

Límites materiales de los *tipos penales en blanco* Una visión garantista*

Jaime Sandoval Fernández **

Resumen

Los tipos penales en blanco han sido utilizados dentro de nuestro ordenamiento jurídico en forma indiscriminada para atender cruzadas específicas contra fenómenos como el narcotráfico, el control financiero y tributario, o la corrupción en materia contractual. Su incorporación al régimen jurídico constituye una clara violación al régimen de garantías y principios fundamentales que deben regir el derecho penal por lo que se requiere la búsqueda, para esos casos, de otras técnicas que sean uniformes con el Estado de Derecho.

Palabras claves: Tipo en blanco, garantía penal.

Abstract

The white penal conducts have been used in our legal system in an indiscriminating way in order to attend the specific crusades against some phenomenon such as narcotics traffic, the financial and tributary control, or the corruption on contractual matters. Their incorporation to the legal system constitutes a clear violation to the guarantee regimen and fundamental principles that must govern penal law, and that is why a search is required, in those cases, of other techniques that can be uniform with a State subjected to law.

Key words: White penal conduct, Penal Guarantee.

Introducción

El tema de este trabajo se rige a partir de los límites materiales en una visión garantista, es decir, de cómo es posible rodear al individuo de unas garantías sólidas y efectivas frente al derecho penal, que lo resguarden, al menos en parte, de la

intromisión arbitraria de ese poder punitivo.

Desde las enseñanzas de la criminología crítica, y en particular del profesor Baratta, nos propusimos defender la denominada política criminal alternativa con aspiraciones de reducir el ámbito del derecho penal. Descriminalizar comportamientos que no reunían las exigencias del derecho penal, de *ultima ratio* y fragmentario, de su necesidad, la utilización de los principios fundamentales del derecho

* Ponencia presentada a las «XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal». Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 26-27-28 de agosto de 1998.

** Profesor de Derecho Penal en la Universidad del Norte (Barranquilla).

penal, etc., constituían la primera franja de lo que había por reformar.

Pero, a su vez, las conductas socialmente negativas, aquellos comportamientos vulneradores de la convivencia social y de los bienes jurídicos más importantes, el delito de cuello blanco, los atentados contra bienes jurídicos colectivos, la lucha contra la corrupción, ocupaban el otro sector de la política criminal destinada a la criminalización.

La duda siempre fue la misma. ¿Podría ese derecho penal malvado recomponer su destino desde el otro lado?

Además, los inconvenientes iniciales se acrecentaron cuando esa nueva criminalización topó con supuestos establecidos en el derecho penal: Los criterios sobre la persona jurídica, la culpabilidad y en general los principios fundamentales del derecho penal.

Al lado de ese derecho penal «mínimo», el ordenamiento jurídico penal en nuestros países prosiguió su rumbo impasible, reafirmandose cada vez más como derecho penal máximo. A su manera, fue absorbiendo poco a poco los anhelos criminalizadores, reforzándolos y desdennando los descriminalizadores.

Una de las instituciones que pasó rauda desde las antigüedades del derecho hasta los nuevos usos alternativos fue la de los tipos en blanco.

Si se averigua a propósito de qué temáticas se volvieron a poner de moda como «modelos de la mejor descripción típica», ello fue en razón de los bienes jurídicos colectivos, y en especial del medio ambiente. La doctrina española así lo demuestra. No creemos que iguales bríos hubiesen tenido sus defensores demócratas si se hubiera tratado de los otros bienes jurídicos tradicionales; quizás allí el discurso hubiera cambiado sustancialmente.

Pero en nuestro ordenamiento jurídico acogieron los tipos en blanco no como se quería, sino que siguieron utilizándolos indistintamente y cuando lo deseaban. Se hallan en las cruzadas contra el narcotráfico, financieras, tributarias, contractuales, etc. Conviene entonces reexaminarlos, y en particular insistir en el sistema de garantías para el derecho penal, límite que debería guardarse, cualquiera que sea la perspectiva que nos guíe: criminalizadora o descriminalizadora, pues, de lo contrario, desde los dos lados seguiremos alimentando al derecho penal de la arbitrariedad. Ese examen es el que nos proponemos en este trabajo.

A. Los tipos penales en blanco

1. ORIGEN DEL CONCEPTO

Coincide la doctrina en considerar que el origen de esta denominación se encuentra en Binding (así, por ejemplo, entre otros, Jiménez de Asúa, p. 348; Reyes Echandía, 1997,

p. 124; Velásquez, p. 108; García Pablos, p. 174). Estima Jiménez de Asúa (p. 348-349) que el autor alemán la utilizó para denominar aquellas leyes penales en que la sanción está determinada, pero el precepto a que se asocia no está formulado más que como prohibición genérica, que deberá ser definido por un reglamento, orden de autoridad, incluso por una ley presente o futura.

Reyes Echandía (1997, p. 124-125) enuncia las características que tenía la figura para Binding: a) La prohibición cuya transgresión se castiga proviene de la autoridad policíaca de un Estado o lugar o de otra autoridad o de la legislación local. b) El derecho local decide a qué autoridad compete la sanción de la norma. c) Esa disposición prohibitiva puede sólo producirse después de la ley penal. d) Depende del arbitrio de la autoridad correspondiente.

Velásquez (p. 108), por su parte, comenta que el concepto fue introducido por Binding, para explicar la delegación que hacía la ley del imperio en los estados o municipios, los cuales, como órganos de inferior categoría, podían complementarla; era, pues, un problema de competencia.

Concluye también la doctrina en considerar a Mezger como el autor que ensanchó la concepción de tipos penales en blanco. Dice Jiménez de Asúa (p. 349) que este autor admite tres formas: 1. El complemento se

halla en la misma ley; 2. Se encuentra en otras leyes, pero emanada de la misma instancia legislativa; 3. Está contenida en otra norma procedente de otra instancia legislativa, «estas últimas son para Mezger las leyes penales en blanco en sentido estricto» (véase también sobre este tema a Velásquez (p. 108), Quintero Olivares (p. 22), Mir Puig (p. 33).

