

MERCEDES GARCIA ARAN

**Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona**

Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal

El tema de las leyes penales en blanco es uno de los temas clásicos dentro del sistema de fuentes. Su pertenencia a la problemática general del principio de legalidad penal es destacada frecuentemente en los manuales y asimismo, ha sido objeto de algunos estudios monográficos a los que tendremos ocasión de referirnos. Actualmente, puede parecer un tema relativamente zanjado en nuestro país, sobre todo a partir de las precisiones del Tribunal Constitucional en la materia y ante la aparente inevitabilidad del recurso a esta técnica legislativa.

Sin embargo, la frecuente ligereza con que el legislador la utiliza y el hecho de que nos encontremos ante la elaboración de un nuevo Código Penal (Proyecto de Código Penal de 1992, en adelante, PCP 1992) que incluye numerosas normas en blanco (1) redactadas con desigual fortuna, mantiene el interés del tema y permite plantear todavía algunas consideraciones sobre la oportunidad, límites y consecuencias de dicho tipo de normas.

Para formularlas se recogerá más adelante la problemática planteada y la posición del Tribunal Constitucional al res-

(1) El Proyecto de Código Penal de 1992 incluye numerosas disposiciones en blanco, entre las que pueden citarse los arts. 222, 297, 312, 313, 314, 329, 343, 345, 347. Junto a los citados, que contienen remisiones expresas a otras leyes o a los reglamentos, aparecen también las habituales referencias a la legalidad extrapenal, llamada a completar el Código: "condiciones de Seguridad Social" (art. 292.1), abandono "ilegal" de servicio público (art. 390) etc.

pecto, aunque sin pretensión de exhaustividad por tratarse de algo ya conocido. Su exposición tiene por objeto dar pié a la enumeración de los problemas que siguen subsistiendo y sobre todo, a la formulación de algunas consideraciones críticas sobre el modo en que esta técnica se utiliza y se acepta hoy en nuestro Ordenamiento. Entrando en materia, son aconsejables, en primer lugar, algunas precisiones conceptuales.

I. PLANTEAMIENTO Y PRECISIONES CONCEPTUALES: MODALIDADES DE REMISION Y ELEMENTOS NORMATIVOS.

En términos amplios, suele partirse de un concepto de norma penal en blanco que la define como aquella en la que parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido en una norma de carácter no penal. Sin embargo, el concepto estricto de norma penal en blanco se corresponde con el de aquélla que se remite a una norma extrapenal de *rango inferior*, que de esta forma interviene en la definición de la conducta prohibida.

No se desarrollará aquí la cuestión de si todas ellas o sólo las segundas, merecen la denominación de normas penales en blanco (2), porque este trabajo se centra en las que plantean los mayores problemas, esto es, las que contienen remisiones a normas de rango inferior, en la medida en que es aquí donde aparecen los principales riesgos de deslegalización de la materia penal y, en definitiva, de posible ejercicio de competencia legislativa por instancias que no la poseen (3). Y

(2) Utilizando un concepto amplio de ley penal en blanco, puede verse, Mir Puig, S. Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 1985, p. 28. Muñoz Conde, en Muñoz Conde-García Arán, Lecciones de Derecho Penal, Sevilla, 1991, p. 22. En cambio, decantándose por el concepto estricto, Bustos, Manual de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 1989, p. 74.; Cobo-Vives, Derecho Penal, P.G., Valencia, 1990, p. 119.

(3) Véase Córdoba Roda, J. Principio de legalidad penal y Constitución, en Libro Homenaje a Armin Kaufmann, Colonia, 1989. p. 79 ss.

en esa línea, la preocupación principal se sitúa en la remisión a normas no emanadas del poder legislativo, por lo que, en principio, puede obviarse el tratamiento de las remisiones a leyes ordinarias.

Situados pues en las normas penales que se completan con normas emanadas de instancias no legislativas -especialmente, con reglamentos- creo interesante precisar algo más el concepto de ley penal en blanco en relación a otro criterio que es tenido en cuenta con menor frecuencia y que, a mi juicio, resulta fundamental para diferenciar los grupos de supuestos problemáticos: me refiero a la función que desempeña la norma extrapenal dentro de la estructura de la norma penal en blanco y, consecuentemente, dentro de la definición del delito que en ella se contiene. En otras palabras, la norma reglamentaria que se integra en la estructura de una norma penal, no plantea problemas *exclusivamente* por el hecho de poseer un rango inferior, sino *también* por el grado de incidencia que su integración posee respecto a los requisitos mínimos que debe reunir toda norma penal.

Desde este punto de vista, puede aceptarse que para definir a la norma penal en blanco, no es suficiente con aludir a la necesidad de que los conceptos por ella utilizados se completen con lo dispuesto en otras normas de rango inferior. Tanto el Código Penal vigente como el PCP contienen multitud de *elementos normativos* respecto a los que no suelen plantearse los problemas propios de lo que se consideran leyes penales en blanco: piénsese en conceptos como “beneficios fiscales” (art. 349 CP) “espacio natural protegido” (art. 316 PCP), “edificios singularmente protegidos” (art. 310.2 PCP) etc. El hecho de que, normalmente, no se aluda a los problemas de rango de la norma penal en estos casos, no deja de llamar la atención, en la medida en que, en último término, la condición típica o atípica de la conducta enjuiciada también depende o puede depender de lo dispuesto en una norma sin rango de ley o en una decisión administrativa.

Ello apunta, obviamente, a la distinción entre elementos normativos de los tipos y leyes penales en blanco, que no siempre aparece de forma clara, hasta el punto de que algunos autores se refieren directamente a las leyes penales en blanco como elementos normativos (4).

Como es sabido, existen distintas definiciones de elementos normativos, más o menos amplias, pero que en general, aluden a la necesidad de llevar a cabo un proceso que no es necesario en los elementos típicos meramente descriptivos (5). Los que aquí nos interesan son aquellos elementos normativos que aluden -se remiten- a una situación normativizada y en tal medida, obligan a acudir a una norma extrapenal para dotarlos de contenido y, en definitiva, interpretarlos. Por tanto, desde este punto de vista, no cabe la diferenciación respecto al concepto genérico de ley penal en blanco.

Puede intentarse un criterio de diferenciación acudiendo al carácter explícito o implícito de la remisión, con arreglo al cual, la norma penal que expresamente aludiera a normas reglamentarias para conceptualizar la conducta típica sería una norma penal en blanco, mientras que serían elementos normativos aquellos en los que la necesidad de acudir a la norma extrapenal apareciera de forma implícita. Desde este punto de vista, cabría mantener que sólo puede hablarse de *remisión* en sentido estricto, esto es, de invocación de otra norma para colaborar en la definición típica, cuando el legislador penal lo hace de modo expreso.

Sin embargo, entiendo que la distinción no pasa por el carácter explícito o implícito de la remisión, puesto que, en definitiva, se trata de un criterio meramente formal: lo impor-

(4) Por ejemplo, Rodríguez Ramos, L. Reserva de ley orgánica para las normas penales, en Comentarios a la legislación penal, I, Madrid, 1982, p. 306.

(5) Véase un resumen de las principales concepciones doctrinales sobre los elementos normativos en Suay Hernández, C. Los elementos normativos y el error, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1991, 102 ss.

tante no es tanto que la norma penal mencione expresamente la necesidad de acudir a otra norma, como la función que esa norma extrapenal desempeña en la estructura del injusto descrito. De hecho, expresiones legales en las que puede entenderse hay una remisión expresa (“sin autorización, fuera de los casos permitidos” etc.), son tratados frecuentemente como elementos normativos, cuestión en la que me detendré más adelante.

En esta línea, Tiedemann parte de la imposibilidad de definir la ley penal en blanco como aquella que necesita ser completada por otra norma (en la medida en que este criterio la hace coincidir con los elementos normativos) e igualmente descarta que lo explícito o implícito de la remisión sea el criterio determinante de la distinción entre elementos normativos y leyes penales en blanco: caben remisiones, tanto implícitas como explícitas que contienen en realidad, elementos normativos: remisión expresa al derecho mercantil en el concepto de “balance” de los párrafos 283, 283 b) StGB y remisión implícita al Código Civil en el concepto de “ajenidad” del párrafo 242 StGB. Se trata de elementos normativos cuya aplicación presupone, a su vez, la aplicación de otra norma.

Frente a ellos, las leyes en blanco propiamente dichas, sigue el mismo autor, se caracterizan porque el establecimiento del presupuesto se remite a otra instancia no legislativa que, en definitiva, ejerce la amenaza penal (6).

