

# Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Profesor Ayudante de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá de Henares

**SUMARIO:** 1. Consideración introductoria en torno a la débil influencia de los principios constitucionales en el ordenamiento penal español.—2. El derecho a la legalidad como derecho subjetivo público.—3. Los límites materiales de las remisiones normativas.—a) *La polémica doctrinal.*—b) *Una jurisprudencia casuística del Tribunal Constitucional.*—4. Criterios para la determinación de la adecuación constitucional de las remisiones normativas en materia penal.—a) *La interdicción de la deslegalización.*—b) *La quiebra de la uniformidad de la legislación penal.*—c) *Consideración desde el principio de proporcionalidad.*—5. Una propuesta alternativa.—a) *Determinación legal del tipo del injusto.*—b) *Superación de la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal.*

1. Por asombroso que parezca, el ordenamiento penal español no ha terminado de asimilar aún, una década después de aprobado el texto constitucional, ni la existencia de una nueva estructura jurídica de la comunidad política, ni la distinta perspectiva valorativa desde la que han de ser considerados los bienes jurídicos que deben ser protegidos mediante el ejercicio del *ius puniendi* estatal, ni siquiera los límites formales de éste.

Es suficientemente conocida, por haberlo reiterado ya la doctrina (1), la trascendencia penal de los enunciados constitucionales y cómo, por ello, el proceso democrático que culminó con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 necesitaba, no ya una reforma parcial del ordenamiento punitivo, sino un nuevo Código Penal que se adecuara a las exigencias punitivas de ese modelo de Estado social y democráti-

---

(1) Cfr., por todos, MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2.ª, 1985, pp. 53 y ss. ARROYO ZAPATERO: *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, en «Revista Jurídica de Castilla-La Mancha», núm. 1, agosto de 1987, especialmente, pp. 102 y ss. BUSTOS RAMÍREZ: *Constitución y reforma penal en España*, en «Doctrina Penal», núm. 27, 1984, pp. 51 y ss.

co de Derecho (2). Sin embargo, ni entonces se elaboró esa normativa, ni tan siquiera pudo constatarse un mínimo interés del legislador en la eliminación del Código de aquellos preceptos que resultaban incompatibles con el ordenamiento democrático, o en la incorporación al mismo de instituciones que resultaban básicas en el diseño constitucional (3). Más aún, en la actualidad sigue siendo fácil constatar cómo el ordenamiento penal resulta ajeno a muchas de las nuevas realidades jurídicas que son esenciales en el modelo del Estado social y democrático de Derecho (4). Numerosos pronunciamientos doctrinales han coincidido en destacar la insensibilidad constitucional de una normativa que, paradójicamente, se ha caracterizado tradicionalmente por su receptividad extrema a las oscilaciones jurídico-políticas (5).

Con una perspectiva semejante, el Poder Judicial ha venido llevando a cabo, a través de una interpretación conforme a la Constitución del ordenamiento penal (6), la labor depuradora que requiere

---

(2) Entre otros, véanse GARCÍA VALDÉS: *Las reformas de la legislación penal (1976-1984)*, en «Documentación Jurídica», núm. 37/40, 1983 (1985), tomo I, pp. 23 y ss. BARBERO SANTOS: *La reforma penal de la monarquía constitucional española*, en el colectivo «Reforma política y Derecho», Madrid, 1985, pp. 287 y ss. COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en «Comentarios a la Legislación Penal», dirigidos por Cobo del Rosal, tomo I, «Derecho Penal y Constitución», Madrid, 1982, pp. 191 y ss. VIVES ANTÓN: *Estado de Derecho y Derecho Penal*, en los «Comentarios a la Legislación Penal», *op. cit.*, vol. *cit.*, especialmente pp. 44 y ss. Con toda claridad, QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE: *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, p. 16, señalan en este mismo sentido que «un Estado social y democrático de Derecho no puede manejar el instrumento punitivo con los mismos criterios con que lo hiciera un sistema autoritario o incluso el decimonónico Estado “liberal” de Derecho».

(3) No encuentro, de esta manera, justificación alguna a que, hasta la aprobación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no desapareciera del Código la pena de muerte (que había quedado derogada por aplicación directa de la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución, en relación con su artículo 15); no se hubieran regulado los delitos de discriminación y contra la libertad sindical y el derecho de huelga; y, entre tantos otros ejemplos, no se hubiera extendido la protección del artículo 161.1 al regente, al Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o los Gobiernos de las distintas Comunidades Autónomas.

(4) Entre los derechos fundamentales y otros bienes jurídicos cuya protección penal resulta básica en la ordenación de la convivencia y que, sin embargo, aún no han merecido la atención del legislador, pueden citarse, respectivamente, la intimidad y el patrimonio al que se refiere el último párrafo del artículo 46 de la Constitución. QUINTERO OLIVARES: *Delitos contra intereses generales o derechos sociales*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», monográfico núm. 6, Madrid, 1983 (1985), pp. 569 y ss., ha desarrollado, con precisión y detalle, las exigencias constitucionales de protección de unos nuevos «derechos de titularidad social», todavía al margen del Código Penal.

(5) Cfr., por todos, BARBERO SANTOS: *Política y Derecho Penal en España*, Madrid, 1977. QUINTERO OLIVARES: *La reforma penal en España*, en «Documentación Jurídica», núm. 37/40, 1983 (1985), vol. I, pp. 3 y ss.

(6) Entre la abundante literatura existente sobre el particular, puede verse TERRADILLOS BASOCO: *Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo y Derechos Humanos*, en «Anuario de Derechos Humanos», núm. 3, 1985, especialmente, p. 603. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., 1982,

la aplicación de su Disposición Derogatoria Tercera. Las resoluciones jurisdiccionales que, de esta manera, han puesto de manifiesto la inadecuación constitucional de figuras delictivas son ya abundantes y, entre ellas, no pueden dejar de mencionarse la Sentencia de 21 de diciembre de 1985, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (que ha declarado la inconstitucionalidad de la presunción de habitualidad en la receptación, que se contenía en el artículo 546 bis del Código) (7), ni las dictadas por el Tribunal Constitucional los pasados días 11 de noviembre de 1986 (en la que declaró la inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, del Régimen Jurídico de Control de Cambios, en cuanto preveía una sanción de privación de libertad sin tener esa norma el carácter de Ley Orgánica), 12 de diciembre de 1986 (en la que se afirmaba, por la misma falta de rango, que el artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, vulneraba el artículo 17.1 de la Constitución) (8), 16 de diciembre de 1987 (por lo que se declaró parcialmente inconstitucional el texto de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas) (9), 26 de mayo de 1988 (que entendió contrario a la Constitución, también por insuficiencia de ran-

---

pp. 95-103. ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*; Madrid, 1984, en particular, pp. 24 y ss. TORRE RUIZ: *Notas sobre el ejercicio de la jurisdicción penal en un Estado de Derecho constitucional*, en el colectivo «Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia», 1985, pp. 429 y ss.

Sobre el carácter de norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico propio de la Constitución, cfr., también, GONZÁLEZ RUS: *Teoría de la pena y Constitución*, en «Estudios Penales y Criminológicos», tomo VII, 1984, pp. 229 y 239, así como las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de febrero y 31 de marzo de 1981, 20 de diciembre de 1982, 18 de noviembre de 1983, 17 de febrero y 7 de junio de 1984 y 26 de noviembre de 1985, entre tantas otras.

(7) Con mayor detalle sobre esta Sentencia, cfr., ARROYO ZAPATERO: *Inconstitucionalidad de la presunción de habitualidad en la receptación*, en «La Ley», 11 de junio de 1986, pp. 1 a 5.

La configuración del Juez ordinario como Juez de la constitucionalidad para la depuración del ordenamiento preconstitucional ha sido destacada reiteradamente por el Tribunal Constitucional desde sus Sentencias de 2 de febrero, 29 de abril y 1 de junio de 1981.

(8) Esta Sentencia ha sido analizada con detenimiento por MIRA BENAVENT: *El caso del diario «Egin»: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», fascículo II/1987, pp. 505 y ss. Cfr. también MAQUEDA ABREU: *Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología*, en «Poder Judicial», núm. 9, marzo de 1988, pp. 9 y ss.