2. LAS OPINIONES CONTEMPORÁNEAS EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Si se examina la doctrina española en las dos últimas décadas, en particular los autores que analizan los distintos grupos de opinión al respecto (véase, entre otros, a Muñoz Conde (p. 18); García Pablos (p. 178); Morillas Cueva (p. 64); Colas Turegano (p. 214); Mir Puig (p. 34), se puede decir que la discusión se centra en dos aspectos básicos: La norma en blanco es aquella que remite el complemento del supuesto de hecho a la misma ley penal o a otros ordenamientos legales, y su remisión debe hacerse a normas de igual jerarquía legal o a normas de inferior jerarquía.

Sobre el primer aspecto, la doctrina mayoritaria estima que el supuesto de hecho se consigna en una norma no penal (Mir Puig, p. 34). Así, por ejemplo, Muñoz Conde y García Arán (p. 35 o 103) dicen que es aquella cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal (cfr. Muñoz

Conde, p. 18); también, Rodríguez Mourullo (p. 194); García Pablos (p. 179), Morillas Cueva (p. 65-66); Quintero Olivares (p. 22); Berdugo y Arroyo (p. 22); Mir Puig (p. 34). Muñoz Conde (p. 18) considera que la definición de la doctrina mayoritaria parecería demasiado estricta si se estima también como norma en blanco aquélla en la que el supuesto de hecho viene dado en otro precepto de la misma ley penal. Observa que se ampliaría en exceso el concepto y sería imposible diferenciarle de las normas penales incompletas, así como de las completas, en que el supuesto de hecho y consecuencia jurídica vienen consignados en artículos distintos del Código (en igual sentido, Morillas Cueva, p. 65; Mir Puig, p. 34).

Quintero Olivares (p. 22) estima que un código por naturaleza constituye una sola expresión normativa, y no tolera consideraciones limitadas a una sola parte de él. Lo importante es que delito y pena se encuentren en la misma ley penal. Termina diciendo que en estos casos a lo sumo podría decirse que hay una «impropia ley penal en blanco».

La doctrina mayoritaria identifica como representante de la concepción del complemento del supuesto de hecho por la misma ley penal a Rodríguez Devesa. También podría ubicarse allí a Landecho Velasco (p. 134): «*Esta puede remitir a otro precepto de la misma ley penal, a otra ley no penal o disposición de rango inferior*».

Sobre el segundo aspecto hay quienes opinan que el tipo en blanco sólo comprende la remisión para consignar el supuesto de hecho en una norma de inferior jerarquía a la ley, ante autoridad de categoría inferior al legislador. Así, por ejemplo, Casabo Ruiz (p. 253): las leyes penales en blanco «*exigen acudir a normas de rango inferior para la determinación del ámbito de su precepto*» (videre Mestre Delgado, p. 507). Por el contrario, otros autores consideran que conceptualmente la remisión comprendería normas de igual o menor jerarquía legal (así: Jiménez de Asúa, p. 350-351; Antón Oneca, p. 108; Muñoz Conde, p. 19; Mir Puig, p. 34; Bustos, p. 74; Blanco Lozano, p. 145; Mir Puig, p. 35 estiman esta misma concepción mayoritaria en Alemania).

Entre las opiniones de estos últimos autores destacamos las siguientes: Muñoz Conde (p. 19) arguye que si existe alguna razón para que el legislador no consigne el supuesto de hecho de una norma penal dentro de ella misma, es porque la conducta que constituye el supuesto está estrechamente relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico de finalidad y alcance diferentes a lo penal, por lo que resulta secundario si esa remisión se hace mediante ley o norma de inferior jerarquía.

Mir Puig (p. 34) anota que esta concepción volvería al punto de partida histórico del concepto y que existen otros aspectos que harían

preferible un criterio más amplio, a efectos del tratamiento del error y la retroactividad de la ley más favorable. Conforme con esta visión, Bustos (p. 74) admite no sólo normas de menor jerarquía sino también del mismo rango (ley), pero que no tengan la calidad exigida por la Constitución para esta materia.

En conclusión, la doctrina española mayoritaria se inclina a pensar que el tipo en blanco es aquel cuyo supuesto de hecho se complementa o consigna en una norma no penal, ya sea de jerarquía igual o inferior a la ley.

3. LAS OPINIONES DE LA DOCTRINA EN COLOMBIA

El debate entre nosotros ha sido menos candente y abundante, y se ha limitado en particular al primer aspecto: la remisión del supuesto de hecho a otra norma de la misma ley penal o en disposición extrapenal.

Reyes Echandía (1986, p. 161; 1997, p. 124) consideró que los tipos penales son: «[...] aquellos cuya conducta no está íntegramente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla»: Todos ellos contienen ingredientes normativos de carácter jurídico (en igual sentido, Páez Polo, p. 185; Pérez Pinzón, p. 173-294). Por el contrario, Fernández Carrasquilla (1986, p. 71) opina que en el tipo en blanco regularmente hay una reconducción total o parcial

del precepto a disposiciones extrapenales que no siempre son leyes formales, sino reglamentos administrativos o similares. Y Velásquez (p. 108) conceptúa que la norma penal en blanco es «aquella cuyo supuesto de hecho aparece consignado o complementado total o parcialmente, en una norma de carácter no penal».

Nos mostramos partidarios de esta última noción, pues consideramos válidas las observaciones que se hacen desde la doctrina española al criterio extensivo que integra el tipo en blanco aun con otras normas del mismo ordenamiento penal. Para efectos prácticos de este trabajo, los problemas habidos en la misma ley penal se resuelven con los parámetros de aquella, sin mayores dificultades. Los inconvenientes comienzan con la remisión fuera de la ley penal; he allí donde habría que colocar el límite del tipo en blanco.

Entre nosotros no existe resistencia alguna para entender en el concepto remisiones normativas de menos o igual jerarquía a la ley (Reyes Echandía, 1997, p. 125; Velásquez, p. 108; Pérez Pinzón, p. 174).