Luego, el acento se pone, básicamente, en el rango de la norma que completa a la ley penal, antes que en el carácter explícito o implícito de la remisión, lo que sitúa el problema en el ejercicio de sus competencias por las distintas instancias con capacidad normativa. El concepto estricto de ley penal en blanco se reserva, pues, para la originaria concepción bindigniana con arreglo a la cual son normas en blanco las que

(6) Tiedemann, “Blankettstrafgesetz” en Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 1990, p. 1.

“delegan” en una autoridad inferior (administrativa, regional etc.) la definición de parte de la conducta típica (7).

Sin embargo, se ha dicho ya que tanto el CP como el PCP contienen remisiones (explícitas o implícitas) a disposiciones o decisiones administrativas -y, en esa medida, delegaciones a normas de rango inferior-, que frecuentemente se tratan como elementos normativos, por lo que parece que el criterio del *rango* de la norma complementaria no es suficiente como para establecer la distinción. Será preciso pues, superar el plano formal de la jerarquía normativa e indagar en algunos aspectos materiales.

En esta línea, Cramer alude a la función que la norma extrapenal desempeña en la estructura de la norma penal planteándolo en relación a un elemento como la “contrariedad a deber” del tipo del parágrafo 365 StGB incriminador de la prevaricación de los abogados. Lo que se plantea es si se trata de una ley penal en blanco, en la medida en que cabe completarlo con las normas del Estatuto General de la Abogacía (Bundesrechtsanwaltsordnung). Sin embargo, entiende el autor que se trata de un elemento normativo porque la ley no remite a otra norma, sino que, *hay que invocar otras normas en la valoración de las características típicas*, lo que parece también en casos en los que *indudablemente* se trata de un elemento normativo y no de una ley penal en blanco (el concepto de “embargo” del par. 136 StGB, o el de “ajenidad” del par. 242 StGB, que deben ser interpretados según el Derecho Civil) (8).

Por tanto, en la posición de este autor, existen tres situaciones reconducibles, de hecho, a dos: a) las referencias a

(7) Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 3ª ed. Leipzig, 1916, p. 161. La referencia a la delegación es frecuente en la doctrina alemana: Jescheck, HH, *Tratado de Derecho Penal*, I, Barcelona, 1981, p. 151; Maurach-Zipf, *Strafrecht*, A.T., 1. Heidelberg, 1977, p. 131. En la doctrina española, Anton Oneca, J., 2ª ed. revisada, Madrid, 1986, p. 108.

(8) Cramer, en Schöncke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, comentario al parágrafo 15.

otras normas, a las que debe acudir para interpretar las características típicas, que deben equipararse a los elementos normativos, b) los elementos normativos propiamente dichos y c) las leyes penales en blanco, en las que existe una remisión en sentido estricto, en las que la norma extrapenal se incorpora a la norma penal, más allá de la mera función interpretativa que desempeña en los elementos normativos.

Desde este punto de vista, por tanto, la ley penal en blanco no se caracteriza *sólo* porque la norma complementaria sea de rango inferior, sino además, porque el legislador deja en manos de otra instancia, propiamente el establecimiento del elemento típico, lo que no ocurre, siguiendo a Cramer, cuando la norma extrapenal sólo resulta invocada para interpretar lo establecido por el legislador.

Esta cuestión, en la medida en que destaca la incidencia de la norma extrapenal en la estructura de la definición típica, supera en importancia a la de si el concepto estricto de ley penal en blanco debe atribuirse o no a todas las remisiones normativas y supera también a la consideración de si son explícitas o implícitas. La virtualidad de distinguir entre elementos normativos y leyes penales en blanco se sitúa, en mi opinión, en la individualización de los problemas que aparecen en las distintas remisiones, sin reducirse a la pura cuestión nominal de atribuirles una u otra denominación (9).

Por ello, a partir de aquí, me centraré en las dos formas básicas de remisión que, a mi juicio, se contienen en las leyes penales: las remisiones en bloque y las remisiones interpretativas.

a) Entiendo por remisión *en bloque*, aquella en la que la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico. Y al decir "infracción" de la normativa

(9) En la línea de relativizar las diferencias entre elementos normativos y leyes penales en blanco, Schlüchter, E. Zum Irrtumslehre im Strafrecht, en Wistra, 1985, p. 43 ss.

administrativa me refiero a la contravención de dichas normas como hecho sobre el que recae el desvalor penal, o lo que es lo mismo: se sanciona penalmente la desobediencia a la norma administrativa.

Se trata de los supuestos en los que el Código Penal utiliza expresiones como “con infracción de leyes y reglamentos” o “contraviniendo lo dispuesto en leyes y reglamentos”. En este caso se encuentran, entre otros, los artículos 339 (inhumaciones ilegales), 348 bis a) (peligro para la seguridad e higiene en el trabajo), 348 bis b) (contravención de reglas de seguridad en relación a materias peligrosas) y, con especial claridad, el art. 586 bis del Código Penal: a males a las personas por imprudencia simple “siempre que concurriere infracción de reglamentos”.

El Proyecto de Código Penal de 1992 (PCP) incluye frecuentemente normas con la mencionada estructura: así, el art. 312 (delito ecológico), o el art. 297 (delito contra la seguridad e higiene en el trabajo), art. 314 (vertidos sin cumplir las prescripciones impuestas en la autorización obtenida), art. 345 (expedición de medicamentos), art. 347 (venta de alimentos).

b) En cambio, podemos denominar remisiones *interpretativas* a aquellas en las que *la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico*. Como ejemplos de esta modalidad de remisión pueden citarse los siguientes: el art. 374 del Código Penal vigente se refiere al cese del funcionario “con arreglo a las leyes, reglamentos o disposiciones del ramo respectivo”; el art. 346, I a la omisión o alteración de los “requisitos establecidos en leyes y reglamentos” sobre caducidad y composición de alimentos; el art. 135 bis c), a la revelación de una “información legalmente clasificada”, para lo que debe acudir a la Ley de Secretos Oficiales (9/1968 de 5 de Abril) que, a su vez, remite a las decisiones del Gobierno sobre la clasificación de tales informaciones.

En el PCP se encuentran también ejemplos de este tipo de remisión: así, el art. 391.2 se refiere a la desobediencia de mandatos que infrinjan “cualquier disposición general”, el art. 313 (concesión de licencia contraria a lo preceptuado en leyes y reglamentos). Del mismo modo, y a salvo de precisiones posteriores, pueden incluirse en este tipo de remisiones todos aquellos redactados en los que se acude a fórmulas como “fuera de los casos permitidos por la ley...”, “sin autorización...” etc.

Obsérvese que, en tales supuesto, puede producirse o no infracción de la normativa extrapenal, pero, en todo caso, no es necesaria para que se produzca el injusto penal.

Pues bien, si mantenemos un concepto indiferenciado de ley penal en blanco, como aquella en la que hay que acudir a una norma extrapenal de rango inferior para integrar o completar el supuesto hecho, la distinción respecto a los elementos normativos resulta prácticamente imposible puesto que éstos vienen a coincidir con lo que hemos denominado remisiones interpretativas. Así, no se aprecian claramente diferenciadas entre el concepto de “cese” del funcionario que el art. 374 del CP obliga a delimitar con arreglo a lo dispuesto en reglamentos -con lo que podría mantenerse como ejemplo de ley penal en blanco- y otros muchos supuestos de elementos normativos en los que debe acudir a normas administrativas: por ejemplo, en los “efectos timbrados” del art. 299 CP, concepto a completar acudiendo al Reglamento para el impuesto del timbre del Estado. En ambos supuestos, se produce una delegación, más o menos amplia, en normas de rango inferior que son necesarias para integrar el supuesto de hecho.

La localización de los problemas diferenciados que presentan los elementos normativos y las leyes penales en blanco se obtiene con mayor facilidad si se distingue entre remisiones en bloque y remisiones interpretativas. Las primeras pueden corresponderse con un concepto estricto de ley penal en blanco, en el que la delegación en la norma inferior

llega hasta el punto de ceder a una instancia no legislativa la introducción de un elemento típico completo. Las remisiones interpretativas, en cambio, son equiparables a los elementos normativos establecidos por el legislador y plantean su misma problemática (en cuanto al error, la retroactividad de la ley penal etc.)

c) Teniendo presente que tanto en unas como en otras, el carácter punible de la conducta enjuiciada depende, en mayor o menor medida, de lo establecido en la norma a que la ley penal se remite, puede avanzarse algo más en las diferencias que separan a ambos tipos de remisión.