(9) Como muestra palpable de la sintonía existente entre los diversos operadores jurídicos en torno a la necesidad de depurar el ordenamiento de preceptos incompatibles con las exigencias constitucionales, puede indicarse que los vicios de inconstitucionalidad declarados en esta resolución habían sido ya denunciados, entre otros, por GIMBERNAT ORDEIG: *Constitución y Derecho Penal*, en «La Constitución Española de 1978. Un análisis comparado», suplemento al núm. 7 de la «Revista de Política Comparada», Madrid, invierno de 1981, pp. 95 a 99. ARROYO ZAPATERO: *Terrorismo y sistema penal*, en el colectivo «Reforma Política y Derecho», Madrid, 1985, pp. 176-177 y 194. GÓMEZ BENÍTEZ: *Crítica de la política penal del orden público*, en «Cuadernos

go, el artículo 1 del Real Decreto-Ley 19/1979, de 23 de noviembre) (10) y 8 de junio de 1988 (Sentencia ésta en la que se consideró inconstitucional el artículo 509 del Código en la medida en que se interpretase que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presumía que la finalidad y destino que les daba su poseedor era la ejecución de tal delito (11).

No obstante, pretender concretar en los objetos de estas resoluciones jurisprudenciales todos los vicios de inconstitucionalidad contenidos en la legislación penal española contemporánea sería, sin duda, llamarse a error. La pervivencia, en un Estado social y democrático de Derecho, de una normativa formal y materialmente anclada en otros contextos jurídico-políticos plantea problemas estructurales de tal entidad que exceden, desde luego, del limitado número de preceptos que hasta ahora han sido sometidos a la consideración del Tribunal Constitucional. Más aún, parece escasamente posible que el desfase normativo del ordenamiento penal encuentre vía de solución tan sólo a través de reformas legislativas parciales, por bienintencionadas que éstas sean.

En este panorama, que quizá no sea tan desolador como aparentemente se presenta, se vislumbran algunas esperanzas. El Proyecto de Código Penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 han puesto de manifiesto la posibilidad de dotar a la sociedad española del instrumento normativo necesario para la regulación del ejercicio del *ius puniendi* en el Estado constitucional. Además, la permanente inminencia de la aprobación de un nuevo Código ha permitido a la doctrina penal española ofrecer durante casi ocho años sus propuestas y observaciones sobre esos textos prelegislativos (12), contribuyendo muy significativamente a perfeccionarlos.

Queda aún, sin embargo, un amplio espacio para la reflexión sobre la idoneidad constitucional de algunas figuras contenidas en el ordenamiento penal vigente y que, desde éste, han sido trasladadas

de Política Criminal», núm. 16, 1982, p. 63. LAMARCA PÉREZ: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985, pp. 409-410. MESTRE DELGADO: *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987, pp. 142 a 155.

(10) La inadmisibilidad constitucional de ese precepto había sido ya denunciada por LAMARCA PÉREZ: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., p. 180, y MESTRE DELGADO: *Delincuencia terrorista...*, cit., p. 120.

(11) En sentido coincidente se expresaban, con anterioridad a tal Sentencia, y entre otros autores, MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 255, y RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, 1985, p. 293.

(12) El esfuerzo doctrinal dedicado a estos textos ha quedado plasmado, entre otros tantos ejemplos, en libros colectivos como «La reforma penal y penitenciaria», Santiago de Compostela, 1980, y en números monográficos de revistas especializadas, como el número extraordinario que en 1980 dedicó la «Revista Jurídica de Cataluña» a analizar «El Proyecto de Código Penal»; los números 37/40 de «Documentación Jurídica», en torno a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal, o el monográfico número 6 de la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», dedicado a esta misma Propuesta de 1983.

también a aquellas alternativas prelegislativas. Entre ellas, son posiblemente las más conflictivas aquellas en las que se ha recurrido a la utilización de habilitaciones normativas genéricas en la descripción de los tipos penales.

2. Como es bien conocido, a través de la técnica de las normas denominadas leyes penales en blanco (13), el legislador penal tipifica delitos cuyos supuestos de hecho quedan deferidos (con remisiones de distinto alcance) a otras instancias normativas, en todo caso de rango inferior al legal, lo que plantea importantes problemas de legitimidad constitucional (14).

El Código Penal vigente utiliza con profusión la técnica de las normas penales necesitadas de complemento (15), y este modelo ha influido decisivamente tanto en la redacción del Proyecto de Código Penal de 1980 (16) como en la de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (17). En todos estos textos se contienen remisiones a la potestad reglamentaria para la determinación de las conductas delictivas, y ello puede provocar, en su caso, que quienes resulten procesados por la comisión de alguno de esos tipos interpongan recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de que se trate.

Este riesgo es aún más acentuado si se considera que el Tribunal Constitucional ha establecido, desde su Sentencia de 30 de marzo de 1981 a la más reciente de 7 de abril de 1987, que el artículo 25.1 de la Constitución configura el *derecho a la legalidad* como un derecho subjetivo de carácter fundamental, lo que posibilita el control,

---

(13) Sobre el origen histórico y la naturaleza jurídica de esta figura, cfr. STAMPA BRAUN: *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953, p. 30. MIR PUIG: *Introducción a las bases...*, op. cit., pp. 47 a 51. MUÑOZ CONDE: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 18 a 27.

(14) El complemento que requieren las normas penales cuyo supuesto de hecho está incompleto puede encontrarse, ciertamente, en normas de rango reglamentario, pero también puede hallarse en leyes no penales e, incluso, en la misma Ley penal. No obstante, el concepto de leyes penales en blanco puede reservarse, como ya ha señalado la mejor doctrina, a aquellos preceptos en los que el legislador autoriza a otras instancias normativas para configurar la conducta susceptible de represión penal. Si el legislador mismo completa ese supuesto de hecho, ya en la Ley penal, ya en otra de distinto alcance, la remisión no tiene más trascendencia que la de una simple técnica normativa.

(15) Entre otros, en los artículos 339, 342, 343 bis, 345, 347 bis, 499 bis, 520, 521, 522, 573.3, 577.8 ó 581. La misma técnica ha sido utilizada en leyes penales especiales, como la Ley de Caza de 4 de abril de 1970; la Ley de 10 de diciembre de 1979 (modificada por la Orgánica 10/1983, de 16 de agosto), sobre régimen jurídico de control de cambios, o la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, reguladora de los delitos e infracciones administrativas en materia de contrabando.

(16) Así, pueden citarse, entre otros preceptos en los que se ha utilizado la técnica de la remisión normativa, los artículos 194, 199, 312, 313, 315, 317, 323, 324, 327.2, 329, 352, 356, 362, 372, 379, 383, 384, 444, 544, 675.1 y 678.

(17) Con esta técnica están redactados los artículos 189, 193, 250, 269.1, 288, 290, 300, 301, 303, 307, 310, 311, 321, 322, 324, 326, 328, 336, 373, 374, 518, 519.2 ó 523.8, entre otros.

por ese Tribunal, y a través de la vía del recurso de amparo (18), de la adecuación constitucional de esas normas penales en blanco.

La inexistencia, hasta la fecha, de una doctrina asentada de ese Alto Tribunal sobre las remisiones al Reglamento para la configuración de ilícitos penales permite que coexistan en nuestra doctrina las tesis favorables y contrarias a la adecuación constitucional de estas figuras. No obstante, los argumentos que hasta ahora se han empleado en su contra permiten intuir que una hipotética Sentencia del Tribunal Constitucional que considerase su adecuación a la Carta Magna limitaría notablemente el ámbito de las remisiones normativas, en materia penal, a instrumentos de rango inferior a la Ley.

3. La cuestión no es, sin embargo, en absoluto pacífica. Aún existiendo un amplio acuerdo —doctrinal y jurisprudencial— sobre la necesidad de que sea la Ley penal la que establezca las conductas punibles y las sanciones aparejadas a las mismas, las posturas se mantienen encontradas en torno al alcance de esa reserva de Ley penal. En ese debate, ni los argumentos empleados en defensa de la exclusividad (y exhaustividad) de la regulación legal permiten afirmar con rotundidad que los tipos penales *stricto sensu* (esto es, los que remiten la determinación de la conducta ilícita a normas de rango reglamentario) sean contrarios al modelo penal diseñado en la Constitución de 1978, ni por ello puede entenderse, *a contrario*, la admisibilidad constitucional de esta técnica normativa.

Conviene, por todo ello, analizar más detenidamente los límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal, sometiéndolo a esa figura de las normas penales en blanco a un contraste de constitucionalidad más minucioso que el efectuado hasta ahora.

a) Tradicionalmente, la doctrina penal ha admitido que los reglamentos puedan ser llamados por la Ley penal para complementar o desarrollar sus previsiones y, específicamente, para determinar su propio presupuesto de hecho, si bien sujetando la remisión a la previa delimitación legal del contenido, fin y extensión de la remisión (19). Cumplidos estos requisitos formales, las normas reglamentarias llamadas a completar un precepto penal en blanco tendrían «fuerza legal por delegación» (20).