El profesor Reyes Echandía (p. 274 o 275 y 278) hizo también mención a la problemática de los paratipos penales, cuya similitud o identidad con los tipos en blanco merece analizarse, más aún cuando continúan utilizándose con frecuencia en nuestro ordenamiento jurídico. Decía el maestro que los paratipos se

encuentran diseminados en códigos diversos al penal, como el de Procedimiento Penal o de Comercio, o en leyes especiales que se ocupan de materias diferentes a la punitiva.

Se trata de una descripción casuística hecha por el legislador que se encuentra asimilada o referida a un tipo penal. Considera que de todas maneras deberá aclararse si la conducta real se adecúa o no al tipo, porque en algunos casos el paratipo no reúne todas las exigencias del tipo respectivo, es decir, la adecuación debe hacerse en el tipo al cual se asimila o refiere. Si la conducta concreta no reúne la exigencia del tipo habrá atipicidad, no obstante que el paratipo haga esa asimilación.

Se refiere también a los casos en que el paratipo no solamente describe conductas que no encuadran en el tipo asimilado, sino que la referencia punitiva no establece con precisión el tipo a que se refiere. Aquí habría un desconocimiento al principio de la tipicidad.

Al final dirá que en todos los casos de paratipicidad cobra importancia el principio contenido en el artículo 3° del Código Penal y debe mantenerse incólume que no hay delito sin tipicidad.

En la doctrina española, Muñoz Conde (p. 125) ha llamado la atención también sobre esta «técnica legislativa», que el autor caracteriza en estrecha conexión con los problemas

de la norma penal en blanco, «*normas extrapenales que consideran delictivos supuestos de hecho cuya subsunción en una norma penal es por lo menos dudosa*». Concluye que el penalista no está sujeto a una previa calificación extrapenal en la interpretación de la norma penal, sino que su punto de partida será la norma penal y su finalidad político-criminal; por tanto, su planteamiento es similar, desde otra legislación, con el de Reyes.

4. SÍNTESIS

Con la doctrina dominante concluimos que el tipo penal en blanco es aquel cuyo supuesto de hecho se integra por remisión que hace la ley penal a otra norma extrapenal (sobre los caracteres que debe reunir la norma en blanco nos ocuparemos en el curso de la exposición).

Los llamados paratipos penales tienen como particularidad provenir de ordenamientos distintos al penal (comercial, laboral, tributario...), pero que regulan la materia penal mediante normas que se refieren o asimilan a tipos penales. No son exactamente tipos penales en blanco pero, dada su «estrecha conexión», merecen ser estudiados conjuntamente.

A. Los problemas del tipo en blanco. *Las garantías del derecho penal*

Desde la noción de tipo en blanco que establece la remisión de éste a

otro ordenamiento distinto al penal e incluso a normas de menor jerarquía, se origina una serie de interrogantes sobre su compatibilidad con los postulados de la sociedad democrática, en especial con principios básicos orientados del derecho penal garantista.

El ordenamiento jurídico penal debe comprender un sistema de garantías que operen frente al Estado como límite infranqueable, es decir, la pena sólo es posible si se respetan estas garantías, que harán parte de las reglas de juego imprescindibles al interior de la sociedad democrática. Conforme al cometido, lo que sigue es comprobar el rendimiento de los tipos en blanco dentro del sistema de garantías, si es que lo tienen, labor que empezaremos inmediateamente.

Los mayores cuestionamientos recaen sobre las remisiones de los tipos a normas de menor jerarquía o a las autoridades distintas al legislador. Por tal motivo trataremos primero estos tipos en blanco, y nos referiremos después a los reenvíos de igual jerarquía y autoridad.

- I. Tipo en blanco y remisión a normas de menor jerarquía: la pugna con el principio de legalidad y sus garantías
- a) Las razones y justificaciones de estas remisiones

La doctrina ha dado distintas expli-

caciones para justificar la existencia de los tipos en blanco.

Colas Turegano (p. 217) expresa que algunos autores entienden que es la única vía para penalizar ataques a bienes jurídicos sometidos a frecuentes variaciones por las más diversas causas. Así, por ejemplo, Morillas Cueva (p. 66) señala como función de la norma en blanco impedir el anquilosamiento del derecho penal en determinados aspectos, superado por la rapidez y frecuencia de los cambios sociales. Casabo (p. 260) explica que la ley penal caería en el casuismo y por la variedad no se podría prescindir de ella. Terradillos (p. 90), refiriéndose al medio ambiente, estima que la complejidad de la materia, y sobre todo su dinamismo aconsejan la remisión del Código Penal a leyes y reglamentos, técnica inevitable. Bustos (p. 75) habla de materias inabarcables por el derecho penal en las que resultan indispensables las remisiones. Así también Landecho (p. 134) considera imposible introducir las en el Código Penal, necesidad ineludible. García Pablos (p. 177) se refiere a la actividad legiferante continua, materia estrechamente vinculada a sectores muy dinámicos, distintos del derecho penal (sanidad, orden económico, etc.). García Rivas (p. 71) «imprescindibles» en bienes jurídicos colectivos, salud pública, medio ambiente, economía. Morales (p. 25) estima que esta técnica es necesaria en bienes jurídicos de nuevo cuño, medio ambiente, urbanismo, funciona-

miento financiero y societario, como mecanismo de integración. Muñoz Conde (p. 19) ha dicho que si existe alguna razón para la existencia de esta remisión es porque la conducta que constituye el supuesto de hecho está estrechamente relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico de finalidad y alcance distinto al penal.

En la doctrina colombiana, el profesor Meza Velásquez (cfr. Reyes Echandía, 1997, p. 127) también acude a la «variabilidad» de las circunstancias como razón de los tipos en blanco en materia contravenacional. Velásquez (p. 109), por su parte, expone que son muy comunes en la regulación de las actividades riesgosas para la sanidad del país, el orden social, etc., campos en que «la actividad legislativa es incesante».

No obstante los anteriores criterios justificantes, de todas maneras todavía quedan sin resolver algunos interrogantes: si realmente esta técnica es la única vía de solución, ¿resulta compatible con el sistema de garantías? Y si no lo fuera, ¿el efectivismo invocado primaría sobre los límites garantistas? ¿Es la única vía o existen salidas alternas dentro o fuera del derecho penal?

