibición de la conducta en el ámbito extrapenal³⁸.

Con esta fórmula el legislador, también fija la prohibición de una conducta, que se comporta, ilustrando con un ejemplo en el Código Penal de Guatemala³⁹, de la siguiente manera: *se prohíbe el depósito de armas o municiones que no sean de uso exclusivo del Ejército*, bajo la condicionante de que “no se halle autorizado”. La no autorización del depósito, en términos de prohibición, por la instancia extrapenal constituirá una condición suficiente para la ilicitud penal de la conducta; dando lugar la autorización expresa a su licitud.

Adiciono a lo planteado, que esta modalidad prescinde, generalmente, de referencias expresas a la afección del bien jurídico. La razón de que puedan prescindir de tal referencia, compartiendo los criterios de DOVAL PAÍS, se halla en que las propias fórmulas de esta clase normalmente expresan por sí mismas en qué consiste el injusto típico. Es decir, que la afección al bien jurídico viene configurada en estos casos sólo por la “ausencia de autorización”, lo que significa que aquella actividad, prevista en la norma penal, realizada “sin autorización”, extrapenal, supone inmediatamente la perturbación del bien jurídico. Esto solo es posible porque se concibe el bien jurídico como una categoría normativa absolutamente formalizada, completamente dependiente de normas. Debido a esto, la autorización aparece concebida en estos supuestos como un fin; de ahí el carácter necesario y, muy probablemente, suficiente de la “falta de autorización” para la ilicitud penal de la conducta⁴⁰.

En esta fórmula, al estar en consonancia con las remisiones interpretativas, la normativa complemento es necesaria para *interpretar o integrar un elemento típico*, pero su cumplimiento no es incorporado como un interés añadido al protegido penalmente⁴¹.

Como se puede observar, en ambos tipos de fórmulas –“con infracción”, “sin autorización”- el sentido prohibitivo de la norma complemento, que emana de la instancia correspondiente, configura una condición adicional y completamente relevante para determinar el carácter penalmente ilícito de un comportamiento.

Ante este escenario, que alienta y soporta el dinamismo legislativo, se revitaliza el fenómeno de la sucesión de leyes, en todos los ámbitos socio-jurídicos, que es algo que en la actualidad hay que ponderar y, me parece, valorar en su justa dimensión.

No cabe dudas de que, desde el punto de vista jurídico, en materia de sucesión de leyes se abren dos espacios importantes para avanzar en una progresiva valoración dogmática con trascendencia legislativa y jurisprudencial concretas en las normas penales en blanco: a) análisis de la eficacia de la norma penal en blanco en el tiempo, motivado por las consecuencias de la variabilidad de la norma complemento (retroactividad o irretroactividad de la norma penal); b) forma de determinación del efecto retroactivo.

Veamos con algún detalle de que se trataría.

³⁸IBIDEM; pp. 178-179.

³⁹ Artículo 402: Quienes, sin estar autorizados legalmente, tuvieren o establecieron un depósito de armas o municiones que no sean de uso exclusivo del Ejército, serán sancionados con prisión de uno a dos años y multa de cien a un mil quetzales. Código penal de Guatemala (DECRETO No. 17-73, veintisiete de julio de mil novecientos setenta y tres).

⁴⁰DOVAL PAÍS, Antonio; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; op.cit.; p. 191.

⁴¹IBIDEM; pp. 177-178.

II. POR LOS SENDEROS DOGMÁTICOS DE LA EFICACIA TEMPORAL DE LAS NORMAS PENALES EN BLANCO.

Una de las primeras cuestiones que hay que poner en claro para desarrollar el tema es que ciertamente, como afirma QUIRÓS PÍREZ⁴², analizar la eficacia de la norma penal en blanco en el tiempo ha generado determinada complejidad, motivado por las consecuencias de las variaciones (modificativas o derogatorias) en la norma complemento, en orden a la eficacia de la ley penal en el tiempo (retroactividad o irretroactividad de la norma penal).

Soy seguidor de la exigencia que el Derecho penal, como ordenamiento protector de bienes jurídicos esenciales para la colectividad, exprese en cada momento histórico el orden de valores existentes en una sociedad lo que determinada que las normas evolucionen y sean sustituidas al compás de los cambios valorativos operados en el seno social, lo que determina la sucesión de leyes⁴³.

Es este contenido material de la sucesión de leyes el que permite explicar el principio de irretroactividad de las leyes penales, por el cual éstas no pueden ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación⁴⁴. Y permite también explicar la excepción al principio, esto es, la retroactividad de la ley más favorable.

Esto motivó los tres criterios fundamentales en materia de eficacia de la ley penal en el tiempo, a tenor: irretroactividad absoluta, retroactividad absoluta e irretroactividad relativa; identificándome con el tercero que es el que acoge la legislación penal cubana⁴⁵, y que comparto en estas líneas.

El propio desarrollo del Derecho penal ha motivado el debate polémico alrededor del fundamento de la irretroactividad de las leyes penales, así como de la excepción: la retroactividad de la ley más favorable al encausado⁴⁶. Mostrándome partidario, conjuntamente con la tesis de QUIRÓS PÍREZ⁴⁷, de que el principio de irretroactividad de la ley penal se fundamenta en la idea de la seguridad jurídica, garantía que se basa no tan solo en exigencias emergentes del Derecho, sino además en necesidades materiales ligadas al principio de legalidad de los delitos y las penas⁴⁸.

⁴²QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op. cit.; p. 49.

⁴³COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. M.; *Derecho Penal: Parte General*; op.cit.; pp. 151 y ss. NÚÑEZ, Ricardo C.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, op.cit.; pp. 91 y ss. CREUS, Carlos; *Derecho Penal. Parte General*; op.cit.; pp. 92-93. BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. op.cit.; pp. 56-57. SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; op.cit.; pp. 245-248. ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General; Tomo I*; op.cit.; pp. 161-164. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; op.cit., pp. 123-125. *Conviene, pues, advertir que, en el actual panorama en el que se mueve el Derecho penal, que huye hacia una constante expansión e interviene de un modo inflacionista y con una finalidad fuertemente preventiva, la problemática de la irretroactividad de la ley penal cobra un renovado interés político-jurídico, no resuelto todavía.* IGLESIAS DEL RÍO, Miguel; *Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*; Ponencia defendida en el marco de un Programa de Formación Continuada Judicial sobre La reforma del Código Penal, organizado por la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León y el Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Palencia el 14 y el 15 de octubre de 2004; REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. No. 6; Mayo 2005; p. 16.