(18) Cfr., en el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 20, mayo-agosto de 1987, especialmente, pp. 108-109 y 131 a 134.

(19) Cfr., por todos, JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1978, pp. 90-91. MAURACH/ZIPF: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.<sup>a</sup>, Heidelberg, 1983, pp. 120-121. Entiendo que el término «Rechtsverordnung» tiene (salvando las lógicas diferencias normativas existentes entre el Derecho español y el de la República Federal) un sentido más extenso que el que se le confiere en la versión española del libro de Jescheck (Barcelona, 1981, vol. 1, p. 158), y más próximo al que aquí se le otorga.

(20) Así, ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., a cargo de Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986, p. 108.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, un sector mayoritario de la doctrina española ha cuestionado la admisibilidad jurídica de los tipos penales en blanco en cuanto que, como leyes necesitadas de complemento, posibilitan que la Administración Pública, mediante disposiciones de inferior rango al exigido por el principio de legalidad, decida cuándo una determinada conducta se convierte en punible. El principio de legalidad, que se situaba en el artículo 25.1 de la Constitución (21), supondría el monopolio de la Ley en la fijación de la conducta delictiva (22) y, por ello, la taxatividad en su descripción, configurando así una reserva de Ley que vetaría la remisión normativa, en beneficio de la seguridad jurídica (23).

Además, y con independencia de este argumento, el rechazo doctrinal a la posibilidad de que la conducta punible por las leyes penales pudiera ser descrita por la Administración se asentaba también en una reserva de Ley Orgánica, de carácter absoluto, que se desprendería de los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución. De conformidad con esta concepción, la incriminación de una conducta, y la fijación de la sanción que corresponde a su autor, debe hacerse en todo caso por Ley Orgánica, porque ambos aspectos inciden necesariamente en el ámbito de derechos y libertades fundamentales reconocidas constitucionalmente (libertades personal, de residencia y circulación) (24). Esta reserva de Ley Orgánica haría inadmisibles la técnica de las leyes penales en blanco, de la misma manera que sucedía con la posibilidad de dictar decretos-leyes o con cualquier forma de delegación legislativa en materia penal, ya que tal reserva se desnaturalizaría si la Ley Orgánica no determinase, en última instancia, todas y cada una de

---

(21) Como es conocido, este precepto establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

(22) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 9.<sup>a</sup>, 1985, p. 189. BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal español*, Barcelona, 1984, pp. 84-85. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*, Madrid, 1987, p. 50. DE LA CUESTA ARZAMENDI: *La Ley alemana de reforma del Código penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 4, septiembre-diciembre de 1982, p. 245. LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal y reserva de Ley...*, op. cit., p. 102.

(23) COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: *Garantía penal*, en «Comentarios a las leyes políticas», dirigidos por Alzaga Villaamil, tomo III, Madrid, 1983, pp. 64 y 71. LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal y reserva de ley...*, op. cit., p. 102.

(24) GIMBERNAT: *Constitución y Derecho penal*, op. cit., p. 95. CASABO RUIZ: *La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente*, en «Estudios Penales y Criminológicos», vol. V, Santiago de Compostela, 1982, p. 250. ARROYO ZAPATERO: *Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 8, mayo-agosto de 1983, p. 32.

las características de la conducta sancionable y, en cambio, remitiese su concreción a otras fuentes (25).

Es fácil reconocer, en el origen de ambas concepciones de la reserva de Ley en materia penal, un concepto democrático de la Ley que, al menos en principio, es el único que debía haber encontrado acomodo en la Constitución de 1978. Esta tesis parte históricamente de la separación de poderes y de la primacía del legislador, concibiéndose, por ello, la Ley como una garantía frente a las arbitrariedades del poder (26). En efecto, lo decisivo en la configuración histórica del principio de legalidad penal no fue sólo que toda punición precisara de un fundamento legal, sino que las normas penales fueran elaboradas exclusivamente por los representantes de los ciudadanos. El imperio de la Ley devino, así, imperio del legislador sobre los poderes ejecutivos, y la reserva de Ley en la tipificación de los delitos y las penas garantizaba de este modo la ficción del asenso de la comunidad a las restricciones a la libertad que supone todo ordenamiento penal (27).

El fundamento democrático de la reserva de Ley Orgánica en materia penal se desprende de un argumento histórico-político similar, ya que la única garantía, en la sociedad española contemporánea, de la conformidad ciudadana con la criminalización de determinadas conductas es la aprobación de las normas por la mayoría de sus representantes parlamentarios, pero ello siempre que se haya tenido en cuenta la opinión de las minorías. Para ello, la Ley penal ha de ser elaborada a través de un procedimiento parlamentario especial, en el que se busca la máxima representación posible de los representantes populares, garantizando la intervención institucionalizada de fuerzas políticas minoritarias (28).

---

(25) GIMBERNAT: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Madrid, 1979, p. 23. COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en «Comentarios a la Legislación penal», *op. cit.*, tomo I, pp. 197 a 200.

(26) Cfr. COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, *cit.*, p. 199. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*, *cit.*, p. 28. ARROYO ZAPATERO: *Principio de legalidad*, *cit.*, pp. 32-33.

(27) Un incisivo y documentado análisis de esta concepción del principio de legalidad puede verse en LAMARCA PÉREZ: *Formación histórica y significado político de la legalidad penal*, en «Revista Jurídica de Castilla-La Mancha», núm. 2, diciembre de 1987, pp. 35 y ss. Desde otra perspectiva, cfr. JESCH: *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, 1978, en especial pp. 131-139.

(28) CASABO RUIZ: *La capacidad normativa...*, *cit.*, p. 250. ARROYO ZAPATERO: *Principio de legalidad...*, *cit.*, p. 33. LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal y reserva de Ley...*, *cit.*, p. 107. La trascendencia del procedimiento de elaboración de las normas en el ámbito de la reserva de Ley ha sido destacada también por DE OTTO: *Derecho Constitucional*, vol. I, «Sistema de fuentes», Barcelona, 1988, pp. 153-154, y PRIETO SANCHÍS: *Las Leyes Orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución de 1978*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 62, Madrid, 1981, pp. 125 y ss.

Las tesis que han quedado diseñadas no han sido compartidas unánimemente por la doctrina penal española, habiéndose puesto de manifiesto, por el contrario, que en muchos casos aquéllas no se sustentaban en datos irrefutables. Y, en efecto, debe reconocerse, por un lado, que el artículo 25.1 de la Constitución no permite, sin más, establecer una reserva de Ley en materia penal (29); por otro, que es difícil sostener la reserva de Ley en aquellas figuras delictivas que no imponen penas privativas de libertad (30), y, finalmente, que la intervención de la Administración en la configuración de los tipos penales se debe, no a la fuerza expansiva del Poder Ejecutivo en detrimento del Legislativo, sino, precisamente, a una autorización que éste otorga a aquél, en ejercicio de la soberanía popular que encarna. Rodríguez Ramos ha afirmado, en este sentido, que, si la protección de determinados bienes jurídicos lo requiere, el legislador penal, de la misma manera que puede utilizar directamente elementos descriptivos para determinar el contenido de sus preceptos, puede utilizar elementos normativos en los tipos mediante la remisión a otras disposiciones no penales (31).

Es difícil, de esta manera, sostener que alguno de los argumentos expuestos permita, por sí, declarar en su día la inconstitucionalidad de los tipos penales en blanco.

La incertidumbre crece si se considera que una parte de la doctrina penal española admite la constitucionalidad de los preceptos del Código Penal que defieren a los reglamentos la concreción de los supuestos de hecho sancionados en ellos, aludiendo a la doctrina del «complemento indispensable»; a la necesidad de realizar regulaciones técnicas impropias de una norma penal; o a la inadecuación del procedimiento parlamentario para la continua actualización normativa de algunas materias. Se aduce, además, en favor de esta técnica, que las leyes penales en blanco ofrecen una perfecta instrumentalidad a la hora de delimitar el ámbito de lo lícito, pudiendo ofrecer su descripción la misma certeza y seguridad que otras en las que no existan elementos normativos (32).

b) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no aporta tampoco una solución definida, primero, porque hasta la fecha no existe

---

(29) Coinciden en señalar que ese artículo 25.1 recoge deficientemente el principio de legalidad COBO DEL ROSAL y BOIX REIG: *Garantía penal*, op. cit., pp. 67-68, y LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal...*, op. cit., p. 102.

(30) En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal español*, op. cit., p. 85.

(31) RODRÍGUEZ RAMOS: *Reserva de Ley Orgánica para las normas penales*, op. cit., p. 306.