De entrada, como destaca Mestre (10), aun sin utilizar la distinción aquí mantenida, cuando la ley penal efectúa una remisión *en bloque* incorpora también como objeto de protección *el cumplimiento de la normativa a la que se remite*. Situándonos en las que mayores problemas provocan, se incluye como interés añadido el propio cumplimiento de la normativa administrativa. Así, cuando el art. 348 bis a) del Código Penal (o el art. 297 del PCP) exigen para la comisión de un delito contra la seguridad e higiene laborales *que se infrinja* la normativa laboral en la materia, sancionan, además de la puesta en peligro del bien jurídico protegido penalmente, el incumplimiento de dicha normativa extrapenal.

Las consecuencias son evidentes: sin infracción administrativa no existe delito, e incluso, la conducta sería impune en la hipótesis de derogación o inexistencia de la normativa administrativa. Se trata por tanto, de remisiones abiertas o, si se quiere, “ciegas”, en las que el legislador penal admite cualquier contenido extrapenal como apto para integrar la conducta punible; sean cuales sean los hechos definidos como infracciones administrativas, pasarán a formar parte de la definición

(10) Mestre Delgado, Límites constitucionales a las remisiones normativas en materia penal, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, p. 523.

del delito. Incluso pueden plantearse supuestos de *doble remisión*: el propio delito contra la seguridad e higiene laborales se integra con la infracción de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), pero se da la circunstancia de que en esta última se recoge como infracción contra la seguridad e higiene, el incumplimiento de las normas contenidas en Convenios Colectivos (arts. 10 y 11 LISOS), con lo que normas de naturaleza paccionada -entre sujetos privados- o convencional pasan a colaborar en la tarea legislativa penal.

En cambio, en las remisiones que se han calificado como interpretativas no se produce tal incorporación del cumplimiento de la normativa extrapenal como interés añadido al protegido penalmente. Puede decirse que existe un único bien jurídico protegido y una única materia de prohibición. Lo que ocurre es que para establecer las condiciones y circunstancias en que resulta lesionado, debe acudir a una norma distinta y, en su caso, de rango inferior. Se trata, como se ha apuntado al principio, de que el legislador penal recoge un elemento del delito, que debe ser interpretado con arreglo a otras normas, cuestión distinta a la que se produce cuando “acepta” como elemento típico, aquello que se define como infracción administrativa.

En conclusión: 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.

d) Resta una referencia a un supuesto concreto de remisión, normalmente tratado como elemento normativo como antes se ha apuntado y que necesita ciertas matizaciones. Me refiero a los supuestos en los que el legislador utiliza expresiones como “sin autorización”, “fuera de los casos permitidos” etc. (como, por ejemplo, en los arts. 180, 322 y 421 PCP), cuando la autorización radica en instancias administrativas.

Básicamente, el legislador define la conducta típica con referencia a una norma administrativa de carácter permisivo: se castiga lo descrito, *a no ser que* la Administración lo autorice.

Lo anterior nos conduce directamente a la distinción entre normas prohibitivas y normas permisivas, afectante, como huelga recordar, a las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad. En realidad, desde una perspectiva que niegue la independencia de normas prohibitivas y permisivas, como es la de la teoría de los elementos negativos del tipo (11), esta clase de cláusulas debería ubicarse directamente en la tipicidad, o mejor, en su parte negativa que, de este modo vendría a integrarse con una disposición administrativa.

Manteniendo, en mayor o menor medida, la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, este tipo de expresiones que Welzel incluía entre los dominados “elementos de deber jurídico”, se han ubicado en la tipicidad, la antijuridicidad o se han considerado como elementos a caballo entre ambas categorías (12), lo que, obviamente, despliega sus efectos fundamentales en materia de error.

El hecho es que, tanto si los consideramos elementos de la tipicidad, como si son elementos de la antijuridicidad cuya presencia afirma la contrariedad con el ordenamiento jurídico en general, este tipo de remisiones presenta diferen-

(11) En nuestro país, entre otros, Mir Puig, S., Derecho Penal, P.G., 1984, p. 119 ss. Gimbernat, E. El sistema de Derecho Penal en la actualidad, en Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1990, p. 171 y nota 32. Gómez Benítez, JM. Teoría jurídica del delito, Madrid, 1984, p. 277 ss.

(12) Welzel, H. Das Deutsche Strafrecht, 6ª ed, p. 72 y ss y 149, para quien la falta de autorización administrativa afecta a la antijuridicidad. Entre nosotros, Córdoba, J. El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, 1962, p. 40. Roxin, en Teoría del tipo penal, 1979, p. 127 los trata en realidad como algo a caballo entre la tipicidad y la antijuridicidad, en la medida en que su conocimiento coincide con el de la antijuridicidad y su desconocimiento puede dar lugar a un error de tipo o de prohibición. Entre nosotros, véase además, Muñoz Conde, El error en Derecho Penal, Valencia, 1989 p. 59.

cias respecto a aquellas en las que la infracción de una norma prohibitiva de la Administración se constituye en uno de los elementos del delito.

Entiendo que lo relevante aquí, a los efectos que nos interesan, es que cuando el legislador utiliza este tipo de remisiones *excluye* del injusto típico (del tipo o de la antijuridicidad) *aquello* que la Administración autoriza, esto es, decide no castigar lo que está autorizado administrativamente, manteniendo la coherencia del ordenamiento jurídico. En cambio, cuando se añade a la definición legal la infracción de una norma prohibitiva de la Administración, el legislador *incorpora* aquello que la Administración prohíbe, esto es, le remite el establecimiento de parte de la materia de prohibición.

En el caso que ahora analizamos y desde una perspectiva que mantenga la distinción entre normas prohibitivas y normas permisivas, la norma prohibitiva se mantiene en el ámbito del legislador y se delimita a partir de lo que, en ejercicio de su función de tutela de determinados intereses, ha autorizado la Administración.

Naturalmente, ello puede resultar artificioso para quienes consideran que la definición de lo prohibido (la materia de la prohibición) es inseparable de los supuestos en que el ordenamiento lo autoriza: daría lo mismo “no prohibir lo autorizado por la Administración” que “prohibir lo prohibido por la Administración”.

Sin ánimo de profundizar en la polémica, en mi opinión, no responde a la misma orientación político criminal que el legislador reconozca un ámbito donde la Administración puede permitir ciertas actuaciones sobre el bien jurídico y renuncie a intervenir sobre lo permitido en casos particulares, que el hecho de integrar directamente las prohibiciones generales establecidas administrativamente; del mismo modo que, por mucho que se equiparen sus efectos jurídicos, no me parece que tenga el mismo valor/desvalor social matar a una

mosca y matar a un hombre en legítima defensa, acudiendo al famoso ejemplo welzeliano.

Sin embargo, lo importante aquí es que también desde la integración de normas prohibitivas y normas permisivas en el tipo total de injusto, puede aceptarse, en mi opinión, que el elemento típico (la ausencia de autorización) está establecido por el legislador, debiendo acudirse a las normas administrativas para precisar su contenido, con lo que nos encontraríamos también ante lo que aquí se ha denominado remisiones interpretativas.

e) Junto a estas diferencias estructurales, entiendo convenientemente recoger la virtualidad de la distinción entre clases de remisión que venimos utilizando, para evitar que pueda resultar artificiosa. Virtualidad que, se manifiesta en dos planos: el del legislador y el del intérprete.

e.1. Desde el punto de vista de los criterios a seguir por el legislador se alude frecuentemente a la inevitabilidad de la técnica de la ley penal en blanco (13): se dice que la complicación de determinadas materias y su carácter cambiante imposibilita el acogimiento de todas sus circunstancias en el Código Penal y ello hace imprescindible la remisión a otras normas que las precisen.

Entiendo que lo que podemos considerar como una cierta resignación ante la norma penal en blanco es comprensible en las remisiones interpretativas, del mismo modo que es comprensible en los elementos normativos: ciertamente, cuando el art. 348 bis a) del Código Penal (o su equivalente art. 297 del PCP) establece los sujetos que pueden delinquir contra la seguridad e higiene en el trabajo, no tiene otro remedio que referirse a los “legalmente obligados”, puesto que no puede reproducirse toda la normativa laboral en la que se establece a quienes afecta el deber de preservar el bien jurídico.

(13) Por ejemplo, Bustos, Manual, cit. p. 75. Rodríguez Ramos, Reserva de ley orgánica, cit. p. 306.

Lo mismo cabría decir de otros conceptos frecuentes en materia socioeconómica de especial complejidad, como son los “beneficios fiscales” en los delitos contra la Hacienda Pública (art. 349 CP) o la “licencia contraria a las leyes y reglamentos” del delito ecológico en el art. 313 PCP.

En cambio, creo que la inevitabilidad de la ley penal en blanco en las remisiones en bloque es más que discutible. De entrada, recuérdese que aquí no se trata de recoger un elemento típico y remitir su contenido a otra norma, sino de remitir el propio establecimiento del elemento típico a la norma inferior, en lo que podemos considerar como dejación de sus funciones por el legislador.