Estos interrogantes se seguirán tratando en el curso de la exposición, pero no obvia decir, mientras tanto, que no podremos encontrar la respuesta a la conveniencia o inconve-

nencia político-criminal de su utilización actual en explicaciones ontológicas o referidas al origen histórico de la técnica, como si ese fuese su destino eterno, o en el apego de las construcciones dogmáticas.

Los criterios político-criminales, y en especial el análisis de nuestra propia realidad política, social y jurídica, son el mejor camino para hallar la solución más conveniente a nuestros problemas, todo ello con miras a construir la sociedad democrática participativa que propugna nuestra Constitución.

El principio de legalidad y las garantías como límites materiales al poder punitivo

No haremos en esta exposición un estudio pormenorizado de este principio (para tal fin, véase a Jiménez de Asúa, p. 334; Antón Oneca, p. 107; Bustos, p. 59-70; Mir Puig, p. 75; Muñoz Conde y García Arán, p. 89; Berdugo y Arroyo, p. 45), sino que nos concretaremos a los aspectos centrales que se estiman vulnerados por la técnica legislativa examinada.

El principio de legalidad se ha considerado como el principal límite que impone el Estado de derecho a la imposición de penas, y de él se derivan garantías fundamentales para los ciudadanos, algunas de las cuales parecerían afectadas por la utilización de los tipos en blanco.

1) El principio de reserva legal

a) Delimitación

El principio de legalidad entraña, a su vez, al principio de reserva absoluta, según el cual, la materia penal sólo puede regularse privativamente por la ley, expedida por el órgano que le corresponde hacerlo constitucionalmente –el legislativo–, y en España aún más, pues si limita derechos fundamentales deberá regularse por ley orgánica.

Al respecto dicen Muñoz Conde y García Arán (p. 93-95) que en el esquema de división de poderes, la reserva de ley establece la potestad de definir delitos y penas en el poder legislativo: las Cortes Generales, como representantes de la voluntad popular (Jiménez de Asúa. En España, conforme al art. 51 de la Constitución de la República de 1932, «[...] la potestad legislativa reside en el pueblo, que la ejerce por medio de las Cortes o Congreso de los diputados», p. 334).

La legitimación –continúan los autores citados– exclusivamente atribuida al legislativo para decidir qué conductas debe perseguir el Estado, para proteger los intereses que la sociedad considera más importantes en la convivencia, para aplicar el instrumento más grave de que dispone, la pena, en la búsqueda del mayor consenso posible, resulta favorecida por la exigencia de la mayoría calificada propia de las leyes

orgánicas (conforme, Mestre, p. 510: «*Garantizando la intervención institucionalizada de fuerzas políticas ni minoritarias*»).

En la misma línea de opinión, Berdugo y Arroyo (p. 45-46) se refieren al subprincipio de reserva absoluta de ley –monopolio del Parlamento– para definir las conductas constitutivas de delito e imponer penas: «*Con exclusión de otras disposiciones legales de inferior rango[...]*». Seguidamente, al referirse al triple fundamento del principio de legalidad, señalan que el primero y principal es el democrático representativo. «*En el pensamiento moderno esa facultad comprende en exclusiva a la ley como expresión democrática-representativa de la voluntad general y de la separación de poderes consustancial al Estado de derecho, y en España se concreta en la Ley de Cortes*».

En igual forma se manifiesta Mir Puig (p. 75-77), para quien el sentido actual del principio de legalidad se derivó en principio de la teoría del contrato social, que suponía una organización política basada en una división de poderes, donde la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Según este autor, el principio de legalidad implica no sólo seguridad jurídica sino, además, garantía política de que al ciudadano no lo afecten «Penas que no admita el pueblo»; la garantía criminal exige entonces que el delito se determine por ley. Quedarían excluidas como fuentes

en esta materia las normas reglamentarias emanadas del poder ejecutivo (en esta misma línea de opinión, Mestre, p. 510).

En Colombia, Fernández Carrasquilla (1986, p. 19) manifiesta que lo ideal y correcto es que tal competencia privativa se refiere a la ley en sentido formal, pues esto da al pueblo, por medio de la democracia representativa y de los legisladores colegiados, una cierta participación en esta tarea. Según Pérez Pinzón (p. 284) sólo el legislador ordinario tiene la facultad de crear delitos y penas.

b) ¿La remisión a normas de menor jerarquía vulnera el principio de reserva legal?

b1) Examen de la doctrina

La doctrina mayoritaria considera que los tipos en blanco cuya remisión se hace a normas de menor jerarquía vulneran el principio de reserva legal.

Muñoz Conde (p. 20) había dicho que la norma penal en blanco supone muchas veces una infracción al principio de legalidad y del de división de poderes estatales al permitir que el delito pueda ser determinado por una autoridad que constitucionalmente no está legitimada para ello.

Colas Turegano (p. 215) concluye que la vulneración se produce en todo recurso a la normativa inferior;

se abandona la regulación de la materia penal al ejecutivo.

Berdugo y Arroyo (p. 50) estiman que las leyes penales en blanco que remiten a normas de rango inferior a ley afectan el mandato de la reserva de ley, «*Por delegar en instancias administrativas parte de la tarea*» (De igual manera, en medio ambiente, Berdugo y Arroyo, p. 49). Estiman estos autores (p. 22) que tales normas son una vía de expansión del poder ejecutivo para eludir el control parlamentario y la división de poderes.

Cobo y Vives (p. 325) expresan que en definitiva es el ejecutivo quien la fija y concreta, con lo cual peligrará así el principio de legalidad, y en todo caso se rompe el principio de división de poderes.

Así también Morillos Cueva (p. 66): «*Constitucionalmente no están legitimadas*»; De Vega Ruiz (p. 30), por su parte, las tilda de «*inadmisibles*»; para Quintero Olivares (p. 23): «*Se mengua el poder en principio exclusivo que tiene el legislador para producir leyes penales*»; les hace una «*seria censura*» y las excluye como complementos de tipos penales.