⁴⁴ El principio *tempusregitactumes* regla general en materia jurídico penal.

⁴⁵ Ver Artículo 3 del Código Penal Cubano. Ley No. 62 “Código Penal”, 1987, entró en vigor el 30 de abril de 1988.

⁴⁶SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; op.cit.; p. 247. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; op.cit., p. 131. BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho Penal. Parte General. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela*; op.cit.; pp. 57-58. BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*; op.cit.; pp. 188-189. ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General; Tomo I*; op.cit.; p. 161.

⁴⁷QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op.cit.; p. 43. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*; op.cit.; p. 140.

⁴⁸RUIZ ANTÓN, Luis Felipe; *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*; Revista del Consejo General del Poder Judicial, Número Especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas; Ponencia, Serie: Constitucional; 6/1989; pp. 95-107.

Situado en este plano, surgen dos interrogantes a debatir: ¿Puede aplicarse la nueva norma complemento a *hechos cometidos* con anterioridad a su entrada en vigor?, ¿y con respecto a los *hechos enjuiciados* con anterioridad a su entrada en vigor?

Para responder estas interrogantes, las soluciones transitan por dos vías. La primera se basa en la ***no aplicación retroactiva de las normas complementos***, anclando sus criterios en la irretroactividad absoluta de la ley penal⁴⁹.

La segunda parte de reconocer que la ley extrapenal integra la ley penal, de modo que ***la alteración de la ley extrapenal que beneficia al sujeto debe aplicarse retroactivamente***, pues se trata de un caso de aplicación retroactiva de ley penal más benigna, que se rige por los principios generales de esa retroactividad. Señalándose que cuando la modificación de la ley no penal constituye una verdadera desincriminación de una conducta cuya penalización no respondía a circunstancias especiales, esta reforma debe beneficiar al sujeto⁵⁰. Pero la cuestión no es tan pacífica⁵¹, es por ello que siguiendo la línea metodológica configurada por SILVA SÁNCHEZ⁵² expondré la secuencia epistémica que argumenta el debate que se traba en estos predios.

⁴⁹QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op.cit.; p. 49. CREUS, Carlos; *Derecho Penal. Parte General*; op.cit.; p. 98. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal, Parte General, I*; op.cit., p. 466. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBALMALARÉE, Hernán; *Lecciones de derecho penal, Volumen I, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*; op.cit.; p. 104.

⁵⁰ Con razón dice Fragoso que "por regla, la alteración de los complementos de la norma penal en blanco, si des-incriminan la acción o benefician al reo, no pueden dejar de tener efecto retroactivo. Las disposiciones que completan las leyes penales en blanco integran el contenido de hecho de la conducta incriminada y su alteración representa una nueva valoración jurídica del mismo". ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal, Parte General, I*; op.cit.; pp. 465-466. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; op.cit.; p. 136. Las normas que pertenecen a otras ramas del Derecho, no penal, particularmente las de derecho privado, tienen efectos cuando por ellas el hecho criminal se toma más favorable para el caso concreto. Así, en las *leyes penales en blanco*, no parece dudoso que el cambio en sentido favorable de la ley, decreto u ordenanza a que ellas se remiten, resulta aplicable. Cuando la norma modifica los elementos del tipo, reduciendo el número y naturaleza de las acciones subsumibles, la aplicación de la disposición más benigna no puede ser dudosa. FONTÁBALESTRA, Carlos; *Derecho Penal: Introducción y Parte General*; op.cit.; p. 146. ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General; Tomo I*; op.cit.; p. 168. En efecto, la ley penal, a los efectos de la aplicación del principio de retroactividad de las disposiciones penales más favorables, debe ser entendida como referida a toda aquella previsión normativa que tenga consecuencias penales. Esto supone incluir, bajo tal denominación, no sólo a las normas que definen delitos y determinan la imposición de penas, sino también a aquellas otras que, pertenecientes a otras ramas del ordenamiento jurídico, se incorporan al tipo penal para completar su sentido, actuando como presupuestos de la imposición de una pena. De esta manera "la modificación de la normativa de complemento, en cuanto puede ampliar, restringir o suprimir el ámbito de lo punible queda sometida a la excepción de la retroactividad". CESANO, José Daniel; *Criminalidad económica, norma penal en blanco y retroactividad de la ley más benigna. (A propósito de un relevante cambio de criterio por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*. Centro de investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, CIIDPE; www.ciidpe.com.ar, Consultado el 14 de Noviembre de 2010, 08:50 pm; p. 11. GONZÁLEZ, Ventura; *Nociones generales sobre derecho penal económico*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998, pp. 176-179.

⁵¹ El problema del entendimiento del *efecto retroactivo* favorable al acusado de las variaciones de las normas complementadoras de las leyes penales en blanco ha dado lugar en España a una jurisprudencia cambiante del Tribunal Supremo: mientras la STS 31/1/1871 entendía que el anterior art. 24 del Cód. Penal -actual art. 2-, (efecto retroactivo de la ley más beneficiosa) no era aplicable más que en los casos de modificación de la penalidad, las SSTs del 8/11/63, 25/9/85 y 13/6/90 extendieron la aplicación de dicha disposición a los preceptos administrativos y a la norma extrapenal complementadores de una ley penal en blanco. La jurisprudencia española ha seguido, por lo tanto, una evolución similar a la alemana, en la que hasta la sentencia contenida en BGHSr20, se sostuvo que en las leyes penales en blanco no cabía admitir una modificación de la ley penal cuando sólo se habían reformado normas extrapenales. BACIGALUPO, Enrique; *Principios Constitucionales de Derecho Penal*; op.cit.; p.105.

⁵²SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las "Leyes en Blanco"*; Comunicación presentada a las Jornadas "Hacia un Derecho penal económico europeo", celebradas en Madrid del 14 al 17 de Octubre de 1992; DGICYT del Ministerio de Educación y Ciencia; PB91-0852-CO2-01.