En segundo lugar, se ha dicho ya que en este tipo de remisión se incorpora como interés añadido, la protección del cumplimiento de la normativa administrativa y ello no puede considerarse, sin más, como inevitable. El cumplimiento de la normativa administrativa tiene su propia protección precisamente en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración y su traslado al ámbito de la protección penal, no hace sino favorecer la confusión de ambas posibilidades incriminadoras: cuando se opta por el establecimiento de infracciones administrativas o se descriminalizan conductas, remitiendo su regulación a la potestad sancionadora de la Administración, el legislador penal debe dejar que permanezcan ahí, sin recuperar su contenido para integrar la definición de los delitos.

Por último, como se precisará más adelante (Vid. apartado IV), en las remisiones en bloque resultan difícilmente aplicables los criterios de aceptabilidad de la ley penal en blanco que han sido establecidos por el Tribunal Constitucional en relación al acogimiento del núcleo esencial del delito en la ley penal.

e.2. En el plano del intérprete, pueden establecerse también algunas repercusiones de la distinción entre remisio-

nes normativas que venimos manejando. Cuando se trata de una remisión interpretativa, en la medida en la que se destina a interpretar o dotar de contenido un elemento típico, el intérprete puede utilizar las técnicas admitidas de adecuación de los conceptos a las necesidades de aplicación de la norma penal: debe, en definitiva, *interpretar* el concepto exactamente igual que en lo que genéricamente se consideran como elementos normativos. Desde este punto de vista, cabe que la labor del intérprete actúe como filtro para impedir la traslación mecánica de los conceptos establecidos administrativamente, a la definición legal. Volviendo al supuesto ya citado de los casos en que el CP exige actuar “sin autorización administrativa”, el intérprete puede calibrar, desde un punto de vista material, casos en que la autorización se haya denegado sin fundamento, casos en que no se haya solicitado autorización pero se reúnan todos los requisitos para disfrutar de la misma etc.

En cambio, tal labor de filtro y adecuación es prácticamente imposible en las remisiones en bloque, en la medida en que es el propio legislador el que establece esta traslación mecánica de la infracción administrativa. El intérprete no podrá sino comprobar si el hecho enjuiciado incurre o no en la infracción de la normativa extrapenal(14); por tanto, no sólo se deja a instancias no legislativas la definición de parte del delito, sino que se permite que lo establezcan con carácter tan taxativo, que el intérprete se encontrará con las manos mucho más atadas que cuando se enfrenta a un elemento introducido por el legislador, lo que no deja de resultar paradójico.

La amplitud de las consecuencias a que ello conduce, desborda lo que normalmente se considera como simple colaboración reglamentaria y ello no puede perderse de vista al

(14) Esto es así, desde luego, en lo que se refiere a la comprobación del cumplimiento del tipo objetivo, por mucho que en el tipo subjetivo pueda mitigarse el rigor del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa mediante la exigencia de dolo o culpa.

analizar la problemática relativa al principio de legalidad que, resumidamente, se acoge a continuación.

II. LEYES PENALES EN BLANCO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Como ya se ha apuntado, el problema que suele plantearse en relación a las leyes penales en blanco es el de la posible infracción de la *garantía formal* contenida en el principio de legalidad: en la medida en que la definición de los delitos y las penas se encuentra afectada por la reserva de la ley, la intervención de la normativa administrativa en la mencionada definición puede suponer confiar la materia penal a normas que no poseen el rango constitucionalmente establecido(15).

Por otra parte, el rango requerido para las leyes penales no obedece a exigencias meramente formalistas sino que se asienta en el contenido material del principio de legalidad. El monopolio de la ley en la definición y sanción de los hechos punibles implica, entre otras cosas, que el principio de legalidad no queda salvado únicamente con la existencia de una ley que posea el rango adecuado, sino que además, debe presentar la suficiente taxatividad como para cumplir con el principio de certeza y con la función de “predeterminación normativa de las conductas punibles” en expresión del TC (SSTC 3/1988 de 21 de Enero, 150/1989 de 25 de Septiembre). Se trata, como

(15) Dado que nos estamos centrando en las leyes penales que se complementan mediante reglamentos, no es necesario entrar aquí en la cuestión de si en materia penal existe también reserva de ley orgánica, puesto que la remisión al reglamento infringiría en todo caso, la reserva de ley. Vid. SSTC 140/1986 de 11 de Noviembre, 160/1986 de 10 de Diciembre. Además del tratamiento del tema en los manuales, puede verse: Rodríguez Ramos, L, Reserva de ley orgánica para las normas penales, ct. p. 299 ss.; Arroyo, L. Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en REDC, 8, 1983. Cobo-Vives, Sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa, en Comentarios a la legislación penal, Madrid, 1984. Lamarca, C., Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española, REDC, 20, 1987.

es sabido, de la denominada *garantía material*, fundamento de la seguridad jurídica.

Ese contenido de seguridad jurídica es el que monopoliza el legislador mediante la reserva de ley, de modo que la intervención de instancias no legislativas en la definición de los delitos no supone simplemente un quebranto de la forma, sino también de los motivos por los que tal forma se establece. La reserva de ley y la garantía material contenida en el principio de legalidad pretenden, además, que las conductas punibles “predeterminadas” por el legislador lo sean de modo *uniforme y general* para todos los sujetos destinatarios de la ley en el territorio de vigencia, cuestión que retomaremos al analizar las leyes penales en blanco complementadas por disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas.

Pues bien, el mantenimiento absoluto de las mencionadas garantías obligaría a negar cualquier posibilidad de que las normas penales se remitieran a disposiciones de rango inferior. Al respecto, las posiciones doctrinales en España van desde quienes, como Cobo y Vives rechazan la utilización de esta técnica legislativa(16), hasta la de Rodríguez Ramos, para quien no sólo no es rechazable, sino que resulta aconsejable en la medida en que la remisión a una disposición escrita proporciona mayor seguridad jurídica que la utilización de conceptos relativamente abiertos que deben ser completados por la tarea interpretativa (17). Respecto a este último argumento, no puede negarse que desde el momento en que una norma aparece en el Boletín Oficial del Estado, puede ser conocida y no puede alegarse la mayor o menor dificultad de su localización para considerar afectada la seguridad jurídica; pero también es cierto que algunas remisiones indiscriminadas a los reglamentos obligan en ocasiones a debatirse en auténticas “selvas normativas”, que no por publicadas y vigentes dejan de ofrecer dificultades para precisar el ámbito exacto de la punición.

(16) Cobo-Vives, Derecho Penal, P.G., cit. p. 119

(17) Rodríguez Ramos, Reserva de ley orgánica, cit. p. 306.

Entre una y otra posición se encuentra la aceptación mayoritaria por parte de la doctrina respecto a las remisiones a reglamentos, en ocasiones, como ya se ha dicho, de una forma un tanto resignada y con frecuente alusión al carácter complejo y cambiante de algunas materias que hace imposible su regulación acabada en el Código Penal (18).

En todo caso, la cuestión de si, en el actual marco constitucional, es aceptable la técnica de la ley penal en blanco con remisión a los reglamentos ha sido zanjada por el Tribunal Constitucional, en una jurisprudencia que goza del beneplácito de la doctrina y que se resumirá a continuación como paso previo al planteamiento de algunas consideraciones sobre la misma.

III. POSICION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Tribunal Constitucional ha admitido expresamente lo que denomina “colaboración reglamentaria” en la normativa sancionadora (SSTC 122/1987, 3/1988). Concretamente, la STC 77/1985 de 17 de Julio afirma que la remisión resultará en algunos casos “debida y obligada por la naturaleza de las cosas, *pues no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias*”.

La STC 127/1990 de 5 de Julio recoge y sistematiza los requisitos que deben respetarse para que la remisión sea correcta y admisible:

“... que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, *contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea*

(18) Entre otros, Bustos, Manual de Derecho Penal, PG, cit. p. 74, Casabo, JR, La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente, en Estudios Penales y Criminológicos, V, Universidad de Santiago de Compostela, 1982, p. 260.

satisfecha la exigencia de certeza o... se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

Como puede verse, el requisito central establecido por el TC es el de que la ley penal recoja el “núcleo esencial” de la prohibición, vinculándolo a la exigencia de certeza. De esta forma, el núcleo esencial a que se refiere el TC viene a coincidir con los elementos típicos necesarios para conocer, *ya en el redactado de la ley penal*, “aquello que está prohibido”. La conducta punible o lo que conocemos como materia de prohibición, debe quedar lo “suficientemente precisada” en la ley penal, en expresión de esa relación entre garantía formal y garantía material a que antes me he referido: la certeza sobre lo que se prohíbe queda reservada al legislador.