(32) RODRÍGUEZ RAMOS: *Protección penal del ambiente*, en «Comentarios a la legislación penal», op. cit., tomo 1, p. 274. BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal español*, op. cit., p. 85. MENA ALVAREZ: *La ecología como bien jurídico protegido*, en «Revista Jurídica de Cataluña», número extraordinario, 1980, p. 141. Y, con ciertas reservas, LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal...*, op. cit., pp. 112-113.

una Sentencia de este Alto Tribunal en la que se considere directamente la adecuación constitucional de los tipos penales en blanco y, segundo, porque las distintas Sentencias que han tenido por objeto remisiones normativas en materia sancionadora no han mantenido una línea argumental homogénea, pudiéndose afirmar, por el contrario, que en su resolución el Tribunal ha atendido más a la justicia del caso concreto que a la elaboración de una construcción general.

Consecuentemente, cualquier intento de sistematizar esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional debe ser acogido con cierta relatividad, a la que no puede ser ajena el hecho de que, paralelamente, ese Tribunal ha extendido el principio de legalidad a las infracciones administrativas. Las evidentes dificultades que han jalonado la tarea de establecer criterios uniformes en relación con ordenamientos tan diversos han provocado una cierta indeterminación de los límites de la reserva penal y, posiblemente, un debilitamiento en la intensidad de ésta.

No obstante, de la ya extensa relación de Sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha atendido a las exigencias de la reserva de Ley en materia sancionadora, es posible, con los condicionamientos referidos, extraer las siguientes conclusiones generales:

1) En materia penal existe una reserva absoluta de Ley.

El Tribunal Constitucional ha afirmado rotundamente que el artículo 25.1 de la Constitución plasma una reserva de Ley (33) que es, además, absoluta (34), aunque no en todo caso requiere que sea Orgánica (35). De esta declaración, que entronca directamente con el concepto democrático de la Ley (36), se deriva como consecuencia

---

(33) Sentencia de 30 de marzo de 1981.

(34) Así, en las Sentencias de 7 de mayo de 1981, 23 de febrero de 1984 y 11 de noviembre de 1986, entre otras.

(35) La reserva de Ley Orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1, sólo puede exigirse cuando las normas penales incidan en el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», y por ello no puede extraerse aquélla de la exclusiva relación entre los artículos 25.1 y 81.1 de la Constitución (Sentencia de 23 de febrero de 1984). Se exige tan sólo en aquellas normas que afecten a la libertad reconocida como derecho fundamental en el artículo 17 de la Constitución, porque el desarrollo legislativo de un derecho o una libertad constitucional consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites, «y no existe en un ordenamiento jurídico límite más severo a la libertad que la privación de libertad en sí» (Sentencias de 14 de febrero, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986, entre otras). Precisamente por ello, la Sentencia de 11 de noviembre de 1986 tan sólo declaró inconstitucional la pena de privación de libertad que establecía la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, dejando subsistentes las demás sanciones previstas en ella.

(36) En la Sentencia de 24 de julio de 1984, *caso Ley de Bases de la Sanidad Nacional*, se señaló claramente, recogiendo este concepto, que la reserva de Ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cuyo significado último «es el de asegurar que los ámbitos de la libertad que corresponden a los ciudadanos dependen exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos». En sentido coincidente, cfr. también las Sentencias de este Tribunal de 17 de febrero y 7 de abril de 1987.

necesaria que ésta es la única fuente en materia penal y que, en ella, el Juez no puede quedar vinculado a otras distintas (37).

Más concretamente, la reserva de Ley en materia penal exige la predeterminación normativa de las conductas ilícitas (principio de tipicidad) (38) y de las sanciones correspondientes (39), porque la finalidad de este principio es conseguir la seguridad jurídica (40).

La Sentencia de 15 de octubre de 1982 ha destacado que, en la perspectiva del Tribunal Constitucional, el legislador, «para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos». Con mayor claridad aún, la Sentencia de 8 de junio de 1988 afirma que el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 25.1 de la Constitución «exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito» que respondan al principio de seguridad jurídica.

Consecuentemente, en la Sentencia de 7 de abril de 1987, caso *Casino de Mallorca* (41), trascendental a estos efectos, se destacaba que el artículo 25.1 de la Constitución *obliga al legislador a regular por sí mismo* los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes, por lo que «toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia» (42). No puede dejar de señalarse que esta Sentencia tenía por objeto una infracción administrativa, en cuya configuración el Tribunal Constitucional entiende más laxamente las exigencias de la reserva de Ley (43).

2) El principio de legalidad de las infracciones es, sin embargo, compatible con la colaboración reglamentaria.

La reciente Sentencia 3/1988, de 21 de enero, dictada en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 9

---

(37) Sentencia de 9 de julio de 1984.

(38) Sentencias de 15 de octubre de 1982, 2 de noviembre de 1983, 27 de mayo de 1985, 7 de abril de 1987 y 21 de enero de 1988.

(39) Sentencias de 30 de enero y 30 de marzo de 1981, 2 de noviembre de 1983, 7 de abril de 1987 y 21 de enero de 1988.

(40) Sentencias de 30 de noviembre de 1982, 21 de julio de 1987 y 8 de junio de 1988.

(41) Un certero comentario de esta Sentencia puede hallarse en MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO: *Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», número 57, enero-marzo de 1988, pp. 79 y ss.

(42) En el mismo sentido, con referencia a la imposibilidad de que el reglamento cree tributos, cfr. la Sentencia de 16 de noviembre de 1981.

(43) La propia Sentencia de 7 de abril de 1987 reconocía a este respecto que «el alcance de la reserva de Ley establecida en el artículo 25.1 no puede ser tan estricta en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto». En sentido coincidente, cfr. la Sentencia de 8 de junio de 1988, en la que se destaca que en el ámbito administrativo existen consideraciones de oportunidad que «pueden hacer necesaria una relativamente rápida variación de los criterios de regulación».

del Real Decreto-Ley 3/1979 (44), ha establecido que el mandato del artículo 25.1 de la Constitución determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración, pero que el mismo «no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias» (45).

Este criterio, que se asienta teóricamente en la constatación de que en las materias reservadas a la Ley no se alteran las relaciones tradicionales entre Ley y reglamento ejecutivo (46), ha sido aplicado hasta la fecha tan sólo con referencia a infracciones administrativas, en las que se ha destacado, además, su carácter coyuntural o la necesidad objetiva de adaptar esa regulación a nuevas técnicas (47).

Sin embargo, en una ocasión ha hecho referencia el Tribunal Constitucional a la posibilidad de que el reglamento intervenga en la descripción de los tipos penales. En la Sentencia de 30 de marzo de 1981, si bien indirectamente, en *obiter dictum*, hizo mención a aquellos delitos o faltas «que completan el tipo con remisión a disposiciones reglamentarias», como sucede, por ejemplo, con el 345 y el 565.2, que se remiten a «disposiciones sanitarias» o a la «infracción de los reglamentos» para la descripción de las conductas típicas. El fondo del asunto no guardaba relación alguna con los preceptos penales citados, y no es fácil colegir si el Tribunal fue en tal momento consciente de la posible trascendencia (al menos, dialéctica) del ejemplo utilizado. Es importante, en todo caso, señalar que esta referencia, por un lado, no prejuzga la decisión que en su día pudiera adoptar ese Tribunal en relación con la admisibilidad constitucional de los tipos penales en blanco y, por otro, que es la única cita de preceptos penales en una construcción jurisprudencial que —como se observa fácilmente— se ha levantado en torno a las infracciones administrativas.

3) Los elementos fundamentales de la tipificación deben estar en la Ley.

La colaboración reglamentaria en la tipificación de las infracciones respeta las exigencias derivadas del principio de legalidad tan sólo si los «elementos fundamentales de la tipificación» están contenidos en la norma con rango legal, de tal manera que únicamente pueden ser sancionadas las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de Ley (48).

---

(44) Este artículo establecía que «se consideran actos que alteran la seguridad pública el incumplimiento de las normas de seguridad impuestas reglamentariamente a las Empresas para prevenir la comisión de actos delictivos. Tales actos podrán ser sancionados en la forma y cuantía que la legislación de orden público establece, o con el cierre del establecimiento».

(45) En el mismo sentido, cfr. las Sentencias de 24 de julio de 1984, 7 de abril de 1987 y 23 de mayo de 1988.

(46) Sentencia de 27 de junio de 1985.

(47) Sentencia de 8 de junio de 1988.

(48) Sentencia de 21 de enero de 1988.