La primera postura, denominada **tradicional**, se mostraba mayoritariamente contraria a la aplicación retroactiva de las modificaciones favorables al reo producidas en las normas penales en blanco a consecuencia de una variación en la normativa extrapenal objeto de remisión. Sus principales exponentes se encontraban en la *Corte di Cassazione Italiana* y en la jurisprudencia sentada por el *Reichsgericht* alemán, seguida por los tribunales inferiores e incluso por algún pronunciamiento inicial del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo federal alemán). Los fundamentos de tal criterio se enmarcaron en la teoría de las normas de BINDING, y se subdividen en las siguientes vertientes:

a) La básicamente **formalista**, que partiendo de la distinción entre *normas* y *leyes penales*, plantea que la expresión *leyes*, empleada en el artículo 2 del StGB⁵³, para aludir a la aplicación retroactiva, debía ser interpretada como alusiva a las “leyes penales”, pero no a las “normas”; en conclusión, sólo podría aplicarse retroactivamente una modificación de las leyes favorables al reo, pero no una modificación de las “normas”, que como se conocen, según la teoría de BINDING, no pertenecen al Derecho penal, sino al Derecho Público general⁵⁴. La “ley” es el total estado jurídico⁵⁴ que descansa la punibilidad, en ella se incluyen las disposiciones que complementan a las leyes penales en blanco. Si una modificación de las mismas repercute una atenuación, es de aplicación el artículo 2⁵⁵, antes mencionado.

b) La vertiente de **índole material**, que partiendo de que la esencia del injusto, de modo muy especial en las leyes penales en blanco, radica en la desobediencia a la norma, con independencia del contenido de la misma, plantea que en éstas, la norma constituida de modo puramente formal, obliga a cumplir lo dispuesto en las leyes y reglamentos vigentes sobre una determinada materia, prescindiendo de su alcance y contenido concreto. A partir de estas premisas resulta consecuente sostener que las variaciones favorables al reo producidas en el contenido de las disposiciones objeto de remisión por la ley penal en blanco no dan lugar a una aplicación retroactiva. En efecto, esas variaciones no afectan en nada el juicio según el cual se constata que en su momento se infringió la norma (la que prohíbe infringir las leyes y reglamentos que disciplinan determinada materia) y que dicha norma continúa inalterada. La cuestión no es ya, pues, que con las modificaciones que ahora nos ocupan no se incida sobre la “ley penal” sino sobre la “norma”; sucede, más bien, que ni siquiera afectan a la norma, en tanto que puro mandato genérico de obediencia, y por ello no hay fundamento alguno para la retroactividad.

c) Por último, la vertiente de **índole jurisprudencial**, que toma como punto de partida la consideración de que las normas penales no establecen por sí mismas sus “objetos de protección”, sino que se limitan a prestar protección penal a bienes jurídicos definidos fuera de las mismas, en otros sectores del ordenamiento jurídico. Sentado esto, se considera que el artículo 2 StGB se refiere solo –a efectos de su eventual aplicación retroactiva–, a modificaciones favorables de las normas protectoras, que son las que merecen realmente el apelativo de “leyes penales”; no, en cambio, a variaciones que afecten a la configuración del bien jurídico⁵⁶.

⁵³ El Código penal alemán de 1871, en su artículo 2 planteaba: “En caso de diversidad de las leyes desde el tiempo de comisión de la acción hasta el de su enjuiciamiento, se aplicará el más favorable”.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “Leyes en Blanco”*; op.cit.; pp. 434-435.

⁵⁵ MEZGER, W; *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, op.cit.; pp. 116-118.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “Leyes en Blanco”*; op.cit.; p. 436.

La segunda postura, que se ha denominado **favorable a la aplicación retroactiva**, parte del presupuesto que las modificaciones favorables al reo experimentadas por las normas penales en blanco a consecuencia de variaciones de las normas extrapenales de complemento, debe tener una aplicación retroactiva. Ésta se fue consolidando en la posguerra; y fue avalada por la jurisprudencia alemana, italiana y española de esos tiempos.

La normativa italiana en materia de retroactividad se contiene en los artículos 2.2 y 2.3 del Código Penal. El primero dispone que: “*nadie puede ser sancionado por un hecho que, según una ley posterior, no constituye delito...*”, y el segundo, que “*si la ley del tiempo en que fue cometido el delito y las posteriores son distintas, se aplicará aquélla cuya disposiciones sean más favorables al reo, salvo que haya recaído sentencia irrevocable*”.

Por su parte, en la jurisprudencia española, insigne es la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de Septiembre de 1983, donde se exponen las premisas de la postura que es objeto de análisis, a tenor: “por ley penal, a efectos del artículo 24 del Código Penal, debe entenderse todo precepto del cual resultan consecuencias penales. Por tanto no sólo los que se refieren a la pena o definen figuras concretas del delito, sino también los de otras ramas jurídicas que dan contenido a las llamadas leyes penales en blanco; son modificaciones extrapenales de la ley penal, pues forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena. La modificación puede aumentar o restringir el ámbito de la tutela penal, dando mayor o menor amplitud al precepto a partir del momento en que la modificación se produce; en rigor estamos en presencia de una ley nueva a la que es de aplicación lo prevenido en el artículo 24 del Código penal”⁵⁷.

La tercera postura, se conoce como **tesis diferenciadoras**⁵⁸, que plantea varias vertientes de solución al problema que estoy valorando.

a) La primera vertiente parte de que el criterio general utilizado para decidir si ha de aplicarse una nueva ley penal más favorable ha descansado en la motivación de tal reforma legal, diferenciando si obedece a **cambios fácticos** a **cambios valorativos**. Si la reforma legal responde a una transformación de circunstancias meramente fácticas no se aplica la ley posterior -ni la penal en blanco ni la extrapenal de remisión-, aun cuando sea más favorable. Si la modificación legal -de la norma penal en blanco o de la extrapenal de complemento-, se debe a un cambio global de naturaleza axiológica, entonces se daría entrada a un análisis de retroactividad más benigna. En la jurisprudencia española, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 23-4-2004* sostiene que “*no cualquier modificación de una norma extrapenal con incidencia penal siempre ha de aplicarse cuando pueda ser beneficioso para el reo*”; distingue esta resolución en la idea del “*cambio de valoración*” o la modificación legal “*por razones de cambio en las circunstancias del hecho*”. En el caso enjuiciado se discutía la repercusión de la supresión administrativa -“*nueva situación fáctica*”-, de los libros de operaciones al contado, llevados por los Agentes de cambio y bolsa, después de la Ley del Mercado de Valores de 28-7-1998, que incorpora nuevas normas de llevanza de libros por parte de los mismos a consecuencia de la adaptación del sistema de contratación bursátil a las exigencias de la informatización. En este sentido, el delito de falsedad documental no se altera a consecuencia de una posible aplicación indiscriminada del principio

⁵⁷IBIDEM; p. 438.

⁵⁸IBIDEM; pp. 441-442.

de retroactividad más favorable, porque la “*modificación de la norma extrapenal*” no afecta al “*núcleo del comportamiento delictivo*” y, en este caso, la supresión del mencionado libro o su nueva regulación no afecta al “*núcleo de la conducta falsaria por la que se condenó*”, con lo que, en consecuencia no cabe aplicar la retroactividad.