Mestre (p. 512), no obstante aceptar que se ha provocado una cierta indeterminación de los límites de la reserva penal, sostiene que en estos casos la intervención de la administración no se debe a la fuerza expansiva del ejecutivo en detrimento del legislativo, sino a la autorización que

éste le da, en ejercicio de la soberanía popular.

En Colombia, Pérez Pinzón (p. 294) considera que, dado su origen eminentemente político y la eventual violación al principio de legalidad, los tipos penales en blanco sólo es posible aplicarlos cuando cumplan unos requisitos, y allí excluye los que remiten a normas de menor jerarquía. Más adelante estima que la remisión a normatividad inferior viola el principio de legalidad, y por ello son inaplicables. Así también Velásquez (p. 109), quien estima que este mecanismo implica infracción a los principios de legalidad y separación de poderes, lo cual contraviene la Constitución (p. 109).

Parte de la doctrina considera que estas normas «pueden» infringir el principio de reserva. Así Muñoz Conde y García Arán (p. 103), cuando dicen que parte de la definición de la conducta se contiene en una disposición que complementando a la ley penal, no ha sido dictada por el poder legislativo, con lo que se podría infringir la reserva de ley.

Ese «puede» al que se refiere este autor, sin embargo, no resulta del todo armónico con quien sostiene que la reserva de ley no es algo formal, sino que es el legislador quien proporciona la seguridad jurídica contenida en la garantía material. Lo lógico hubiera sido decir, como ya había dicho antes, que la remisión a normas de menor jerar-

quía no es que «puede» sino que infringe el principio de reserva. Esto se confirma cuando Muñoz Conde y García Arán (p. 103-105) comentan la teoría del núcleo esencial de la prohibición, y expresan que de todas maneras *«la definición de ciertos elementos del delito queda en manos de la administración»*.

Bustos (p. 74-75) estima en principio que *«violarían la reserva de ley en materia penal»*, en éstos podría aparecer una contradicción con el principio de legalidad, ya que el legislador está haciendo dejación de una potestad que le corresponde en forma exclusiva según la Constitución. Pero seguidamente expresa que el problema es de límites, es decir, de cuando esta técnica pueda producir arbitrariedad, y a la vez de la necesidad de eficacia de ciertas leyes en razón de su materia. Para ello respalda la teoría del núcleo esencial en el tipo, y concluye que así no aparecerían como contradictorias con la constitucionalidad de la ley. Finalmente, Bustos considera (p. 74-75) que se podía colocar otro límite a las leyes penales en blanco, consistente en que, cuando la materia es propia de ley orgánica, no fuera posible la remisión, porque en este caso tanto la materia como la Constitución exigen el máximo de garantías al ciudadano, y por lo tanto no es necesario ni admisible flexibilidad alguna.

En Colombia, Reyes Echandía (1997, p. 125) da la razón al profesor

Núñez cuando advierte que se produce una suerte de delegación susceptible de violar el principio de legalidad penal. Otros autores se muestran en alerta ante los riesgos que corre el principio de legalidad. Así Cantarero (p. 75), quien expresa que estas normas hacen temer por la salvaguardia del principio de legalidad. También Landecho (p. 134), cuando dice que se concede a la administración un poder difícilmente conciliable con el entendimiento estricto del principio de legalidad, con el cual presenta una seria dificultad.

La doctrina minoritaria no cree que estas normas violen el principio de legalidad. Terradillos (p. 91) expresa que el inevitable reenvío a normas de rango inferior no tiene por qué suponer merma al principio de legalidad. Lo decisivo, según este autor, es que el reenvío respete el principio de legalidad, en su faceta formal relativa al rango necesario de las normas sancionadoras como en lo material.

b2) Síntesis y comentarios

La doctrina mayoritaria estima que los tipos en blanco cuando remiten a normas de menor jerarquía violan la garantía absoluta de reserva de ley y, por consiguiente, el principio de legalidad que la contiene. Otros autores consideran que estos tipos podrían afectar la garantía, que estaría en riesgo o le ocasionaría dificultades. Es decir, para casi toda la doc-

trina está claro que la utilización de esta técnica lesiona o pone en riesgo la garantía de reserva legal. Finalmente, la minoría no cree que vulnere el principio de legalidad.

No hay que hacer mayor esfuerzo para llegar a la conclusión mayoritaria, pues si la concepción democrática representativa entrega al poder legislativo, como representante del pueblo, la función de hacer la ley penal, esta garantía se quiebra cuando órganos diferentes o disposiciones normativas de inferior jerarquía a la ley regulan en todo o en parte la materia penal (véase, en consonancia, art. 3º; tít. VI, art. 133; cap. 3, art. 150, Const. Pol. col.).

La Constitución colombiana también faculta al ejecutivo en hipótesis concretas y taxativas para que expida normas de efectos transitorios mediante las cuales se pueda regular la materia penal, aunque con limitaciones (arts. 213-214; ley 137 de 1994, art. 44). Por supuesto, aquí se recorta el principio de reserva absoluta. En estos casos se entendería vulnerada la reserva cuando el ejecutivo legisla por fuera de esas hipótesis taxativas, como es el caso de las remisiones a normas de menor jerarquía, delegación «permanente» no autorizada por la Constitución.

Otra cosa es que a pesar de reconocerse la vulneración al principio de legalidad, ello se sopesa con la supuesta efectividad de estas normas en la materia que rigen, lo que a

su vez conlleva el intento por hacerlas compatibles o paliarle los efectos negativos por la mengua de los principios. Ello parece ser el norte de parte de la doctrina y jurisprudencia proclive a esta técnica.

En cuanto a lo argüido por Mestre, en el sentido de que en estos casos la intervención de la administración en la configuración de tipos no se debe a la fuerza expansiva del ejecutivo en detrimento del legislativo, sino en la autorización que éste le da en ejercicio de la soberanía popular, conviene hacer unas acotaciones.

En nuestro país, la historia de la expansión e intromisión del ejecutivo en el ámbito de la reserva absoluta de la ley penal contó con la anuencia del Congreso, el cual por lo general autorizaba o delegaba en el gobierno la expedición de códigos. Por consiguiente, el autoritarismo pasó por la usurpación y entrega de la facultad de hacer leyes, procederes confluyentes, no excluyentes, pues la garantía se quiebra de todas maneras si el ejecutivo se toma la facultad o si se la entregan.