Ese núcleo de la regulación que debe establecerse siempre en la Ley se configura por el Tribunal Constitucional de acuerdo con la tesis de la esencialidad (49) y se identifica, por tanto, con el objeto de la reserva legal. La Sentencia de 29 de julio de 1985, *caso LODE*, ha indicado, así, que la posibilidad de que el reglamento sea llamado por la Ley para integrar de diverso modo sus mandatos no queda excluida en el ámbito de la reserva de Ley, pero ello siempre que «la remisión al reglamento no suponga deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado». En tal caso se asistiría, realmente, a lo que la Sentencia de 24 de julio de 1984 ha denominado «una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador».

4) La Ley ha de fijar los límites del Reglamento, que ha de estar subordinado a aquélla.

Como garantía añadida para el respeto del ámbito de la reserva de Ley, el Tribunal Constitucional viene exigiendo al legislador que, en las materias sujetas a esa reserva, la remisión al reglamento no permita una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (50).

Esta subordinación se exterioriza en el hecho de que el reglamento se desarrolle «dentro de los límites fijados por el legislador» (51), reduciéndose a un «complemento indispensable» de la Ley, ya por motivos técnicos, ya para optimizar el cumplimiento de las finalidades perseguidas por la Constitución o por la propia Ley (52).

5) La deslegalización de materias sujetas a reserva de Ley es contraria a la Constitución.

En la medida en que la reserva de Ley exige que las remisiones al reglamento delimiten el ámbito en que éste ha de surtir efecto, es una consecuencia lógica la declaración de inadmisibilidad constitucional de las habilitaciones genéricas a la potestad reglamentaria. Así lo ha entendido, correctamente, el Tribunal Constitucional, que ha declarado inconstitucionales todas aquellas remisiones que implicaban una deslegalización efectiva de las materias sujetas a reservas legales (53). De esta manera, en su Sentencia de 6 de noviembre de 1981 afirmó la inconstitucionalidad de una remisión en blanco que el legislador había efectuado al correspondiente reglamento para la configuración de un tributo; en la de 24 de julio de 1984 se consideraron

---

(49) Sentencias de 16 de noviembre de 1981, 11 de febrero de 1983, 19 de diciembre de 1985 y 30 de septiembre de 1987.

(50) Así, en la Sentencia de 21 de enero de 1988.

(51) Sentencia de 16 de noviembre de 1981.

(52) Sentencia de 24 de julio de 1984.

(53) La Sentencia de 20 de febrero de 1986 señala en este sentido que «toda operación deslegalizadora supone la reducción del rango normativo de una materia regulada por norma legal en el momento en que se dicta la Ley deslegalizadora, de tal manera que a partir de ésta y en su virtud puede ser regulada por normas reglamentarias».

contrarias a la reserva de Ley las cláusulas en cuya virtud «se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir; y, finalmente, en la Sentencia de 17 de febrero de 1987 consideró que la reserva de Ley impide que, mediante la remisión a la norma reglamentaria, «se provoque, *por su indeterminación*, una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador» (54).

4. El debate en torno a los tipos penales en blanco se ha desarrollado en España en torno a unas figuras delictivas muy específicas, dirigidas (en el Código Penal vigente, en el Proyecto de 1980 o en la Propuesta de 1983) a la represión de conductas vinculadas a realidades tecnificadas o en constante dinámica innovadora: delitos monetarios (55), medioambientales (56), urbanísticos (57), o los más tradicionales delitos laborales, de inhumaciones ilegales, de expedición de medicamentos o de caza y pesca, principalmente.

En todos estos casos, la polémica planteada por detractores y defensores de la técnica de las remisiones normativas en blanco ha oscilado entre dos tipos de argumentos diversos: quienes han sostenido su inadecuación constitucional, alegaban que la reserva de Ley (en su caso Orgánica) vetaba la llamada al Reglamento que se establecía en los preceptos que recogían aquellas figuras delictivas; por otra parte, quienes se inclinaban por su admisibilidad jurídica, centraban su defensa en la necesidad técnica de tales regulaciones o, incluso, en la mayor certeza (y, por tanto, seguridad jurídica) que éstas incorporarían.

Sin embargo, ninguna de las tesis así mínimamente esbozadas permite ofrecer una solución al problema planteado.

En el ordenamiento constitucional no cabe duda de la posibilidad de efectuar remisiones en materia penal a la norma reglamentaria,

(54) El subrayado es añadido.

(55) Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos relativos al control de cambios*, en «Documentación Jurídica», núm. 37/40, *op. cit.*, tomo II, p. 155.

(56) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS: *Protección penal del ambiente*, *op. cit.*, p. 274. MENA ALVAREZ: *La ecología como bien jurídico protegido*, *op. cit.*, pp. 140-141. La polémica se está generando en similares términos en otros países europeos, como indican, a título de ejemplo, FIANDACA y TESSITORE: *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, en el coletivo «Materiali per una riforma del sistema penale», Milano, 1985, pp. 25 y ss. DE LA CUESTA ARZAMENDI: *La Ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 4, septiembre-diciembre de 1982, pp. 235 y ss. Más recientemente, MEURER: *Umweltschutz durch Umweltstrafrecht?*, en «NJW», 34, 24 de agosto de 1984, pp. 2065 y ss. BREUER: *Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?*, en «NJW», 34, *op. cit.*, pp. 2072 y ss.

(57) DE LA CUESTA ARZAMENDI: *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente*, en «Documentación Jurídica», núm. 37/40, *op. cit.*, tomo II, p. 205.

sea a través de la figura de la remisión recepticia o del reglamento ejecutivo (58). Y resulta igualmente claro que la reserva de Ley penal impide que en esta regulación se provoque la deslegalización. De esta manera, el problema de los tipos penales en blanco debe enfocarse, para determinar, *en cada caso*, su admisibilidad o inadmisibilidad constitucional, desde la perspectiva de los límites materiales de la reserva de Ley.

a) El contraste constitucional de los tipos penales en blanco necesita partir, de conformidad con las tesis expuestas en el presente trabajo, de la determinación del contenido indisponible a la Ley penal y, más concretamente, del análisis de la descripción de la conducta punible (elemento esencial de la regulación penal según la doctrina del Tribunal Constitucional) en cada uno de esos tipos.

Cuando se estudian, de este modo, preceptos como los contenidos en los artículos 339 («el que practicare o hiciere practicar una inhumación contraviniendo lo dispuesto por las leyes o reglamentos respecto al tiempo, sitio y demás formalidades prescritas para las inhumaciones, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas») o 343 bis («los que expendieren medicamentos de cualquier clase o medios anticonceptivos sin cumplir las legalidades formales o reglamentarias serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas») del Código Penal vigente, resulta muy difícil no descubrir en ellos deslegalizaciones contrarias a la reserva de Ley en materia penal porque, indudablemente, en ninguno de esos preceptos existe una conducta ilícita cuya descripción sea distinta al propio contenido de la remisión normativa.

El grave vicio que incorporan preceptos como los reseñados radica en que pretenden cumplir la reserva de Ley mediante un instrumento normativo exclusivamente formal, cuyo único contenido es, precisamente, la habilitación genérica al reglamento para que opere la regulación material, de fondo (59).

Estos supuestos son claros ejemplos de habilitaciones normativas genéricas e indeterminadas (los respectivos reglamentos pueden requerir las formalidades más banales, o las más complejas, para la práctica de inhumaciones y la venta de anticonceptivos) y, desde luego,

---

(58) Cfr. MUÑOZ MACHADO: *Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en el Derecho español*, en «Revista de Administración Pública», núm. 77, pp. 139 y ss. MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO: *Potestad reglamentaria y principio de legalidad...*, *op. cit.*, pp. 84-85.

(59) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Ley delegada, potestad reglamentaria y Poder Judicial*, Madrid, 1979, p. 171. En sentido semejante, RUBIO LLORENTE: *Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley*, en «Revista de Administración Pública», núms. 100-102, vol. I, enero-diciembre de 1983, p. 478, indica que el ámbito reservado a la Ley es una limitación que la Constitución impone al poder que el legislador democrático (y único) tiene para atribuir a la Administración la facultad de regular por sí materias determinadas.

no sujetas a una regulación material contenida en la Ley (60). Son, por ello, inconstitucionales.

Desde esta perspectiva, el ámbito constitucionalmente admisible de las remisiones normativas en materia penal queda limitado, en principio, al del reglamento ejecutivo y al que pudiera efectuarse mediante una remisión recepticia (61).

b) Los tipos penales en blanco que recoge el Código Penal vigente, o los Proyectos de 1980 y 1983, pueden resultar contrarios a la Constitución, desde otro punto de vista, si vulneran el principio de uniformidad de la legislación penal.