Sin embargo, más recientemente, se ha puesto en cuestión el criterio que atiende al *cambio legal fáctico* versus *cambio legal valorativo*, cuya validez universal y aplicación automática no puede aceptarse para cualquier caso pues, como entiende LASCURAÍN⁵⁹, si no se matiza o desarrolla resulta a veces inútil, a veces insatisfactorio para designar qué norma posterior debe aplicarse retroactivamente o, lo que es lo mismo, qué norma anterior puede devenir desproporcionada; entre otras razones, porque resulta complejo delimitar si una reforma legal se debe a razones fácticas o a razones valorativas, dado que normalmente concurren ambas perspectivas.

Una solución inicial a esta última problemática, a juicio de IGLESIAS RÍO, es la de disponer expresamente en las Disposiciones Transitorias de las leyes complementos los efectos retroactivos de la legislación⁶⁰.

Otra a juicio del mentado autor es que únicamente tendrían efecto retroactivo las modificaciones más beneficiosas que afecten a la propia institución o a la forma de ataque expresados en el tipo penal que implicase una modificación en la valoración de la conducta, o en aquellas situaciones en las que el mantenimiento de la sanción anterior más intensa (la vigente en el momento de la realización del delito) fuera manifiestamente desproporcionada a la luz de los planteamientos axiológicos del presente. Argumentando que lo que sucede en determinados casos, es que el Derecho penal protege ciertos bienes, ciertas instituciones, con independencia de su concreta y coyuntural conformación interna, de modo que las variaciones de las reglas internas de conformación de la institución afectan a la descripción del círculo de comportamientos penalmente prohibidos pero, ya se deban dichas variaciones a factores fácticos, ya a factores valorativos, no tienen incidencia alguna en una evaluación del desvalor penal de

⁵⁹ En primer lugar, por la dificultad de deslindar lo valorativo de lo fáctico como razón del cambio normativo. Dista de la claridad, por ejemplo, qué tipo de razones, fácticas o valorativas, impulsan predominantemente un cambio en la normativa tributaria. En segundo lugar, porque desde la perspectiva de proporcionalidad penal elegida sólo nos importan ciertos cambios valorativos: sólo aquéllos que inciden de modo directo y relevante en la valoración de la gravedad del hecho, en la necesidad de contrarrestarlo con la pena prevista, o en la cantidad o calidad de la pena. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; *Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y exención de los partícipes por regularización*; Revista del Consejo General del Poder Judicial, Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Serie: Penal, Ponencia, 4/1999, pp. 359-413.

⁶⁰ A esta solución se llega partiendo del debate de si la modificación penal de las cuantías de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o de la propia Ley General Tributaria, en España, se debe a cambios esencialmente fácticos o a cambios valorativos. Señalando éste autor que en los últimos tiempos, las Exposiciones de Motivos no resultan muy clarificadoras ni el nivel de los debates parlamentarios suele ser más ilustrativo. Desde luego, con el límite constitucional de no restringir derechos individuales, el art. 2.3 del Código Civil y el art. 9.3 CE conceden un amplio margen de libertad al legislador para otorgar efectos retroactivos a las normas. Por eso, a fin de evitar incertidumbres y discusiones interpretativas, sería conveniente que estas cuestiones fueran resueltas expresamente en las Disposiciones Transitorias de cada modificación legislativa; esta solución ideal, conforme al principio de seguridad jurídica, contribuiría a solucionar esta “*importante parcela de indefinición*” que acompaña al conflicto de normas en el tiempo respecto de los posibles y concretos efectos retroactivos de la legislación. IGLESIAS DEL RÍO, Miguel; *Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*; op. cit.; p. 16.

comportamientos que se quedan en la puerta de la institución, que reparan sólo en el daño a la institución, tenga ésta una u otra configuración⁶¹.

b) La segunda vertiente es la ofrecida por RODRÍGUEZ MOURULLO⁶² y SILVA SÁNCHEZ, que partiendo de un análisis del artículo 24 del antiguo Código penal español, hoy artículo 2.2 del vigente Código penal, donde aparentemente no hay excepciones a la retroactividad de la ley penal posterior más benigna, con independencia de que los cambios fueran impulsados por razones fácticas o valorativas, previnieron sobre la necesidad de realizar una interpretación de acuerdo con el método de restricción teleológica, destinada a alcanzar soluciones más satisfactorias que las formalistas.

De seguir, esta orientación hermenéutica, el criterio directriz clásico que juega con la contraposición de lo fáctico frente a lo valorativo, ha de ceder protagonismo en ciertas hipótesis a un parámetro distinto de enjuiciamiento: **el del cambio de la valoración penal** del mismo hecho desde la **perspectiva del bien jurídico** que se quiere proteger y de los ataques relevantes que se consideran intolerablemente lesivos contra éste, proceda de una modificación directamente de la ley penal o de la normativa extrapenal de reenvío y responda a una variación predominantemente axiológica o a una variación predominantemente

⁶¹Argumentos similares a los aquí expuestos son susceptibles de trasladarse a otros ámbitos, por ejemplo, a los delitos contra la ordenación del territorio; el estudio de GORRIZ ROYO, teniendo en cuenta la vinculación axiológica-material de la ordenación del territorio a la «*utilización racional del suelo orientado a los intereses generales*» (art. 45 CE), considera irrelevante a efectos retroactivos una modificación puntual del parámetro de suelo urbano o urbanizable, porque el bien jurídico entonces lesionado por una edificación constitutiva de delito urbanístico necesita y continúa mereciendo ahora la misma protección, de manera que el mantenimiento de la pena es necesario, no es desproporcionado y, en cambio, una aplicación restrictiva más beneficiosa podría resultar disfuncional para la eficaz protección del bien jurídico. Sin embargo, más allá de puntuales recalificaciones urbanísticas, procedería una revisión retroactiva favorable al reo si la modificación legal hubiera derogado una entera categoría administrativa (por ejemplo, la de «*suelo no urbanizable*»). Los ejemplos podrían sucederse: no podría absolverse al condenado por un delito de caza de una especie animal en vías de extinción, a pesar de que en la actualidad, debido a las medidas gubernativas adoptadas, se asiste afortunadamente a la proliferación de dicha especie, por lo que ha dejado de precisar una especial protección. Tampoco se aplicará la retroactividad más favorable por un cambio de la normativa medioambiental extrapenal derivada de una modificación de la actividad productiva o de una mejora del entorno natural. No se puede aceptar la impunidad de un hipotético delito de conducción temeraria con infracción de reglamentos y resultado de concreto peligro, por el hecho de que, posteriormente, el límite de velocidad en la curva del incidente haya variado debido a una sensible mejora de la calzada. O una modificación normativa de la obligación de circular por la izquierda, no afecta a las infracciones anteriores cometidas por quienes circulaban por la derecha. IBIDEM; pp. 54-55.