Añade el TC que el reglamento “colabora” en la definición, aunque sin precisar en qué forma; sin embargo, por coherencia con lo que se desprende del concepto de núcleo esencial, si el establecimiento de los elementos típicos que configuran la prohibición es competencia del legislador, la “colaboración reglamentaria” debería reducirse a la precisión del contenido de los mencionados elementos típicos.

Debe decirse además, que la sentencia que se acaba de extractar se pronuncia en torno al art. 347 bis del CP, acogedor del delito ecológico. En dicho precepto se establecen como elementos típicos diversas conductas afectantes al medio ambiente “que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal etc.”, siempre que *además* se lleven a cabo “contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente”. Es decir, nos encontramos ante lo que aquí hemos denominado remisión en bloque, en la medida en que la infracción reglamentaria se

constituye en elemento típico, junto a los restantes definidores de las conductas y la puesta en peligro.

El TC considera acertada la remisión en este caso, por entender que la mención a las conductas (emisiones, vertidos etc.) y a la puesta en peligro, es suficiente como para configurar el núcleo esencial de la prohibición. Tal conclusión nos va a permitir abordar los problemas de delimitación del núcleo esencial en relación a las distintas formas de remisión normativa existentes en el Código Penal vigente y en el PCP.

IV. LA DELIMITACION DEL NUCLEO ESENCIAL DE LA PROHIBICION.

De lo dicho hasta aquí se desprende que la falta de precisión respecto a lo que deba entenderse por núcleo esencial del delito, puede vaciar de contenido las garantías establecidas por el TC para la utilización correcta de la técnica de la ley penal en blanco. Por ello, conviene intentar una mayor precisión y, sobre todo, someter las distintas estructuras de la ley penal en blanco a la prueba del cumplimiento del mencionado criterio.

De entrada, cuando decimos -y dice el TC- que la materia de prohibición debe quedar recogida en la ley penal con la suficiente certeza, no podemos deducir sino que el legislador debe configurar claramente lo que conocemos como desvalor de acto y desvalor de resultado: la decisión incriminadora básica debe permanecer en manos del legislador (19). El ámbito de lesión o puesta en peligro del bien jurídico debe ser el seleccionado por la ley penal y deben serlo también, las conductas mediante las cuales se lleva a cabo tal afectación al bien jurídico: de la lectura de la ley penal debe desprenderse con claridad lo que se protege y cuáles son las acciones u omisiones que se prohíben, sin que su establecimiento pueda deferirse a instancias no legislativas.

(19) Tiedemann, Tatbestandsfunktionan im Nebenstrafrecht, Tubinga, 1969, 241 ss.

Traslademos ahora tales exigencias a las distintas formas de remisión en torno a las que hemos diferenciado la problemática expuesta.

Por empezar por lo más simple, puede afirmarse la corrección de las que venimos denominando remisiones interpretativas: recuérdese que en ellas, el elemento definidor de la conducta típica ha sido establecido por el legislador, aunque su concreción corresponda a otra norma. Si retomamos los ejemplos citados más arriba, comprobaremos que tanto el desvalor de acto como del desvalor de resultado se encuentran recogidos en la ley penal: los ciudadanos pueden comprender perfectamente el sentido de la prohibición contenida en expresiones como “disfrutar ilícitamente de beneficios fiscales”, “eludir el pago de tributos” o “revelar información legalmente clasificada”, aunque, como en todo elemento normativo, se trate de conceptos que necesitan especiales conocimientos para su completa comprensión. Incluso puede citarse como ejemplo una remisión ciertamente complicada pero que sólo precisa el ámbito de un elemento legal como es la contenida en el art. 355 PCP, en materia de tráfico de estupefacientes: sustancias “enumeradas en el Cuadro I y Cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de Diciembre de 1988...”

Ello plantea, obviamente, los conocidos problemas sobre el grado de conocimiento que cabe exigir respecto a los mencionados elementos y su relación con el problema del error (20), pero no cabe duda de que su utilización por la ley penal resulta inevitable, especificadora y también, susceptible

(20) La situación de tales elementos a caballo entre la tipicidad y la antijuridicidad ha hecho tradicionalmente difícil, como es sabido, su ubicación en el error de tipo o en el de prohibición, problemática reproducida en las leyes penales en blanco en general. Véase Muñoz Conde, F. El error en Derecho Penal, Valencia, 1989, especialmente, pags. 57 ss., inclinándose por el tratamiento como error de tipo, concepción a la que personalmente me adhiero.

de interpretación y adecuación a las necesidades de la punición.

En cambio, las remisiones en bloque presentan mayores problemas, que entiendo deben exponerse diferenciando a su vez, entre: a) las que constituyen meras habilitaciones en blanco del reglamento para recoger la materia de prohibición y b) aquellas en las que la infracción administrativa no es más que *uno* de los elementos de la conducta típica.

a) Constituyen ejemplo de las primeras el frecuentemente citado art. 339 del CP (inhumaciones ilegales) o el art. 343 bis del CP (expedición ilegal de medicamentos). Esta última materia se recoge en el art. 345 del PCP 1992 con estructura idéntica a la del vigente artículo 343 bis: “Los que expendieren medicamentos sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias, serán castigados...”.

Tanto en las inhumaciones ilegales como en la expedición de medicamentos, la materia de prohibición no aparece en el Código Penal. Así, limitándonos al último ejemplo, el único elemento típico que define el legislador es el de “expende medicamentos”, mientras que *todos los demás* habrá que buscarlos en la normativa extrapenal. El problema radica en que “expende medicamentos” no se corresponde, en sí, con la definición de ninguna materia prohibida: para saber *cuándo* está prohibido expender medicamentos, habrá que acudir a las leyes y -por lo que aquí nos interesa- a los reglamentos. En resumen, tanto el desvalor de acción como el de resultado o, si se quiere, lo que el TC denomina “núcleo esencial de la prohibición”, se encuentra fuera del Código Penal (21).

El legislador penal ha renunciado aquí a definir lo prohibido, remitiéndolo a las autoridades administrativas, en lo que constituye una auténtica habilitación en blanco de las normas reglamentarias para proceder a la definición de lo

(21) En el mismo sentido, Mestre Delgado, E. Límites constitucionales a las remisiones normativas en materia penal, en ADPCP, 1988, p. 517.

punible, que se traduce en la elevación a la categoría de delito de lo que son infracciones administrativas. En la medida en que permite la regulación no legislativa de una materia afectada por la reserva de ley, este tipo de redacciones legales debe ser considerado como abiertamente *inconstitucional* (22).

b) Vayamos ahora al segundo grupo de remisiones en bloque que se ha enunciado: aquél en el que la infracción administrativa se incorpora como elemento típico, pero el Código Penal recoge una parte sustancial de la definición. Por recordar los ejemplos ya citados, en tal caso se encuentran el delito ecológico y el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo (arts. 347 bis y 348 bis a) del CP vigente y los arts. 312 y 297 del PCP 1992).

Como se ha dicho, el TC considera que en el actual delito ecológico se respeta la reserva de ley, puesto que el CP recoge el núcleo esencial de la prohibición (modalidades de conducta y puesta en peligro de la salud pública). Sin embargo, entiendo que pueden formularse objeciones a dicha conclusión.

Si se parte de la base de que la infracción administrativa es uno de los elementos típicos y se considera que los restantes son “suficientes” para configurar el núcleo esencial de la prohibición, es porque, en definitiva, se está admitiendo que existen elementos esenciales (los que configuran el núcleo) y elementos accidentales *en la definición del hecho punible*: la infracción administrativa sería pues, un elemento accidental en la materia de prohibición.

Entiendo, por el contrario, que la distinción “elementos esenciales-elementos accidentales” no es aplicable en este caso. Cuando se utiliza -por ejemplo, en el art. 6 bis a) del Código Penal- es para diferenciar aquellos que son imprescindibles para configurar el injusto, de los que suponen modula-

(22) Ver especialmente, de Otto, I. Derecho constitucional. Sistema de fuentes. Barcelona, 1988, p. 237.

ciones agravatorias o atenuatorias del mismo. Y ahí radica precisamente el problema: en las remisiones en bloque que estamos analizando, *tan imprescindible es la infracción administrativa como los restantes elementos típicos definidos por el legislador*, para que podamos concluir la presencia del hecho típico, o lo que es lo mismo y como ya se ha dicho, sin infracción administrativa, no hay delito.

Admitiendo que la materia de prohibición viene configurada por los elementos (de acción y resultado) que delimitan lo punible, todos los elementos típicos *son esenciales* para definirlo.