Este principio, cuya presencia ha sido constante en nuestra historia constitucional, supone la exigencia de que todos los ciudadanos estén sometidos a un mismo ordenamiento penal. Formulada de manera expresa (62), o a través del reconocimiento de una competencia legislativa estatal de carácter exclusivo en materia penal (63), esta necesidad de que todos los ciudadanos estén sometidos a unos mismos catálogos de delitos y penas en el territorio español se ha configurado tradicionalmente como una garantía constitucional de carácter esencial.

En este contexto en el que debe entenderse inmersa, desde una perspectiva penal, la declaración que realiza la vigente Constitución de 1978, en su artículo 149, 1.6.º, relativa a la competencia exclu-

(60) Llevando la hipótesis al límite, la remisión no sería contraria a la reserva de Ley, aunque se entregasen a la decisión reglamentaria regulaciones de fondo, siempre que la norma legal enunciase los criterios o principios con los que pudiera llegarse a ella. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1987, p. 270.

(61) ARROYO ZAPATERO: *Principio de legalidad y reserva de Ley*, op. cit., p. 34, expone, siguiendo a Bricola, un concepto lo suficientemente expresivo: «El reenvío a los reglamentos debe circunscribirse a aquellos casos en los que la norma penal indica ya por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer y al reglamento se le relega tan sólo la enunciación técnica detallada, y la puesta al día, de los hechos u objetos que presentan tal significado de desvalor; enunciación técnica que, además, debe ser expresión de un criterio técnico localizable ya en la norma penal de fuente legislativa».

(62) Así, la Constitución de Bayona señalaba que «las Españas y las Indias se gobernarán por un sólo Código de leyes civiles y criminales» (artículo 96); la Constitución de 1812, que «el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes» (artículo 258); la Constitución de 1837, que «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un sólo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales» (artículo 4), precepto que literalmente transcribe la Constitución de 1856 en su artículo 5; la Constitución de 1845, que «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía» (artículo 4); la Constitución de 1869, que «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes», y el Proyecto Constitucional de 1929, que «unos mismos Códigos regirán en toda la Nación, salvo las especialidades de índole civil que reconozcan las leyes».

(63) Así, el Proyecto de Constitución Federal de la República Española (tít. V, ap. 15); la Constitución de 1931 (artículo 15.1), y el vigente texto constitucional de 1978 (artículo 149, 1.6.º).

siva que el Estado ostenta sobre la legislación penal. La voluntad constitucional ha sido, pues, que sólo exista un ordenamiento penal vigente para la colectividad organizada, y, por ello, con independencia de la estructuración territorial y política que resulta de su Título VIII, y de la posibilidad de admitir doctrinalmente que las Comunidades Autónomas ostenten determinadas competencias de en esta materia (64), ninguna Comunidad ha asumido como competencia propia la ejecución del ordenamiento penal estatal. El desarrollo estatutario del sistema autonómico ha confirmado, así, la inexistencia de ámbitos normativos territoriales diferenciados del estatal en materia penal, cuya uniformidad en el territorio nacional resulta, también de esta manera, indiscutida (65).

Desde esta perspectiva, pueden resultar contrarias a la Constitución las remisiones normativas que defieran la descripción de sus distintos ilícitos típicos a reglamentos cuya configuración ya no corresponde al Estado. Por la vía indirecta de la determinación de los preceptos reglamentarios a los que se remiten los distintos tipos penales en blanco contenidos en el ordenamiento penal vigente, las Comunidades Autónomas pueden asumir un papel esencial en la incriminación de las conductas punibles (66) creando, por esa razón, figuras delictivas de ámbito aplicativo exclusivamente territorial y subestatal que carecen de cobertura constitucional (67). De esta manera, cada tipo penal que se construya con la técnica de las remisiones normativas genéricas al reglamento, y se refiera a cualquiera de las materias

---

(64) MUÑOZ MACHADO: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, Madrid, 1982, p. 624.

(65) En nada desvirtúa esta conclusión el hecho de que tanto la Comunidad Autónoma de Cataluña (artículo 11.1 de su Estatuto de Autonomía) como la del País Vasco (artículo 12.1 de su Estatuto de Autonomía) hayan asumido competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia penitenciaria, puesto que, ni por su propia naturaleza, ni por la clara distinción que realiza entre ellas el artículo 149, 1.6.º, de la Constitución, pueden confundirse en nuestro ordenamiento legislación penal y legislación penitenciaria. Cfr. BUENO ARUS: *Transferencias autonómicas en el ámbito penitenciario*, en «Poder Judicial», núm. 10, 1984, pp. 26 y ss. Cfr., igualmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988.

(66) Cfr. CASABO RUIZ: *La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas*, op. cit., pp. 242-245, y MENA ALVAREZ: *La ecología como bien jurídico...*, op. cit., p. 140.

(67) Téngase en cuenta que cada Comunidad Autónoma está estableciendo distintos requisitos y formalidades administrativas para el ejercicio de la actividad comercial (cfr., por ejemplo, la Ley catalana de 9 de febrero de 1983, de Regulación Administrativa de Determinadas Estructuras Comerciales y Ventas Especiales), para la protección de los consumidores (así, la Ley vasca de 18 de noviembre de 1981, del Estatuto del Consumidor), o sobre urbanismo (véase, entre otras, la Ley de 10 de febrero de 1984, de la Comunidad de Madrid, de Medidas de Disciplina Urbanística) o medioambiente (por ejemplo, la Ley catalana de 24 de diciembre de 1981, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas), entre otras tantas materias enunciadas en el artículo 148 de la Constitución, lo que provoca diversos contenidos territoriales de un mismo precepto penal.

que configuran las competencias recogidas en el artículo 148 de la Constitución, podrá tener una pluralidad de contenidos diversos, uno en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, de tal manera que incluso una misma conducta podría resultar punible en una de ellas, e impune en las demás, y viceversa (68).

En la actualidad, a falta de una consagración constitucional expresa de ese principio de la uniformidad de la legislación penal, este límite a la posibilidad estatal de establecer remisiones normativas para integrar los tipos penales debe hallarse, además de en la interdicción constitucional de que las Comunidades Autónomas puedan definir los tipos penales, en la igualdad garantizada en el artículo 14 del Texto Fundamental (69), y, más concretamente, en el principio de uniformidad de las condiciones de vida (70), de la misma manera que ha sucedido en Italia (71).

Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982 (sobre la Ley del Estatuto del Consumidor del País Vasco) o 16 de julio de 1985 (con referencia a la Ley catalana sobre higiene y control alimentario) han puesto de manifiesto la trascendencia constitucional de ese principio, declarando inadecuadas al Texto Fundamental aquellas disposiciones autonómicas que pudieran ser contrarias a «la garantía de la uniformidad en las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos» (72). Si, de esta manera, la unidad de

---

(68) El alcance de esta realidad es difícilmente limitable. Entre otros ejemplos que pueden proponerse con facilidad, es útil considerar que cada Comunidad está cifrando de diversa manera la valoración cinegética de las piezas de caza y especies protegidas (así, la Orden de 14 de julio de 1987, de la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Comunidad de Madrid), de tal manera que la caza de una misma pieza puede ser, *ex artículo 41 f*) de la vigente Ley de Caza, delito en unas y falta en otras Comunidades.

(69) Es conocido que en el origen de la concepción del derecho a la igualdad radica en la voluntad de que las leyes se apliquen a todos los ciudadanos, sin que ninguna circunstancia personal pueda ser causa de privilegio o excepción. Con mayor profundidad sobre la naturaleza jurídica de este derecho, véase BAÑO LEÓN: *La igualdad como derecho público subjetivo*, en «Revista de Administración Pública», 114, pp. 179 y ss., y SUAY RINCÓN: *El principio de igualdad en la Justicia constitucional*, Madrid, 1985, pp. 148 y ss.

(70) Cfr. BAÑO LEÓN: *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Madrid, 1988, especialmente lo referente a la prohibición de discriminación en razón de la vecindad, en pp. 192 y ss.

(71) Cfr., por todos, VINCIGUERRA: *Le leggi penali regionali*, Milano, 1974, *passim*. Más recientemente, NUVOLONE: *La legge di depenalizzazione*, apéndice al tercer volumen del «Trattato di diritto penale italiano» de Manzini, Torino, 1984, pp. 23 y ss., donde se detalla cómo con relación a materias penales no opera el principio de especialidad, pues «no se consiente a leyes no estatales incidir en el ámbito penal».