⁶²A efectos del art. 24 del Código Penal creemos que deben distinguirse dos clases de leyes temporales. Las que vinculan el carácter delictivo del hecho o la agravación de la penalidad a la comisión de la acción en «un determinado tiempo» (tiempo de guerra, tiempo de epidemia, tiempo de catástrofe, etc.). Y las que castigan el hecho sin referencia temporal alguna (porque estiman que debe ser castigado en absoluto), aunque la propia ley señale expresa o tácitamente un plazo limitado de vigencia. Respecto a estas últimas es aplicable el art. 24. En relación con las primeras, en cambio, no resulta aplicable dicho precepto. Dos tipos de razones abonan en esta hipótesis la inaplicabilidad del art. 24. En primer lugar, no concurre *la ratio* de la retroactividad de la ley más favorable. En efecto, la derogación de la ley temporal no supone en este caso un cambio de valoración jurídica. Se debe a un cambio fáctico. A que ha desaparecido el estado de cosas que constituía no ya el motivo, sino la verdadera *ratio legis*. Pero no ha variado el criterio valorativo. Si las circunstancias se repitiesen, el ordenamiento jurídico volvería a considerar los hechos tan censurables como cuando se realizaron bajo la vigencia de la ley temporal ya derogada. Por otro lado, hay una clara razón político-criminal. La mayoría de las leyes temporales de esta índole quedarían privadas de sentido, pues dada su limitada duración pocas veces llegarían efectivamente a ser aplicadas. Ahora bien, en una materia como ésta, donde no está en juego la fundamentación o agravación de la responsabilidad criminal del reo, sino la posibilidad de aplicarle retroactivamente una ley posterior más favorable, no podemos quedar detenidos en una interpretación gramatical —en la letra del art. 24, que tan reiteradamente se invoca—, sino que es preciso ascender hasta la interpretación teleológica. Y desde este punto de vista, tanto si se atiende al fin del art. 24 (evitar que el inculcado sea juzgado conforme a una ley más severa que ya no se considera justa) como al fin de la ley temporal (que vincula el carácter delictivo del hecho a su comisión en un cierto tiempo), debe llegarse necesariamente a la que RODRÍGUEZ MUÑOZ califica, con razón, de interpretación correcta: inaplicación a las leyes temporales de que nos estamos ocupando de lo dispuesto en el art. 24. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; op.cit.; pp. 137-138.

fáctica. Es decir, que si subsiste la necesidad político-criminal de continuar manteniendo la pena originaria, la prevista en el momento de la comisión del hecho, no está justificado aplicar con carácter retroactivo la ley penal posterior más benigna, porque no se ha modificado la valoración jurídica actual de lo que es penalmente injusto y, en el presente, la respuesta penal anterior se considera aún razonable y proporcionada, siendo además que dada la importancia del bien jurídico, el hecho y la forma de ataque puede seguir contemplándose como lesivo o peligroso para el bien jurídico protegido. En estos casos no estaríamos ante una genuina sucesión de leyes en el sentido que planteamos, sino de lo que podríamos denominar “sucesión de leyes temporales” que no trazan la necesidad de aplicar retroactivamente la nueva norma más favorable.

Indudablemente el problema se centra en valorar si el cambio de la normativa de remisión, al integrarse en la norma penal, muestra un *cambio valorativo relevante en la perspectiva penal*⁶³. Dicho con menor abstracción: si con nuestros criterios valorativos de hoy respecto a la punibilidad del hecho y a la medida de la punibilidad sigue teniendo sentido aplicar la norma del momento de la comisión, porque no es desproporcionada y porque es necesaria para la protección del bien jurídico respecto a determinado tipo de ataques, o si, por el contrario, dicha aplicación es, en sí o en su dureza, desproporcionada e innecesaria con las pautas valorativas con las que contamos en el momento del juicio, lo que hace que tengamos que aplicar la nueva norma, a la vez más favorable para el reo y satisfactoria para solventar el conflicto suscitado. Tal y como nos dice JAKOBS⁶⁴: de lo que se trata es de comprobar, con nuestra concepción actual de lo que es penalmente injusto, "la presencia de injusto en el momento del hecho".

En la concepción de este autor lo decisivo para calibrar dicha presencia será la función que desempeñe la norma penal en blanco: asegurar la obediencia de la norma complementaria, en cuyo caso habría que aplicar la norma posterior favorable (por ejemplo, si la prohibición se deroga); o asegurar el efecto de regulación que persigue la norma complementaria, en cuyo caso, aunque la formación del concreto efecto de regulación se excluya posteriormente (por ejemplo, la preferencia de paso de los que circulan por la derecha), permanecen los efectos antiguos, por lo que carece de sentido la retroactividad⁶⁵.

Similar es la opinión de RUDOLPHI⁶⁶, que distingue también entre normas penales cuya tarea consista en asegurar los mandatos y prohibiciones contenidos en la normativa extrapenal, y normas penales que se anudan a un efecto de regulación de la norma extrapenal: que, por ejemplo, se limitan a proteger un bien

⁶³ Los argumentos que explicitáramos – en sintonía con los sostenidos por el decisorio que comentamos -hacen difícil oponer alguna consideración a la premisa de que las modificaciones experimentadas por las normas de complemento, en tanto parte integrante de la ley penal, puedan quedar marginadas de la aplicación del artículo 2º del Código Penal (Argentino). Ello es así por cuanto, toda mutación de una norma (por efecto de una sucesión temporal) -aun cuando se trate de un precepto reglamentario que completa el blanco de la ley-, no es sino la consecuencia “de una revaloración jurídica de una relación determinada”; variación axiológica que, necesariamente, debe proyectar sus efectos sobre el pasado en cuanto ha tomado como punto de referencia hechos sucedidos durante la vigencia de otras valoraciones jurídicas a las cuales modifica. CESANO, José Daniel; *Criminalidad económica, norma penal en blanco y retroactividad de la ley más benigna. (A propósito de un relevante cambio de criterio por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*. Centro de investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, CIIDPE; www.ciidpe.com.ar, Consultado el 14 de Noviembre de 2010, 08:50 pm, p.12.