Con relación al criterio de Bustos, creemos que se refuerza la reserva absoluta con la exigencia de ley orgánica, aunque sería mucho mejor que este tratamiento se expandiera a toda la materia penal, por cuanto de todos modos ésta afecta derechos fundamentales. Pero de igual manera, no hay por qué entender que la reserva

de ley ordinaria encarna flexibilidad en el principio, sino exigencias diferentes, pero al fin y al cabo reserva absoluta.

Por último, no vemos cómo pueda sustentarse que las remisiones a normas de menor jerarquía no vulneren el principio de legalidad, y que lo decisivo sea que el envío respete el principio en su faceta formal relativa al rango necesario de las normas sancionadoras, como en lo material, pues, como ya se dijo, se regula la materia penal omitiendo la representación popular que elige al Parlamento para hacer la ley. He ahí la vulneración a la garantía política, a la división de poderes.

2) *El principio de determinación*

a) *Delimitación*

El principio de legalidad también comprende el de taxatividad, según el cual la ley en materia penal debe determinar el supuesto de hecho y la pena de manera clara y precisa, que no haya duda acerca de la materia prohibida.

Muñoz Conde y García Arán expresan que la garantía de reserva de ley no es una exigencia formalista, sino que se relaciona con el contenido material del principio de legalidad. Para que la ley cumpla con la función de señalar las conductas punibles debe hacerlo claramente.

«Este contenido de seguridad jurídica

—la garantía material— es el que monopoliza el legislador mediante la reserva de ley». Por mucho que un reglamento administrativo puede definir conductas con «exquisita precisión», el principio de legalidad exige que lo haga el legislador, porque la representación popular lo legitima para ello. «Si órganos no legislativos definen delitos, no se quebrantaría solamente la garantía formal, sino también la material».

Así también Berdugo y Arroyo (p. 49): La reivindicación ante el Antiguo Régimen no se limitaba a reclamar el poder penal para el legislativo que encarnase la voluntad popular, sino que frente a ese legislador las leyes penales fueran claras y precisas. Integran esta posición, además: Colas Turegano (p. 215): Sólo la ley debe establecer delitos y pena, supone la salvaguardia al principio de seguridad jurídica, taxatividad; García Rivas (p. 73 y 74): El principio de taxatividad comprende la garantía de legitimación y garantía de seguridad. Remarca la división de poderes propia del Estado de derecho; Mir Puig (p. 78): El mandato de determinación exige que la ley determine la conducta punible. En la doctrina colombiana, Fernández Carrasquilla (1989, p. 19 a 27), para quien esta función de describir el injusto penal con claridad y precisión, principio de determinación, es función que se le asigna privativamente a la ley, «que debería ser sólo la ley formal».

b) ¿La remisión a normas de menor jerarquía viola el principio de taxatividad?

b1) Examen de la doctrina

La doctrina mayoritaria admite que los tipos en blanco remisorios a normas de menor jerarquía violan el principio de determinación. Muñoz Conde (p. 20), por ejemplo, llama la atención sobre las dificultades para el penalista en esta clase de remisiones, porque se traslada hacia ámbitos jurídicos que le son desconocidos o que no conoce tan bien, y porque el distinto alcance y contenido de la norma penal respecto a las demás normas produce discordancia que no ayuda a la certeza y seguridad jurídicas. Así también Blanco Lozano (p. 149), cuando habla de la prolijidad y dispersidad que hace imposible conocer con exactitud; falta de claridad (p. 149). Y en Colombia, Velásquez (p. 109).

Vale la pena resaltar que Muñoz Conde (p. 103) no comparte el planteamiento de quienes estiman que los tipos en blanco en las remisiones de menor jerarquía pueden proporcionar mayor seguridad jurídica al concretarse la conducta en el reglamento, por cuanto considera que la reserva legal no es solamente garantía formal, sino que el legislador es quien debe proporcionar la seguridad jurídica contenida en la garantía material.

Polaino (p. 878), por su parte,

expresa que «*estos reenvíos contienen una grave inobservancia de las exigencias de seguridad y certeza*» jurídicas. Así también Quintero Olivares (p. 23), quien al referirse a la seguridad jurídica manifiesta que el contenido de la ley penal puede variar por la sola voluntad de la Administración, por lo que se modifica de facto el tipo penal.

En la doctrina colombiana, Pérez Pinzón (p. 294) dice que «*viola el principio de tipicidad*» (así también Ibáñez, p. 332).

Otros autores estiman que estas normas pueden vulnerar el principio de determinación. Así, en este sentido, Arroyo y Berdugo (p. 50) sostienen que «*Pueden afectar el mandato de determinación*»; y Morillas Cuevas (p. 66) y Cantarero (p. 75) creen que tales normas hacen temer por la certeza y seguridad jurídicas (p. 75).

En la doctrina colombiana, Reyes Echandía (1986, p. 161) expone que en la elaboración de esos tipos se ha de tener mucho cuidado, porque se corre el riesgo de que su norma integrada, generalmente proveniente del ejecutivo, no tenga suficiente claridad o de que sea modificada frecuentemente, con eventual violación del principio de tipicidad.

En España, como ya dijimos, Terradillos (p. 91) sostiene que estas normas no tienen por qué suponer una merma al principio de legalidad y, por el contrario, es la técnica más

adecuada para conseguir una mejor definición de lo prohibido.

b2) *Síntesis y comentarios*

Como síntesis se puede afirmar que la doctrina mayoritaria conviene en que los tipos en blanco cuando remiten a normas de menor jerarquía vulneran el principio de determinación, y otro sector cree que tales remisiones pueden vulnerar ese principio. Por consiguiente, la casi totalidad de la doctrina es consciente de la lesión y riesgo a que se somete la garantía de taxatividad.

Si se entiende que la garantía formal –principio de reserva absoluta de ley– rige en la delimitación de la materia penal, de tal manera que sólo el legislativo puede crear delitos y penas, desde un concepto democrático representativo corresponde a la ley, al legislativo, garantizar esa seguridad o certeza, y describir de manera inequívoca la materia prohibida.