(72) LARUMBE BIURRUN: *Medio ambiente y Comunidad Autónoma*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 8, enero-abril de 1984, pp. 9 y ss., destaca en este sentido cómo la finalidad de la reserva constitucional de las bases de la ordenación de una materia determinada es que éstas tengan «una regulación normativa uniforme y vigencia común (...) con lo cual se asegura, en aras de los intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo».

mercado o la protección de la salud, entre otras materias, exigen normativas uniformes en todo el territorio, resulta coherente afirmar que la coexistencia de diversos contenidos de una misma norma penal, en función de las distintas Comunidades Autónomas, sin que existan razones que justifiquen objetivamente la necesidad de puniciones específicas, sería una situación contraria a la Constitución, por discriminatoria (73).

c) Finalmente, las habilitaciones genéricas que el legislador concede al Poder Ejecutivo en los tipos penales en blanco son contrarias a las exigencias constitucionales, porque vulneran el principio de proporcionalidad.

Este principio, que no figura expresamente recogido en la Norma Fundamental, constituye, sin embargo, un principio general del Derecho de los ordenamientos democráticos, y como tal desarrolla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, una evidente virtualidad en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Así, al menos, lo ha considerado el Tribunal Constitucional, que ha acogido decididamente la construcción jurisprudencial elaborada sobre el mismo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (74).

En la jurisprudencia constitucional española se exige, de esta manera, que todas las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales resulten proporcionadas a los fines perseguidos por el ordenamiento (75). Si las medidas limitativas de un derecho fundamental adoptadas resultan desproporcionadas para la defensa del bien jurídico que da origen a la restricción, ésta deviene contraria a Derecho (76).

---

(73) Téngase en cuenta que, incluso en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, sobre el que las Comunidades Autónomas han asumido —en determinadas materias— competencias normativas plenas, el Tribunal Constitucional exige que tales disposiciones sancionadoras, que han de acomodarse a las garantías constitucionales previstas en el artículo 25.1 no pueden introducir «divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio». Cfr., en este sentido, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1985 y 20 de julio de 1988.

(74) Esta jurisprudencia se ha plasmado, entre otras, en las Sentencias de 23 de julio de 1968 (*Régimen lingüístico de Bélgica*) y 27 de octubre de 1975 (*caso Sindicato Nacional de la Policía Belga*). Como ejemplo del desarrollo de este principio en Derecho comparado, cfr. STARCK: *La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Fédérale concernant les droits fondamentaux*, en «*Revue du Droit Public*», núm. 5/88, septiembre-octubre de 1988, pp. 1269-1273.

(75) Cfr., entre otras, las Sentencias de 15 de octubre de 1982, 25 de enero de 1983, 17 de julio ó 22 de diciembre de 1986. Este argumento ha sido desarrollado por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987, pp. 70 y ss., en relación con la punición de conductas presuntamente realizadas en ejercicio de la libertad de expresión.

(76) Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1982 ó 26 de noviembre de 1984. Profundizando en las consecuencias de este principio, el Arrêt del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 24 de septiembre de 1985 (*caso Man Sugar*) ha establecido una importante distinción en el alcance de las potestades sancionadoras

Si se analizan, desde esta doctrina, las normas penales en blanco que, como los artículos 339 o 343 bis del Código Penal ya citados en este trabajo, incluyen en la descripción de la conducta típica la infracción de «lo dispuesto» en los reglamentos, o la inobservancia de «las formalidades prescritas» (o cualquier otra remisión genérica similar), resulta igualmente notoria su inadecuación constitucional. En efecto, esos preceptos sancionan, no la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos esenciales para la vida de la comunidad, sino, sorprendentemente, el incumplimiento de normas administrativas, no siendo preciso —por su obviedad— fundamentar con más detalle que la punición de unas y otras conductas con el mismo instrumento sancionador estatal resulta en sí mismo contrario al principio de proporcionalidad.

Además, y en todo caso, existe aún otro argumento del que se deriva igualmente que las remisiones genéricas al reglamento en materia penal son contrarias al principio de proporcionalidad: la misma indeterminación legal de los límites de la remisión convierte en delictiva toda conducta que resulte contraria a lo dispuesto en las normas reglamentarias que regulen una determinada materia, con independencia de la entidad del deber establecido en la regla infringida, o la incidencia que éste puede tener en la protección de derechos y libertades fundamentales. En el caso del artículo 343 bis del Código Penal, por ejemplo, las penas de arresto mayor y multa pueden imponerse con el mismo fundamento normativo tanto a quien, sin exigir la oportuna receta médica, vende libremente productos sujetos a tal restricción comercial (77) como, extremando la comparación, al que expende un producto mal etiquetado (78). La evidente falta de semejanza entre ambas conductas, cuyo desvalor y reprochabilidad social son absolutamente distintos, impide entender que su idéntica punición

---

de los distintos Estados miembros. En esta decisión que parte de la idea de que, para determinar si una disposición de derecho comunitario es conforme al principio de proporcionalidad, importa verificar si los medios que ella incorpora son apropiados y necesarios para atender al fin perseguido, se señala que, cuando una reglamentación comunitaria establece una distinción entre una obligación principal, cuyo cumplimiento es necesario para atender al objetivo previsto, y una obligación secundaria, de carácter esencialmente administrativo, aquélla no puede, sin desconocer el principio de proporcionalidad, sancionar tan severamente el incumplimiento de la obligación secundaria como el de la obligación principal.

(77) La justificación material de esta exigencia puede verse en la Orden de 11 de mayo de 1977 y el Real Decreto 1.910/1984, de 26 de septiembre, ambos sobre receta médica.

(78) Al amparo de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Posiblemente, en la realidad de los hechos, conductas como ésta, de levisima trascendencia penal, quedasen impunes, ya por el principio de insignificancia, ya en consideración al bien jurídico protegido. Pero, para llegar a tal conclusión, es preciso interpretar un tipo en el que, en principio, están incluidas.

penal respete las exigencias mínimas del principio de proporcionalidad, de donde puede concluirse también la inconstitucionalidad de esta norma, así como de cuantas otras compartan con ella su misma estructura técnica.

5. Desde la perspectiva que ofrecen las consideraciones expuestas, no resulta difícil cuestionar la constitucionalidad de los tipos penales en blanco *strictu sensu*, en los que ningún límite material se impone a la norma reglamentaria para la determinación del ilícito penal. De la misma manera que ha sucedido con otras normas de este mismo ordenamiento, igualmente viciadas de inconstitucionalidad, la alerta doctrinal tiene ahora el único propósito de poner de manifiesto la necesidad de efectuar una nueva regulación de las materias actualmente protegidas a través de esta deficiente técnica normativa.

Para llevar a cabo este propósito, tal vez sea preciso superar la sensación de *horror vacui* que, ante una hipotética declaración de inconstitucionalidad, pudiera producirse entre quienes entiendan que las normas penales en blanco son el único instrumento jurídico capaz de satisfacer las necesidades de protección de determinados bienes jurídicos. Con este propósito se efectúa ahora la propuesta de una alternativa técnica a tal regulación, cuyo contenido, dual, puede condensarse en la tesis en que se sustenta: la fórmula de las remisiones genéricas de las normas penales a las administrativas es un *tertium genus* entre la punición penal y la sanción administrativa que impide a una y otra cumplir con eficacia sus propios fines protectores de bienes jurídicos.

Pocos argumentos son precisos para respaldar esta afirmación que, sin embargo, puede resultar más gráfica si se concreta en ejemplos de ambos ordenamientos. Por un lado, el hecho de que las normas penales en blanco suponen una grave distorsión de las funciones que el Estado democrático de Derecho asigna al Derecho Penal resulta evidente si se considera que, en estas figuras, la sanción penal no se dirige a reprimir la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos (que es la única justificación material del ejercicio del *ius puniendi* estatal), sino a respaldar el cumplimiento de un ordenamiento administrativo en cuyo ámbito objetivo se encuentran otros bienes jurídicos cuya protección el legislador ha considerado de menor trascendencia. Si cada tipo penal delimita con claridad el bien jurídico que protege y la agresión al mismo que reprime, el hecho de que esa lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido se haya realizado con respeto o infracción de normas administrativas tiene una relevancia secundaria, de la que no puede depender el ejercicio de la acción protectora propia del ordenamiento penal.