⁶⁴ JAKOBS, Gunther; *Derecho penal. Parte general*; traducción de CUELLO CONTRERAS y de Serrano GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid; Marcial Pons; 1995, ap. 4, n.º m. 72.

⁶⁵ IBID.

⁶⁶ RUDOLPHI, V.; *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*, Francfort; Metzner; 1997 (6.ª); n.º 96, comentario al § 2, 8b y 8c.

jurídico constituido por su relación con dicha normativa. Sólo las primeras serían susceptibles de aplicación retroactiva favorable.

En relación con estas concepciones resulta de sumo interés la distinción que propone GARCÍA ARÁN entre remisión en bloque -"aquella en la que la infracción de la normativa extrapenal se convierte en un elemento típico"-, y remisión interpretativa -"la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico": "en la remisión en bloque se deja el establecimiento de uno de los elementos típicos a la norma extrapenal, mientras que en la remisión interpretativa el elemento típico lo establece el legislador, pero la precisión de su sentido necesita del recurso a la norma extrapenal".

Preguntémosnos ahora cuál es la posición cubana al respecto.

III. LA REALIDAD JURÍDICA PENAL CUBANA: UNA REFUNDAMENTACIÓN VALORATIVA DE LA SUCESIÓN DE LEYES EN LAS NORMAS PENALES EN BLANCO.

En nuestra legislación penal la vigencia de las leyes penales en el tiempo se halla presidida por el principio de irretroactividad⁶⁷, lo que responde a las innegables exigencias de seguridad jurídica y garantía de los derechos individuales⁶⁸, que se verían afectados si el sujeto pudiera ser sancionado por una ley que no pudo tener en cuenta en el momento de realización del hecho. A lo que se une el sentido de motivación del sujeto en el momento del hecho, pues resulta obvio que el sujeto no puede motivarse por una ley que todavía no existía o, en todo caso, no en esa configuración, al iniciarse la comisión del delito. Este principio cuenta con una significativa excepción: la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables al encausado o sancionado⁶⁹, incluso con rango constitucional⁷⁰.

Pese a la aparente claridad de los anteriores enunciados normativos, se suscitan interrogantes en la doctrina y práctica judicial cubanas, referidas a la aplicación de los mismos cuando estamos en presencia de una norma penal en blanco, cuya característica más significativa es que la norma complementaria pueda sufrir modificación y el Código penal quedarse intacto, o sea, se da la posibilidad de que, sin una variación formal, aparente, de los términos del tipo penal, su contenido resulte modificado, bien en términos restrictivos, bien en términos ampliatorios, por la normativa complementaria.

Las dudas se concentran en dos aspectos:

1. Una modificación de la normativa complementaria que amplíe el ámbito de la responsabilidad penal, puede aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a la misma.
2. Una modificación que restrinja el ámbito de lo punible puede aplicarse a hechos cometidos, e incluso enjuiciados, con anterioridad a su producción.

Ambas interrogantes se refieren a posibles modificaciones en la norma extrapenal, no a aspectos del tipo penal propiamente, en el que está claro rige el principio de la irretroactividad penal, o en el caso procedente su excepción.

⁶⁷ Artículo 3.1: "La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del acto punible". Código Penal vigente.

⁶⁸ QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op.cit.; p. 43.

⁶⁹ Artículo 3.2: "(...), la nueva ley es aplicable al delito cometido con anterioridad a su vigencia si es más favorable al encausado". Código Penal vigente.

⁷⁰ Artículo 61: "Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando sean favorables al encausado o sancionado". Constitución de la República de Cuba, 1976.

Sobre la primera interrogante, la doctrina y práctica judicial cubanas, no muestran discusión, toda vez que las modificaciones en las normas complementarias que tengan un sentido ampliatorio de la punibilidad no son aplicables retroactivamente. Opera aquí el principio de irretroactividad penal.

El verdadero debate se suscita en la segunda interrogante, o sea, cuando la norma extrapenal ha sufrido variaciones.

En relación con éste tema, QUIRÓS PÍREZ⁷¹, reconoce con certeza que es un tema complejo, destacando que un amplio sector doctrinal, con el cual no coincide⁷², partiendo, que si bien la norma complemento integra la norma penal, las modificaciones originadas en la primera han de entenderse comprendidas dentro del principio de la retroactividad de la ley más favorable; tomándose en cuenta, en este caso, la disposición complementaria, que integrada a la norma penal, debe valorarse su favorabilidad o no para el encausado o sancionado.

Este último autor, mantiene una postura contraria a la aplicación retroactiva de las modificaciones favorables al encausado producidas en las normas penales en blanco a consecuencia de una variación de la normativa complemento objeto de remisión, alegando que solo podría aceptarse como válido para ocasionar un cambio en la norma penal, la modificación que se produjera en la propia norma penal, por la función que la misma cumple dentro del sistema jurídico.⁷³

Esta postura⁷⁴ avalada por algunos de los juristas encuestados, sobre todo en los delitos en Ocasión de Conducir vehículos por las vías públicas, cuya configuración remite a la legislación sobre Vialidad y Tránsito, ahora Seguridad Vial, defiende el criterio de la aplicación del principio de irretroactividad penal. Lo anterior se confirma, por el hecho de que la esencia de los ilícitos penales, configurados como normas penales en blanco, radica en la desobediencia a la norma extrapenal, ya que hay que cumplir lo dispuesto en leyes o reglamentos vigentes sobre una determinada materia. Siendo así, se sostiene que las variaciones favorables al encausado o sancionado, producidas en el contenido de las normas objeto de remisión no dan lugar a la aplicación retroactiva de la ley penal, toda vez que esas variaciones no afectan en nada el juicio según el cual se constata en su momento se infringió la norma penal.

En mi opinión y partiendo de los argumentos analizados en relación a la temática, debemos partir del fundamento de que la norma penal en blanco es una modalidad técnica legislativa de creación de tipos penales, y que en base a ello cumple la función de ser un instrumento flexible para la actualización de forma acompasada de nuevas situaciones normativas, a través de la norma extrapenal o complementaria. Es por ello que se debe tener muy en cuenta la forma de remisión que la misma adopta, porque en base a ello, y conjuntamente con los fundamentos de las tesis diferenciadoras, se optará por aplicar o no el principio de irretroactividad penal y su excepción en la realidad cubana.

Tomando como base lo anterior, considero que si la remisión es en bloque, o sea adopta la fórmula “con infracción”, y es al propio tiempo dinámica y general, se debe realizar la integración de la norma complemento con la norma penal y proseguir a valorar si la norma penal ya integrada es o no favorable

⁷¹QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op.cit.; pp. 49-50.