Ello conduce a poner de manifiesto la artificiosidad del concepto de “núcleo esencial” de la prohibición, cuando se aplica a las remisiones en bloque. Si lo que se reserva el legislador es la definición del delito -la prohibición-, no puede operarse una restricción que distinga entre el supuesto núcleo esencial de la misma y lo que vendrían a ser sus elementos accidentales, que, insistamos, son igualmente imprescindibles para la punición por puro imperativo del principio de legalidad. En otras palabras: la reserva de ley afecta a la definición de “lo prohibido”, no sólo de su “núcleo esencial”.

El concepto de núcleo esencial sólo puede resultar de utilidad en las que he denominado remisiones interpretativas y, aún en éstas, para distinguir entre los elementos típicos -que establece y debe establecer el legislador- y la precisión del contenido de los mismos o su interpretación, pero nunca para atribuir diferente importancia a unos u otros elementos.

Para concluir con el razonamiento, cuando en los ejemplos citados se exige como elemento típico la infracción reglamentaria, se está remitiendo a instancias inferiores la configuración de parte del desvalor de acción e incluso, del desvalor de resultado, si, como veremos a continuación, se acepta que con dicha técnica se pretende también proteger como bien jurídico, el cumplimiento de la normativa administrativa.

Antes de ello, y a modo de resumen de lo dicho hasta aquí, todas las remisiones en bloque lesionan el contenido material de la reserva de ley y deberían, en mi opinión, considerarse inconstitucionales. El TC, como hemos visto, no ha llegado a tanto, pero sí puede mantenerse, como hace Gerpe (23), que en la regulación de determinados bienes jurídicos como la salud pública y todos aquellos en los que existe una amplia intervención administrativa del Estado, el Tribunal permite una cierta devaluación de la reserva.

V. EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA ADMINISTRATIVA Y LOS REGLAMENTOS INDEPENDIENTES.

Admitido que en las remisiones en bloque, castigándose la infracción administrativa se incorpora como interés protegido penalmente el cumplimiento de la normativa extrapeenal, puede decirse, desde luego, que el legislador penal es muy dueño de seleccionar dicho cumplimiento como interés necesitado de protección, precisamente para reforzarlo. Sin embargo, a mi juicio, tal planteamiento tropezaría con un obstáculo importante. Y no es otro que el propio planteamiento del TC, arriba recogido, desde el momento en que, como vimos, se acepta la intervención del reglamento *solo* para “colaborar” en la definición de la conducta punible.

Aquí he mantenido que dicha colaboración, si se quiere respetar que la ley penal contenga lo esencial a la prohibición, debe reducirse a la precisión del contenido de los elementos típicos que deben ser establecidos -todos- por el legislador. Pues bien, si se añade la desobediencia a la norma administrativa como elemento típico, el reglamento no sólo “colabora” en la definición de un elemento legal sino que interviene de modo decisivo, porque añade un requisito al hecho típico. En

(23) Gerpe Landin, M. Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal, en Revista Jurídica de Cataluña, 1991, p. 699.

resumidas cuentas, las normas penales que remiten en bloque al reglamento protegen, además del bien jurídico básico, *algo* que viene delimitado por la Administración: las normas que ésta considere en cada momento oportuno establecer.

Situados pues, ya definitivamente, en las remisiones en bloque como las auténticamente problemáticas por afectar a la materia de prohibición -o a su núcleo, si se prefiere la terminología del TC-, la exigencia de que se infrinjan “las leyes y reglamentos” o simplemente, “los reglamentos” como en el vigente art. 586 bis del CP, obliga a plantear una cuestión que, si bien no podemos desarrollar en profundidad por pertenecer a otras disciplinas, no suele tenerse en cuenta cuando se aborda el tema de las leyes penales en blanco. Me refiero al tema de los reglamentos independientes.

Resumidamente, en la teoría general de las fuentes del derecho, se conoce como reglamentos independientes o *praeter legem* a aquellos que, diferenciándose de los reglamentos ejecutivos, *no* se asientan sobre una ley previa de la que supongan su ejecución. Al respecto, un sector doctrinal en el que se incluye García de Enterría (24), mantiene la ilicitud de los reglamentos independientes en todo lo que afecte a la libertad y la propiedad de los ciudadanos, mientras que en opinión de De Otto, los reglamentos independientes sólo están vetados en materias afectadas por lo que se denomina reserva vertical, esto es, aquellas en las que “las normas básicas o de principio deben tener rango legal” permitiéndose al reglamento una normativa complementaria o de desarrollo; entre éstas se encuentra la definición de los delitos y las penas (25).

No entraremos en el fondo de la cuestión, puesto que desde ambos planteamientos se llega a una conclusión que

(24) García de Enterría, E. Curso de Derecho Administrativo, vol. I, p. 183 ss.

(25) De Otto, I. Derecho constitucional, cit. p. 231 ss. En el mismo sentido, Garrido Falla, F., en Garrido Falla y otros, Comentarios a la Constitución, Madrid, 1980, p. 582.

aquí nos interesa especialmente: en lo relativo al principio de legalidad penal, no cabe el reglamento independiente y no podrá dictarse si no existe una ley sobre la que se asiente.

En esta línea, precisa el Tribunal Constitucional:

“El art. 25.1 C.E. prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (STC 83/1984 de 24 de Julio), pero no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora” (STC 3/1988 de 21 de Enero).

Entiendo que de este planteamiento se desprenden conclusiones importantes: si existe una norma con rango de ley que contenga las infracciones a que el legislador penal desea remitirse, lógicamente la remisión deberá efectuarse a dicha ley y no a su reglamento ejecutivo; si no existe ley que recoja las infracciones con que se pretende completar el tipo penal y se encuentran establecidas en un reglamento, éste será un reglamento independiente y la remisión al mismo resultará vetada por el contenido de la reserva de ley que se acaba de recoger.

Es decir, por una u otra vía llegamos a la inadmisibilidad de las remisiones en bloque a los reglamentos: o son ejecutivos, con lo que la remisión debe efectuarse a la ley que desarrollan (además de que, en todo caso, entiendo que no pueden aportar un elemento típico por las razones ya expuestas) o son independientes y, afectando a materia reservada, resulta inconstitucional la remisión.

Por todas estas razones, no deja de extrañar la persistencia en las remisiones a los reglamentos que se aprecia en reformas del Código Penal posteriores a la Constitución (como el art. 348 bía a) y en un texto como el del PCP 1992, posterior incluso al desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la materia.

A mayor abundamiento, en algunos preceptos, el PCP 1992 incluso empeora la técnica respecto a lo establecido en

el Código vigente: en el propio art. 348 bis a) CP se requiere la infracción de las normas “reglamentarias” sobre seguridad e higiene en el trabajo, lo que, siendo criticable, permite al menos interpretar que sólo están llamados a integrar la norma penal los Convenios Colectivos de eficacia “erga omnes” o estatutarios, en la medida en que “reglamentan”, esto es, establecen condiciones de validez general. En cambio, el análogo art. 297 PCP 1992 exige simplemente la “infracción de normas sobre prevención de riesgos laborales”, de modo que cualquier Convenio Colectivo, que tiene carácter de fuente del Derecho laboral, incluso si sólo posee eficacia inter partes, puede intervenir en la definición legal.

El ejemplo que se acaba de citar y la posibilidad de que una norma penal se vea integrada por normas de carácter paccionado, incluso si no tienen eficacia *erga omnes*, deja planteado el último de los problemas a que puede conducir la utilización irreflexiva de la técnica de la ley penal en blanco. Me refiero al posible quebranto de las características de *uniformidad e igualdad* que debe poseer la ley penal.

VI. UNIFORMIDAD E IGUALDAD DE LA LEY PENAL. LAS REMISIONES A NORMAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

Parece evidente que la utilización de la técnica de la ley penal en blanco debe llevarse a cabo de modo que se mantengan las características de la ley penal.

La ley penal debe tener validez general en el territorio y período de vigencia, de modo que sea aplicable a una clase indefinida de personas o actos, lo que no impide, obviamente que se refiera a un ámbito determinado de situaciones (26). Así, la generalidad de la ley penal no supone necesariamente indeterminación de los sujetos: los tipos especiales (por ejem-

(26) Cobo-Vives, Derecho Penal, P.G., Valencia, 1990, p. 112.

plo, los delitos de funcionarios) son *generales* para todos los sujetos a quienes están destinados y que resultan acotados en función de determinadas características típicas.

El que la ley penal sea general y uniforme en su territorio de vigencia se encuentra indisolublemente unido al respeto del principio de igualdad ante la ley: todos los ciudadanos en territorio español deben encontrarse en las mismas condiciones ante la ley penal vigente en el mismo, que por ello debe ser uniforme y general.