Creemos entonces que cuando el ejecutivo, directamente o por delegación, incluyendo aquí las remisiones de los tipos en blanco, regula la materia penal en todo o en parte, se entromete en funciones que no le corresponden, y no sólo viola la garantía formal de la reserva absoluta sino también la garantía material de la determinación, asignada en la democracia representativa al legislativo.

En nuestro país, la vía excepcional de la delegación existe para situaciones transitorias, limitadas en el tiempo, no para hacer, reformar códigos o expedir la normatividad ordinaria, después de las cuales se recobra la legislación ordinaria. Por fuera de esa eventualidad no se puede regular la materia penal por el ejecutivo. La vía de remisión permanente al ejecutivo, propia del tipo en blanco, no cuadra con nuestra disposición constitucional, y vulnera el principio de reserva y el de taxatividad.

No se olvide que en la elaboración de la Constitución de 1991 se tuvo mucha preocupación por establecerle límites al ejecutivo en materia legislativa, pues en la práctica durante muchos años se había constituido en legislador de facto. Acudir a la representación popular no es sólo el apego al origen histórico del principio, sino la garantía política para restablecer el concepto de la división de poderes, destrozado en un largo período de autoritarismo desbordado. Así mismo, en el Congreso, la revocatoria y demás reformas buscaron que éste asumiera su papel, extraviado en los conciliábulos con el ejecutivo.

El principio de legalidad y sus garantías de reserva y determinación no son sólo importantes instrumentos a los límites de intromisión punitiva del Estado, sino también un instrumento fundamental en el proceso de transformación democrática y el fortalecimiento de instituciones

básicas como el de la representación democrática.

3) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en España y la Corte Constitucional en Colombia*

a) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*

En tratándose de la reserva de ley orgánica, la STC 140, 11 de noviembre de 1986, establece que las normas penales «[...] son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la Constitución española, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener el carácter de leyes orgánicas». Por consiguiente, la imposición de una pena de privación de libertad en una norma que no tuviere el carácter de ley orgánica, vulnera las garantías reconocidas en el artículo 17.1 (así también la STC 122, 13 de julio de 1987).

Sobre este mismo aspecto, la STC 127, 5 de julio de 1990, manifestó que el principio de legalidad comprende la garantía de la necesidad de una ley para definir las conductas punibles y su sanción-reserva absoluta-, y cuando se trata de penas privativas de la libertad, esta ley debe ser orgánica. El principio de legalidad además comprende la garantía referida a la seguridad de prohibición, a la necesidad de pre-determinación a través de una tipificación precisa. Así también la STC

24, 13 febrero 1996, garantía que denomina taxatividad.

La STC 122 de 1987 admitió la utilización de los tipos en blanco. Pero fue la STC 127/90 la que de manera más detallada se ocupó del tema. Expresa que *«Es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62 de 1982), y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes en blanco (STC 122 de 1987), esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en ella, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta»* (así también la STC 24, 13 de febrero de 1996).

Refiriéndose al reenvío, la STC 127 de 1990 establece los requisitos que debe reunir: que sea expreso; justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma; la ley debe señalar la pena y además contener el núcleo esencial de la prohibición; que sea satisfecha la exigencia de certeza; estos requisitos los reitera en decisiones posteriores: STC 62, 28 febrero 1994; STC 24, 13 febrero 1996.

El Tribunal Constitucional, en sentencia 118, 16 de septiembre de 1992, también se pronunció sobre la remisión a ley que no cumple la jerarquía de ser orgánica y al caso que esa ley extrapenal regule la materia penal. Se trataba de la ley 39 de 1981, ley especial, no penal, sin rango

de ley orgánica, que modificaba lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal. Consideró el Tribunal que la reserva absoluta y la exigencia de ley orgánica no debe extenderse a todos los aspectos relativos de la descripción del supuesto de hecho, porque, como se ha dicho, en otras decisiones es posible la utilización de tipos en blanco siempre que reúna los requisitos exigidos. Agrega el Tribunal que en estos casos la norma integradora *«Por su carácter instrumental, no se verá afectada por la garantía de reserva orgánica [...]»*.

Pero sobre la modificación que hace en este caso la ley extrapenal a la penal, cuando automáticamente en todos los supuestos habría publicidad, consideró que no es el 123 del Código Penal el que se remite a la ley 39 de 1981 para precisar el concepto de publicidad, sino que es la ley la que se remite al Código Penal; no se integra el precepto mediante norma instrumental sino que se modifica, cuestión que sólo puede hacerse como regulación de la materia penal y limitación a un derecho fundamental por ley orgánica.

De las sentencias antes mencionadas se podría en principio arribar a las siguientes conclusiones:

Si el principio de reserva de ley, cuando ésta limita derechos fundamentales, exige ley orgánica, regular esta materia penal por leyes ordinarias o de menor jerarquía vulnera la garantía de reserva. Si se acepta

que otras sanciones pueden establecerse por leyes ordinarias, de igual forma se vulneran las garantías cuando la materia se regula por normas de menor jerarquía.

En los dos casos aludidos se vulnera el principio de determinación cuando quien tiene la reserva de ley con las condiciones exigidas: orgánica u ordinaria, no fija la materia prohibida sino otra autoridad o norma de menor rango. Así mismo, cuando en tratándose de la autoridad legítima y la clase de ley exigida, la materia de prohibición no se determina o describe de manera inequívoca, clara.

Pero la regulación inadmisibles, por cuanto vulnera las garantías, lo es cuanto ésta se hace en todo o en parte, pues en eso consiste la reserva absoluta, en no poder reglar la materia si no tiene la legitimidad o jerarquía exigida. Por ello, no resulta aceptable la teoría del núcleo de la prohibición, pues las llamadas normas instrumentales o que describen aspectos secundarios, no esenciales, integran la materia prohibida, que no puede ser regulada sino por el legislativo y la ley.