⁷² Destaca QUIRÓS que se parte de una incorrecta interpretación acerca del modo de integrarse la norma complemento en la norma en blanco, así como del fundamento de ésta. QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op.cit.; p. 49.

⁷³QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op.cit.; pp. 49-50.

⁷⁴ Se consultaron las Instrucciones Nos. 122, 123, 124 de 12 de Abril de 1988, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que hacen referencia a la Eficacia de la ley penal en el tiempo, ante la entrada en vigor de la Ley 62 de Diciembre de 1987.

para el encausado o procesado. Dos, entonces, son las soluciones que se ofrecen, la primera es que la valoración, siguiendo la sistemática que adopta nuestra legislación penal vigente⁷⁵, deben hacerla los Tribunales en el análisis particularizado del asunto en cuestión, porque, según las consideraciones de QUIRÓS PÍREZ⁷⁶, establecer una reglamentación al respecto, siempre correría el riesgo de no abarcar la totalidad de las situaciones que pueden ocurrir.

La segunda, que es la que defiende, parte de que la valoración debe nacer del fundamento que debe ser un cambio valorativo trascendente en sede penal, y en este tipo de remisión lo que se persigue es la obediencia de la norma complemento, por lo que ante un cambio fáctico en la norma complemento no se debe aplicar la excepción cuando se produce la integración, ya que pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un sujeto que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo, realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar, o sea, el comportamiento continua estando desvalorado y todo abona la permanencia de la sanción penal. Estos argumentos son válidos para justificar la no aplicación retroactiva de la norma complemento en el siguiente supuesto: Un sujeto X, realiza una conducta infractora de las normas del tránsito, consistente en exceder los límites de velocidad establecidos para una vía (60 km/h), conforme se regula en la legislación de tránsito, circulando a 70 km/h, provocando con su actuar un delito Y en ocasión de conducir vehículos por las Vías Públicas, pero antes de ser juzgado la normativa de tránsito es modificada estableciéndose que el límite de velocidad para esa misma vía será de 80 km/h. En tal sentido: ¿habrá que aplicar retroactivamente esa modificación en la norma complemento, de modo que se valore la conducta del sujeto conforme a dicha norma? Los argumentos ya están ofrecidos.

Ahora bien, partiendo de éste tipo de remisión, si el cambio es valorativo, es consecuente aplicar la retroactividad de la ley más favorable, en primer lugar porque su fundamento es de justicia, y la modificación de la ley es signo de un cambio valorativo operado en el ordenamiento jurídico, por lo que mantener a ultranza la irretroactividad equivaldría a condenar al autor de acuerdo con una concepción más severa que el propio ordenamiento jurídico repudio y la ley ya no profesa, vulnerándose la justicia material y el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso⁷⁷.

Si la remisión es igualmente en bloque, pero es estática y especial, rige el principio de irretroactividad penal, porque la esencia de éste tipo de remisión es asegurar el efecto de regulación que persigue la norma complementaria, por lo que su observación deviene obligatoria.

Por otra parte, si la remisión es interpretativa, o sea adopta la fórmula “ausencia de autorización”, se debe partir de la consideración que se produce una integración de normas prohibitivas y normas permisivas en el tipo penal, o sea, el elemento típico –ausencia de autorización–, está establecido por el legislador penal, delimitándose a partir de lo que en ejercicio de su función de tutela de determinados intereses, se ha autorizado. En tal sentido, si la norma complementaria se modifica, declarándose la autorización del comportamiento, de modo que resulte beneficiosa para el encausado, una vez integrada

⁷⁵QUIRÓS PÍREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal, I*; op.cit.; pp. 46-47.

⁷⁶IBÍDEM; p. 46.

⁷⁷OLIVER, GUILLERMO; “Modificaciones en la regulación del delito de giro fraudulento de cheque: análisis desde la teoría de la sucesión de leyes”. *Política criminal*, Vol. 4, N° 7 (Julio 2009), Art. 2, pp. 57-86. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7A2.pdf Consultado el 6 de abril de 2014. Hora: 9: 00 am.

a la norma penal, se debe aplicar la retroactividad de la norma penal. Ello obedece a dos razones fundamentales, en primer lugar al hecho de que el fundamento de éste tipo de remisión radica en que el legislador penal, con el mismo, excluye del ilícito penal aquello que la Administración autoriza en la norma complementaria; y en segundo lugar, si la nueva norma complementaria, decide autorizar el comportamiento, por razones de política criminal no resulta adecuado sancionar una conducta que está autorizada administrativamente.

Para sintetizar lo que se ha dicho hasta ahora se puede afirmar, tomando como pilares fundamentales los siguientes presupuestos, que determinan una refundamentación valorativa de la sucesión de leyes en las normas penales en blanco en Cuba, lo siguiente:

A. En materia de eficacia de la ley penal en el tiempo:

↳ Se debe partir de que la norma penal en blanco cumple la función de ser un instrumento flexible para la actualización de forma acompasada de nuevas situaciones normativas, a través de la norma extrapenal o complementaria, y en tal sentido realizar la integración de la norma complemento con la norma penal en blanco.

↳ Tomando en cuenta la forma de remisión que la misma emplee en su configuración se realizará el siguiente análisis:

✓ Si la remisión es en bloque, o sea adopta la fórmula “con infracción”, y es al propio tiempo dinámica y general, se debe realizar la integración de la norma complemento con la norma penal y proseguir a valorar si la norma penal ya integrada es o no favorable para el encausado o procesado.

✚ **Variante Uno:** La valoración, deben hacerla los Tribunales en el análisis particularizado del asunto en cuestión, basados en la totalidad de la norma penal integrada, en sus elementos constitutivos, las circunstancias de la infracción y otros elementos concurrentes.

✚ **Variante Dos:** Tomando como premisa que la valoración debe nacer del fundamento que debe ser un cambio valorativo trascendente en sede penal, y en este tipo de remisión lo que se persigue es la obediencia de la norma complemento, ante un **cambio fáctico** en la norma complemento no se debe aplicar la excepción cuando se produce la integración, ya que pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un sujeto que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo, realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar, o sea, el comportamiento continua estando desvalorado y todo abona la permanencia de la sanción penal.

Si el **cambio es valorativo**, es consecuente aplicar la retroactividad de la ley más favorable, en primer lugar porque su fundamento es de justicia, y la modificación de la ley es signo de un cambio valorativo operado en el ordenamiento jurídico, por lo que mantener a ultranza la irretroactividad equivaldría a condenar al autor de acuerdo con una concepción más severa que el propio ordenamiento jurídico repudio y la ley ya no profesa, vulnerándose la justicia material.