Dichos postulados encuentran su acomodo constitucional en el sistema de reparto competencial con que se configura el Estado autonómico. Así, son competencia *exclusiva del Estado*: “la regulación de las condiciones básicas que garantizan la *igualdad* de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (art. 149.1.1 CE) y la “legislación penal” (art. 149,1,6 CE). De este modo, el mantenimiento de la uniformidad e igualdad de la ley penal se emparenta directamente con la atribución de competencia exclusiva al Estado en esta materia (27).

Parece evidente que si la ley penal se remite a una normativa desarrollada en ejercicio de competencias autonómicas, el resultado final puede consistir en un contendio diferenciado de la norma penal según la parte del territorio español en que se aplique. Diferencias que nacerán del distinto modo en que cada Comunidad Autónoma desarrolle la normativa sobre la que tiene competencia. Y ello, se quiera o no, puede suponer que unos hechos *estén definidos* como delito en una parte del territorio español y no lo estén en otra.

El problema se ha plantado ya en nuestro país y no sólo doctrinalmente sino en casos de una cierta resonancia. Así, la STS 18.11.91 resolvió sobre el caso de las transfusiones de sangre contaminada con virus del SIDA en un hospital

(27) De Otto, I. Derecho constitucional, cit. p. 255 ss. Mestre, Límites constitucionales, cit. p. 518.

de Cataluña: el precepto que venía en aplicación era -entre otros- el art. 343 bis del CP, incriminador de la expendición de medicamentos “sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias”.

La formalidad incumplida en la expendición de sangre era la obligatoriedad de las pruebas destinadas a detectar la presencia del virus, como requisito previo a su trasfusión. Dicha obligatoriedad estaba establecida en una Orden del Departamento de Sanidad de la Generalitat de Cataluña y a la sazón, sólo se exigía en dicha Comunidad Autónoma. Luego, siendo un elemento típico esencial la infracción de las formalidades establecidas administrativamente, en ese momento, la transfusión de sangre sin dicho análisis específico previo (en caso de que no se produjeran resultados lesivos que posibilitaran la incriminación de las lesiones imprudentes), *sólo era delito en Cataluña*. Y naturalmente, me refiero a su previsión legal, no a la interpretación que puedan mantener los distintos Tribunales o la diferente valoración libre que hagan de las pruebas presentadas que, como también ha establecido el TC, no afectan a la igualdad ante la ley (entre otras, STC 79/1990 de 26 de Abril).

Ello plantea inmediatamente la cuestión de la igualdad ante la ley. Principio que, como repetidamente ha establecido el TC se concreta en la necesidad de tratar igual las situaciones iguales y de modo desigual, las situaciones cuyo tratamiento desigual esté *justificado* (entre otras, STC 57/1985 de 29 de Abril).

La relación entre la materia sancionadora y el principio de igualdad, ha sido abordada igualmente por el TC, así, se afirma en la STC 87/1985 de 16 de Julio:

“la norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que *difieran, sin fundamento razonable*, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio”.

Al tratarse de una normativa sancionadora de carácter administrativo, no se plantea en esta Sentencia la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal (art. 149.1.6 CE), pero en cambio sí aparece la relación entre materia sancionadora y respeto al principio de igualdad, sobre cuyas condiciones básicas garantizadoras tiene competencia exclusiva el Estado (art. 149.1.1 CE).

Así las cosas, se trata de ver en qué condiciones un tratamiento desigual de determinadas situaciones en la ley penal, estaría justificado y se mantendría dentro del respeto al principio de igualdad. O en otras palabras: ¿qué aspectos de la norma penal pueden ser desiguales, con fundamento razonable?

De entrada, puede afirmarse que *no* se encuentra justificado un tratamiento diferenciado de la materia de prohibición. Los bienes jurídicos protegidos penalmente, están protegidos de igual modo en todo el territorio nacional y frente a las mismas conductas, o lo que es lo mismo: lo prohibido, está prohibido en toda España. Ello significa que los elementos típicos que integran las conductas punibles y, en suma, delimitan la materia de prohibición, deben ser iguales para todos los ciudadanos y por ello, pertenecen a la competencia exclusiva del Estado(28).

En cambio, *puede* estar justificado un tratamiento desigual de las circunstancias específicas en que se infringe la prohibición, según las necesidades, igualmente específicas, de protección de los bienes jurídicos en determinada parte del territorio español que, eventualmente pueden estar concretadas en la regulación autonómica. Y cuando digo “circunstancias específicas”, no me refiero a las especialmente previstas en la

(28) Casabo, JR. La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas, cit., pag. 260 mantiene que las disposiciones autonómicas en materia de medio ambiente, a efectos de la ley penal, sólo pueden tener un carácter “técnico y ejecutivo”, sin poder afectar al bien jurídico protegido por la misma.

ley, sino al modo en que debe ser interpretado y aplicado el contenido de cada uno de los elementos típicos.

Lo anterior recordará inmediatamente las diferencias establecidas más arriba entre los distintos tipos de remisión y, en definitiva, pone de manifiesto que el problema no se sitúa en el hecho de que una norma penal remita a normas autonómicas, sino en la corrección o incorrección de la remisión normativa.

Así, si la norma autonómica simplemente “colabora”, como dice el TC, en la precisión del contenido típico, éste sigue siendo igual en todo el territorio y la materia de prohibición, uniforme. El problema, como hemos visto, es que el TC considera como “colaboración” auténticos casos de introducción de un elemento típico, pero si nos encontramos ante lo que he denominado remisiones interpretativas, lo único que aparece como desigual en la ley penal, es aquello que puede serlo: la interpretación y aplicación del tipo penal (uniforme e igual), en función de las características diferenciales del lugar en que debe ser aplicado.

Algo de eso dice la STS de 18.11.1991 antes aludida, en relación al art. 343 bis CP y las transfusiones de sangre incumpliendo requisitos establecidos en la norma autonómica. Mantiene el TS que no existe desigualdad porque algunas disposiciones autonómicas marquen diferencias en materia penal “porque la ley de tal jurisdicción sigue siendo estatal y territorial, aunque... en la normativa de las infracciones en blanco la exigibilidad penal se *condicione* como consecuencia de la aplicación de los reglamentos complementarios”, añadiendo: “la ley penal se sigue *aplicando* en todo el territorio español, aunque una norma reglamentaria necesariamente condiciones su *efectividad* en determinada comunidad”.

Con independencia de la perplejidad que produce el que una norma “se aplique, pero no sea efectiva”, el razonamiento del TS pretende reflejar la idea que se acaba de esta-

blecer: lo prohibido, lo es para todo el territorio, pero la interpretación y aplicación concretas dependen de las condiciones concretas del lugar en que la ley debe ser aplicada. Compartiría el razonamiento si no fuera porque el precepto aplicado en esta ocasión (el art. 343 bis CP), no lo permite en el sentido expresado: en esa norma penal, lo prohibido no es igual en todo el territorio español, porque *lo prohibido está en la norma autonómica*.

En definitiva, volvemos a la distinción entre remisiones interpretativas y remisiones en bloque. En las remisiones interpretativas, la estructura de la norma penal y sus posibilidades de aplicación desigual no sea alteran más de lo que lo hacen con los elementos normativos, e incluso con muchos elementos simplemente valorativos. Si la remisión o la norma que integra el elemento normativo sólo concretan el contenido del elemento típico, es indiferente que la norma complementaria provenga de un Parlamento autonómico, de la Administración autonómica o de un Ayuntamiento, supuesto este último despreciable: lo que variará en su aplicación obedecerá a las necesidades concretas de protección del bien jurídico en el territorio de que se trate.

Salvando las distancias y dado que he mencionado los elementos meramente valorativos, el tipo que prevé el delito de injurias es igual y uniforme para todo el territorio nacional y ello no se ve alterado por el hecho de que determinadas expresiones se consideren injuriosas en Galicia, pero no en Andalucía.

En cambio, se ha dicho ya que en las remisiones en bloque, la norma complementaria no sólo “colabora” con el legislador (como pretende el TC en relación al delito ecológico), precisando el contenido de los elementos típicos: la instancia que emite la norma complementaria, “legisla” en la medida en que aporta uno de los elementos que configuran la definición típica.

En conclusión, las remisiones *en bloque* a normas autonómicas, lesionan la competencia exclusiva del Estado en materia penal y el principio de igualdad, no porque la norma complementaria sea autonómica, sino porque la remisión se efectúa en bloque a la misma. Y ello porque si el delito -o parte del mismo- se define en una norma autonómica, lo desigual se integra completamente en la ley penal, que se convierte en norma desigual.