El artículo 347 bis del Código Penal vigente ofrece un claro ejemplo de ello. El primer párrafo de este precepto sanciona, con las penas de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas, a

quien, «contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles». En estos términos se delimita la conducta material que constituye la esencia del delito (provocar o realizar emisiones o vertidos que pongan en peligro grave la salud de las personas o perjudiquen gravemente los elementos medioambientales en él recogidos) y la sanción correspondiente. Que esa conducta se haya realizado «contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente» no sólo carece de trascendencia para definir la agresión que el legislador considera intolerable a los bienes jurídicos que quiere proteger con esa norma (salud humana y medio ambiente —cumpliendo así el mandato contenido en el artículo 45.3 de la Constitución), sino que, además, su inclusión en el tipo distorsiona gravemente la eficacia de la protección penal: resultaría intolerable que la realización de vertidos *que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones medioambientales* fuese atípica tan sólo porque su autor no hubiera contravenido ningún texto, legal o reglamentario, protector del medio ambiente.

El respeto de la legalidad medioambiental vigente es un elemento más, entre otros muchos, que el Juez penal ha de considerar a los efectos de determinar la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad del imputado, y no puede elevarse —sin merma de la eficacia de la protección penal de bienes jurídicos constitucionalizados (en este caso la salud personal y el medio ambiente: artículos 43 y 45)— a la condición de causa legal de exclusión de la antijuridicidad. Si la lesión o puesta en peligro de esos bienes jurídicos a que se refiere el artículo 347 bis del Código Penal se ha realizado *sin contravenir* normas reguladoras del medio ambiente, el Juez deberá constatar, primero, si existen o esas normas extrapenales en las que se contendría una prohibición de la conducta incriminada; segundo, en caso de que no existiese, si el sujeto agente conocía los efectos de su acción y los asumía, y tercero, en caso de que existiese una norma —legal o administrativa— que permitiese provocar vertidos que pongan *en peligro grave* la salud de las personas o *perjudiquen gravemente* el medio ambiente, cuál hubiera de ser su trascendencia (79).

---

(79) En todo caso, ante consecuencias tan graves, parece más coherente con la protección constitucional de esos bienes jurídicos que carezca de relevancia la inexistencia de norma medioambiental prohibitiva de las conductas incriminadas, pudiendo tenerla, tan sólo, aquellos preceptos que las autorizasen (y fueren alegados por la parte imputada), en cuyo caso el Juez podría efectuar en juicio de constitucionalidad sobre éstos, planteando, en su caso, la oportuna cuestión de inconstitucionalidad.

Con idéntica decisión puede defenderse que los tipos penales en blanco distorsionan el funcionamiento eficaz del ordenamiento administrativo, porque de hecho reducen considerablemente el ámbito represivo propio de ese derecho sancionador. El artículo 346 del Código Penal resulta idóneo para desentrañar esta aparente paradoja: este precepto, como es conocido, sanciona con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas al productor, distribuidor o comerciante que, por negligencia, ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o Reglamentos sobre caducidad o composición, si así pusiere en peligro la salud de los consumidores, o bien, igualmente por imprudencia, alterase, con cualquier mezcla nociva a la salud, las bebidas o comestibles destinados al consumo público, vendiese géneros corrompidos o fabricare o vendiere objetos en cuya composición se hubieran incorporado sustancias o productos en forma tal que su uso resultara nocivo para la salud.

El loable propósito que en su día guió al legislador en la elaboración de este precepto queda, sin embargo, considerablemente desnaturalizado si se observa que el mismo, por la remisión normativa que incorpora, puede ser utilizado para hacer inaplicable, en tal materia, la sanción administrativa que, en otro caso, resultaría de aplicación, sanción ésta de considerable mayor gravedad.

En efecto, el Real Decreto 1.945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia del consumidor y de la producción agroalimentaria, establece un régimen sancionador para la infracción de los requisitos que se detallan en el mismo, en el que se prevé la posibilidad de imposición de multas cuya cuantía puede alcanzar los cien millones de pesetas, límite que cabe superar, en los supuestos de infracciones muy graves, hasta un máximo del décuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción. Al tiempo, esa norma reglamentaria prevé la posibilidad de imponer otras sanciones, complementarias, de una excepcional gravedad, entre las que se cuenta el decomiso de la mercancía; la caducidad de las autorizaciones administrativas; el cierre temporal de la empresa, establecimiento o industria infractora, por un período máximo de cinco años; la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de toda clase de ayudas oficiales; la incapacitación de la empresa sancionada para ser adjudicataria de toda clase de cupos de mercancías administradas en régimen de intervención o comercio de Estado, por un período máximo de cinco años, o la inhabilitación para contratar con la Administración, total o parcialmente, durante un plazo de cinco años.

En este contexto, de hecho, la sanción penal prevista para los casos de incumplimiento de la normativa reglamentaria supone una represión incomparablemente más leve que la que ofrece, diseñando un sistema perfecto de autoprotección, el ordenamiento administrativo.

No es extraño, por ello, que los sujetos que sean susceptibles de recibir una sanción administrativa grave por la infracción de lo previsto en esa normativa reglamentaria, decidan voluntariamente quedar sujetos a la represión penal, beneficiándose así, por un lado, de la sanción, relativamente más liviana, prevista en este ordenamiento y, por otro, del ámbito de impunidad que garantiza la interdicción constitucional de la doble incriminación por un mismo hecho (80).

Estas consideraciones, extraídas de las remisiones normativas contenidas en los artículos 346 y 347 bis del Código Penal, ilustran suficientemente de la disfuncionalidad que los tipos penales en blanco pueden provocar en la tutela, penal o administrativa, de bienes jurídicos. Desde esta perspectiva resulta adecuado plantear la conveniencia de sustituir esa por tantos motivos criticable figura, por otra técnica normativa, para cuyo diseño pueden seguirse dos vías alternativas:

a) Concretar en cada uno de esos tipos los elementos que constituyen la esencia del ilícito punible.

La perfecta determinación en el tipo penal de la conducta objeto de la punición es, como ya se ha analizado, una exigencia constitucional que no puede entenderse respetada a través de deslegalizaciones materiales. De esta manera, si se estimase político-criminalmente preciso mantener la punición penal de las conductas hoy en día tipificadas a través de tipos penales en blanco (con causa en la protección de los bienes jurídicos objeto de la regulación de fondo y, por ello, distintos de la mera desobediencia al poder reglamentario) (81) podría llevarse ésta a efecto mediante tres fórmulas alternativas: la descripción de la materia de punición (con el detalle que exige la reserva de Ley en materia penal) en los preceptos correspondientes del Código penal; la elaboración de normas penales especiales para la protección de los distintos bienes jurídicos actualmente protegidos en las ya reiteradas normas penales en blanco; y la introducción en el Código de fórmulas de remisión normativa recepticia. De estas alternativas, la referente a las Leyes penales especiales es posiblemente la más indicada, toda vez que permite satisfactoriamente responder a las necesidades de constante actualización propias de aquellas conductas (punto débil de la tesis de la remisión recepticia) y su contenido puede ser tan complejo como exija la protección del bien jurídico (requisito que faltaría en la fórmula de la concreción exhaustiva de la conducta en el Código penal).

(80) Más extensamente sobre la absurda subsidiariedad del Derecho Penal con respecto al ordenamiento administrativo en esta materia, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *La protección de los consumidores en el Derecho español*, en «Estudios sobre Consumo», núm. 1, abril de 1984, pp. 60-64.

(81) Acertadamente, señala DE LA CUESTA ARZAMENDI: *La Ley alemana de reforma...*, *op. cit.*, p. 246, que sería más acertado que la técnica de los tipos penales en blanco, el establecimiento por el Derecho Penal de prohibiciones absolutas que se apoyen sobre «valores límites», independientes de disposiciones administrativas, cuya lesión o puesta en peligro, en razón de su importancia, serían sancionadas penalmente.

b) Superación de la naturaleza subsidiaria del Derecho penal: remisión al derecho administrativo sancionador.

El ordenamiento penal español está conociendo una política de amplia despenalización, derivada del reconocimiento de su carácter de *ultima ratio*. De esta manera, cuando los intereses sociales que se estima necesario proteger reciben ya la suficiente tutela, a través de medidas jurídicas sancionadoras de carácter no penal, resulta injustificada su extensión al ordenamiento penal. Consecuentemente, es lógico reclamar en este proceso la desaparición de todos aquellos preceptos que se entronquen con la denominada naturaleza subsidiaria del Derecho penal (82), en la medida, al menos, en que las infracciones de la normativa administrativa deben dar lugar tan sólo a infracciones de este tipo, máxime cuando ese ordenamiento ha acreditado suficientemente su capacidad de autorprotección. El Derecho penal está constitucionalmente llamado a más altos fines.

---

(82) Cfr. BRICOLA: *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto di tutela*, en el colectivo «Studi in memoria di G. Delitala», Milano, 1984, pp. 99 y ss.