✓ Si la remisión es igualmente en bloque, pero es estática y especial, rige el principio de irretroactividad penal, porque la esencia de éste tipo de remisión es asegurar el efecto de regulación que persigue la norma complementaria, por lo que su observación deviene obligatoria.

✓ Si la remisión es interpretativa, o sea adopta la fórmula “ausencia de autorización”, se debe partir de la consideración que se produce una integración de normas prohibitivas y normas permisivas en el tipo penal. En tal sentido, si la norma complementaria se modifica, declarándose la autorización del

comportamiento, de modo que resulte beneficiosa para el encausado, una vez integrada a la norma penal, se debe aplicar la retroactividad de la norma penal.

V. EPÍLOGO.

Al concluir, me doy cuenta de que dejo innumerables puntos polémicos alrededor del tema, es comprensible que el Derecho penal ha pasado de un Derecho Penal de garantías a un Derecho penal del sistema, y coincidimos con Borja Jiménez⁷⁸, en que ya nadie nos entiende, y pervertimos los fundamentos y la propia razón de ser de la elaboración teórica del marco punitivo. Mi tesis es que el vasto territorio de lo que es controvertido y de lo que opinable, que así se presenta en toda su magnitud, no se parece a la noche en la cual todos los gatos son pardos⁷⁹: existen cuestiones más o menos controvertidas, más o menos opinables. Existe un espacio para la argumentación racional. En tal sentido se impone que los cambios que hoy asume el Derecho penal y que evidentemente nos crean zonas polémicas en los predios de la dogmática jurídico penal sean asumidos por nosotros los penalistas de la sociedad contemporánea, *con una óptica de legalidad*.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales:

ALARCÓN BORGES, Ramón Y.; *Instituciones semipermeables de una porfía entre un Derecho Penal Racional y un Derecho Penal de la Necesidad*; Facultad de Derecho, Santiago de Cuba, Noviembre, 2007. Artículo; **BACIGALUPO, Enrique;** *Principios Constitucionales de Derecho Penal*; Editorial Hammurabi, S.R.L; Buenos Aires, 1999; **IGLESIAS DEL RÍO, Miguel;** *Algunas reflexiones sobre la retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal*; Ponencia defendida en el marco de un Programa de Formación Continuada Judicial sobre La reforma del Código Penal, organizado por la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León y el Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Palencia el 14 y el 15 de octubre de 2004; **REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN.** No. 6; Mayo 2005; **BAQUERO VERNIER, Ulises;** *Derecho Penal. Parte General Tomo I.* Facultad de Derecho Universidad de Oriente, 1984; **BINDING, Karl;** *Die Normen und ihre Ubertretung, Tomo I,* 1ra edición, Leipzig 1872; **BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.;** **HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán;** *Lecciones de derecho penal, Volumen I, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*; Editorial Trotta, 1997, Madrid; **CESANO, José Daniel;** *Criminalidad económica, norma penal en blanco y retroactividad de la ley más benigna. (A propósito de un relevante cambio de criterio por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).* Centro de investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, CIIDPE; www.ciidpe.com.ar, Consultado el 14 de Noviembre de 2013, 08:50 pm; **CEREZO MIR, José;** *Curso de Derecho Penal Español*, 2da edición, 1984; **COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. M.,** *Derecho Penal: Parte General*; 3ra. Edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, s.a.; **COBO DEL ROSAL, Manuel** (director); *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, II*, Marcial PONS,

⁷⁸BORJA JIMÉNEZ, Emiliano; *Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del derecho penal*; Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, No. 62 de 1999; pg. 24.

⁷⁹“Non assomiglia alla notte in cui tutte le vacche sono nere”. PAZÉ, VALENTINA; *Luigi Ferrajoli, Filosofo Político*; en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar; Segunda Edición, 2009, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM; Editorial TROTТА, Madrid; p.156.

Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.; Madrid, 1997; **DOVAL PAÍS, Antonio**; *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*; Titant lo Blanch, Universitat de València, Valencia, 1999; **FERRAJOLI, Luigi**; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1989; **GARCÍA ARÁN, Mercedes**; *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*; Estudios Penales y Criminológicos, XVI, 1992-1993; **HASSEMER, Winfred**; *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*; Editorial Temis S.A, Colombia, 1999; **JAKOBS, Gunther**; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*; Traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS, José Luis SERRANO GONZÁLEZ MURILLO; Segunda Edición corregida; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997; **LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio**; *Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y exención de los partícipes por regularización*; Revista del Consejo General del Poder Judicial, Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Serie: Penal, Ponencia, 4/1999; **MIR PUIG, Santiago**; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*; 2da edición, reimpresión, Euros Editores S.R.L., B de F Ltda; 2003, Julio CESAR FAIRA Editor; **MUÑOZ CONDE, Francisco**; **GARCÍA ARÁN, Mercedes**; *Derecho Penal: Parte General*; 6ta edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; **QUINTERO OLIVARES, Gonzalo**; *Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª edición*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002; **QUIRÓS PÍREZ, Renén**; *Manual de Derecho Penal*; tres tomos, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005; **RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo**; *Derecho Penal. Parte General*; Editorial Civitas, 1978; **ROXIN, Claus**; *Derecho Penal. Parte General*; Tomo I; Traducción de la Segunda Edición Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal; Civitas, 1997, Madrid, España; **RUDOLPHI; Hans-Joachim**; *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*; en SCHUNEMANN, Bernd (Compilador); *El Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*; Estudios en honor de Claus ROXIN en su 50 Aniversario; Introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez; **RUIZ ANTÓN, Luis Felipe**; *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*; Revista del Consejo General del Poder Judicial, Número Especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas; Ponencia, Serie: Constitucional; 6/1989; **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**; *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomos III, IV*; Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1981.

Fuentes legales:

Código Penal de Alemania: de 15 de mayo de 1871, última reforma de 31 de enero de 1998; Código Penal de Francia: última modificación 15 de septiembre de 2003; Código Penal de España: Ley Orgánica No. 10 de 1995, modificado por Ley Orgánica 15 de 2003; Ley Orgánica No. 5-2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la Ley Orgánica No. 10-1995, de 23 de Noviembre, Código Penal Español (Todas estas legislaciones foráneas fueron consultadas en: <http://www.lexadin.nl>). Constitución de la República de Cuba, 1976. Ley No. 62 “Código Penal”, 1987, entró en vigor el 30 de abril de 1988, con sus modificaciones.