Con esta conclusión se pone de manifiesto que el problema no debe ser planteado desde la óptica del respeto o desconsideración hacia el ejercicio de las competencias autonómicas, como pudiera parecer en un espejismo inicial dada la problemática implicada. Considerar inconstitucionales las remisiones en bloque a normas autonómicas no supone infravalorar o recortar el ejercicio de sus competencias, porque mantiene intacta la capacidad de las Comunidades Autónomas para legislar o regular dentro de sus competencias y en función de su especificidad.

El problema se plantea a la inversa: es el legislador penal quien debe actuar de manera que la materia penal se mantenga dentro de su competencia exclusiva, sin hacer dejación de la misma. Y ello vale tanto para las normas administrativas que, proviniendo de la organización central del Estado, no plantean problemas de desigualdad, como para las normas autonómicas que pueden plantearlos. En este último caso, además, la utilización incorrecta de la ley penal en blanco, introduciendo de modo injustificado la desigualdad en la ley penal y remitiendo la materia de prohibición a una instancia territorial, supone que el legislador penal infringe lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE, al no regular las “condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, cuestión cuyo tratamiento como posible supuesto de inconstitucional-

lidad por omisión, corresponde a la doctrina especializada (29).

VII. CONSIDERACIONES FINALES.

Para concluir, conviene recapitular acudiendo a algunas consideraciones generales sobre la conclusión básica que se mantiene y sobre la actual utilización de la técnica legislativa aquí analizada.

a) Se ha mantenido aquí la inconstitucionalidad de las remisiones en bloque a normas emanadas de instancias sin competencia legislativa en materia penal, tanto si contienen

(29) Mortati plantea la posibilidad de inconstitucionalidad por omisión en los siguientes términos: desde el punto de vista de la lesión del principio de igualdad, caben omisiones legislativas frente a imperativos constitucionales, cuando se conceden ventajas o se imponen cargas, en beneficio o perjuicio de algunos sujetos particulares, individuales o colectivos, sin extenderlos a otros sujetos que reúnen los mismos requisitos y se encuentran en situaciones análogas a aquellas en base a las cuales se establecen las disposiciones favorables o desfavorables: Mortati, C. *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, en "Studi in memoria di Carlo Esposito", Vol. III, Padua, 1973, p. 2599. En principio, no parece descabellado aplicarlo al supuesto que estamos analizando: el legislador estatal está obligado a garantizar las condiciones de igualdad e infringe dicho imperativo cuando establece una norma penal cuyo contenido prohibitivo no se extiende de manera uniforme a todos los sujetos que reúnen las condiciones para ser sus destinatarios. Al respecto, pueden resultar fructíferos los conceptos de la dogmática penal en materia de comisión por omisión, que incluso han sido utilizados por la doctrina constitucionalista: de un lado, Gomes Canotilho, en *Direito Constitucional*, 5ª ed. Coimbra, 1991, p. 1100, recuerda que la omisión no es un concepto naturalístico reconducible a un simple "no hacer", sino que equivale a "no hacer aquello a lo que se está constitucionalmente obligado", por lo que la omisión frente a un imperativo constitucional puede producirse perfectamente en la promulgación (activa) de una norma. De otro, no resulta ocioso recordar que la función garantizadora del principio de igualdad que se atribuye constitucionalmente al legislador, puede coincidir con el concepto de posición de garante utilizando en la dogmática penal, como base de la equiparación de conductas omisivas a la realización positiva de determinados resultados.

habilitaciones en blanco para definir toda la conducta típica, como si sólo afectan a parte de ella. Restaría plantearse si en tales supuestos es posible que los Tribunales lleven a cabo una interpretación constitucional del precepto en cuestión, evitando los efectos de la clara deslegalización que se produce.

Se trataría, desde este punto de vista, de entender que el delito no se comete por la mera infracción -objetiva- de la norma reglamentaria, sino por la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, aplicando en suma, un razonamiento propio de la comprobación de la antijuridicidad material.

En mi opinión, dicha posibilidad cuenta con obstáculos importantes, entre los que destaca la inseguridad jurídica producida por un excesivo ámbito dejado a la interpretación. Interpretación que, además, debería establecer si el cumplimiento de la norma administrativa es o no es, un bien jurídico incorporado al precepto penal, lo que redundaría en la propia afirmación o negación de la antijuridicidad material.

b) La segunda consideración apunta a las relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. La decisión por la que a un hecho se le reserva la categoría de delito, imponiéndole una pena o bien, se establece como infracción administrativa es, desde luego, una opción de carácter político criminal relacionada con los principios básicos que informan el Derecho Penal y su condición de instrumento utilizable como "ultima ratio". Dicha opción, por otra parte, pone de manifiesto la ausencia de diferencias esenciales entre delitos e infracciones administrativas que, en algunos supuestos como el del delito fiscal, se distinguen únicamente por datos cuantitativos en los que se sitúa la frontera respecto a la infracción administrativa.

La opción político criminal puede ser discutible, pero, en todo caso, debe resultar mínimamente coherente. Cuando se acude al derecho administrativo sancionador pueden mantenerse

dos actitudes con distinto grado de coherencia: puede descriminalizarse un hecho en atención al principio de concibe el Derecho Penal como “ultima ratio”, reservando la actuación sancionadora a la Administración o bien, podemos quedarnos a medio camino, estableciendo la protección administrativa de determinado interés y reforzando la potestad sancionadora de la Administración mediante una ley penal en blanco que incorpore como elemento del delito, la infracción administrativa, lo que en opinión de Mestre, convierte a la norma penal en una suerte de “tertium genus” entre la norma penal y la administrativa (30).

Esta especie de híbrido aparece en lo que aquí se han denominado remisiones en bloque que, además del vicio de inconstitucionalidad que contienen, manifiestan una escasa claridad político criminal acerca de lo que se reserva para la potestad sancionadora administrativa y lo que corresponde a la intervención penal, con la consiguiente confusión de ámbitos sancionadores.

Como efecto añadido se produce uno que frecuentemente puede pasar inadvertido: la incorporación de la infracción administrativa a los elementos típicos, limita la intervención penal *reduciendo* el ámbito de protección del bien jurídico que el Derecho penal aspira a tutelar. Volviendo al ejemplo del delito contra la seguridad e higiene en el trabajo (tanto en el vigente art. 348 bis a) del CP, como en el art. 297 del PCP), el empresario que imponga a los trabajadores una actuación abiertamente arriesgada, que ponga en peligro su vida o su integridad física, realiza un hecho impune si su actuación no está prevista en las normas laborales como infracción de la normativa sobre seguridad e higiene. Es decir, la protección de la potestad sancionadora de la Administración se lleva a cabo en perjuicio de la protección penal.

c) Por último, la técnica de la remisión normativa debe enmarcarse en las necesidades actuales de la técnica legislativa penal. Es cierto que los ámbitos que el Derecho Penal pretende

(30) Mestre, Límites constitucionales... cit. p. 523.

proteger se complican progresivamente, al compás de la inflación normativa que se produce en muchas materias, y al mismo tiempo, el Derecho Penal incorpora a su protección nuevos intereses caracterizados por la considerable intervención administrativa que recae sobre ellos (salud pública, seguridad e higiene, Hacienda Pública, etc.). Ello parece estar dando el traste con la vieja cultura codificadora y con la pretensión de que el Código Penal contenga absolutamente todo lo necesario para establecer los hechos que son constitutivos de delito.

Rechazadas las remisiones inconstitucionales, hay que reconocer en cambio, que la utilización de elementos normativos y de remisiones correctas, se impone cada vez más como una necesidad legislativa. Pero incluso en estos casos, el legislador debe ser cuidadoso evitando la imprecisión de referencias genéricas a los “reglamentos” o “las normas aplicables”, que pueden hacer que el contenido del correspondiente elemento típico dependa de lo establecido en una Orden Ministerial, el Decreto de un Ayuntamiento o una decisión del Gobierno, como ocurre en algunos de los ejemplos que se han citado entre las remisiones interpretativas. Aunque en estos supuestos, la labor del intérprete puede adecuar el contenido típico a las necesidades de la aplicación, no se justifica la desidia legislativa presente en la utilización de tales fórmulas. La remisión o el elemento normativo debe utilizarse con la mirada puesta en leyes concretas, fácilmente identificables, que precisan aquello que el Código Penal no puede precisar, como ocurre con los límites de la propiedad industrial, intelectual, los tributos etc.

Nos ha tocado vivir un período permanente reforma que, lamentablemente, ha puesto de manifiesto la frecuente ignorancia de las más elementales exigencias de la técnica legislativa y posiblemente, sea ya imperiosa la necesidad de profundizar en su depuración eliminando los errores cometidos, como primer paso ineludible para garantizar la seguridad jurídica y asumir la constante complicación de la legislación penal y su interpretación.