Se observa que el Tribunal Constitucional utiliza la expresión «conciliable» para referirse a los tipos en blanco y su admisibilidad: «*Es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes en blanco*» (Conciliable: 'que puede conciliarse o

componerse'. *Conciliar*: 'conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias'. *Diccionario de la Real Academia*), con lo cual parecería que su decisión en su momento siguió orientaciones político-criminales que sopesaron el efectivismo de estas normas en materia harto difíciles en materia penal y la violación al principio de legalidad, por lo cual se definió por lo que parecería mejor. Pero eso no obsta para reconocer también que sí hay violación al principio de legalidad y sus garantías, vulneración que se intenta amainar con la teoría del núcleo esencial.

Sobre la teoría del núcleo esencial de la prohibición fijado en la ley, es indudable que resulta menos perjudicial que no tener ningún límite para contener la vulneración al principio de legalidad, es decir, sería tolerar que se regule la materia prohibida en parte y con ciertos límites establecidos a las remisiones. Por consiguiente, en ordenamientos jurídicos en los que no se pueda más, habrá que aceptarlos, mas, sin embargo, de todas maneras se quiebra el principio de legalidad, se relativiza, con consecuencias muy negativas para la solidez de los sistemas democráticos y su legitimidad.

En cuanto a las regulaciones de la materia penal efectuadas por leyes no penales que se remiten a las penales (en nosotros, paratipo), es importante que el Tribunal Constitucional, con base en la reserva absoluta de ley, y en los casos que se

limitan derechos fundamentales –de ley orgánica–, no acepte que la ley ordinaria modifique al tipo, pues en este caso no reúne el rango exigido. De igual manera, resultaría inadmisibles que donde se requiera una ley ordinaria se haga mediante ley de menor jerarquía. Aquí el principio de reserva y de taxatividad se erigen en límites a la punición.

b) *La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*

La Corte Constitucional, a propósito del artículo 665 que traía el Estatuto Tributario (paratipo), se ocupó en los siguientes términos del principio de legalidad:

El principio en mención exige que el legislador y sólo él, incluido el legislador de excepción (en las condiciones previstas en los arts. 213 y 214 de la Const. Pol., y art. 44 de la ley 137 de 1994) determine las hipótesis de desviación punitiva con referencias empíricas y prácticas exhaustivas como garantía de la libertad e igualdad de los ciudadanos en cuanto existe certeza sobre los presupuestos necesarios para la aplicación de una pena.

Como el tipo penal contenido en el artículo 665 del Estatuto Tributario no contiene la referencia temporal necesaria para efectos de determinar cuándo se configura el hecho típico, resultaría arbitrario y discrecional que el intérprete procediera a integrar la norma con otras que regu-

len aspectos semejantes (en este caso de carácter administrativo), pues la elección de esas disposiciones puede ser diversa y, en consecuencia, no sólo se violarían los principios de separación de poderes y de legalidad, sino también el derecho de libertad de los ciudadanos por la imposición de penas privativas de la libertad en eventos determinados ex post facto» (Corte Constitucional, Sent. C-285, 27 de junio de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz, f. 24).

De esta sentencia cabe descartar lo siguiente: El principio de reserva establece que sólo el legislador puede regular la materia punitiva. Debe entenderse en principio al legislativo-Congreso mediante ley formal, aunque también autoriza al legislador extraordinario, pero en hipótesis concretas y taxativas. En estos casos, la legislación extraordinaria no puede hacer o reformar códigos (Const. Pol., art. 150), y por ello sus normas sólo rigen en períodos excepcionales y limitados, al final de los cuales vuelve a regir la legislación ordinaria. Por fuera de esas hipótesis no es posible que nadie más distinto al Congreso legisle en materia penal.

La hipótesis de la delegación permanente que hace la ley a instancias y normas de inferior jerarquía –como las administrativas– por medio de los tipos en blanco, no encuentra asidero en esa concepción de reserva legal, pues no está comprendida dentro de las excepciones a la reserva

absoluta contenidas en los artículos 213 y 214 de la Constitución Política y en el artículo 44 de la ley 137 de 1994, situaciones que la Corte caracteriza como violatorias de los principios de separación de poderes y de legalidad.

El principio de taxatividad comprende la legitimidad de quien lo ejerce con exclusividad, el legislativo ordinario y el extraordinario por excepción en los casos expresamente señalados. Por consiguiente, las descripciones a la materia penal hechas desde normas de menor jerarquía violan el principio de taxatividad.

4) *El ámbito nacional de la regulación legal*

En España se ha discutido bastante si las comunidades autónomas (CA) en las regiones podrían regular la materia penal. La mayor parte de la doctrina considera que esto no es posible. Casabo Ruiz (p. 242 y 243) concluye que a partir de 1956 es netamente mayoritaria la doctrina contraria al reconocimiento de capacidad normativa penal en las regiones.

Muñoz Conde y García Arán (p. 93) estiman que los cuerpos legislativos de las CA se excluyen de la reserva legal, por cuanto la definición de delitos y penas es competencia del Estado; conforme Casabo Ruiz (p. 242, 243 y 248). Así también Colas Turegano, quien habla de la violación al principio de igualdad,

en igual sentido Casabo Ruiz (p. 242 y 243); Mestre (p. 518 y 55), quien se refiere a la violación al principio de uniformidad y a la quiebra de la reserva legal orgánica. Mir Puig (p. 82) también niega que las CA puedan regular la materia penal. Casabo Ruiz (p. 257) agrega que la reserva de ley es absoluta siempre. Sólo la ley, y únicamente ella, puede determinar las conductas delictivas, incluso en aspectos marginales. No obstante esta afirmación, creemos que el autor se contradice cuando más adelante acepta las remisiones a normas de menor jerarquía, porque la teoría del núcleo esencial se basa precisamente en que es posible que las normas de remisión regulen la materia de prohibición en lo secundario o marginal, aspecto sobre lo cual, según Casabo, rige la reserva absoluta.

Terradillos (p. 91) señala que estos organismos no pueden inmiscuirse en el ámbito penal, aunque el contenido de éste sí queda condicionado en el reenvío autonómico. Refiriéndose al medio ambiente, admite que pueden ser distintas las regulaciones por el clima, etc., sin que genere desigualdad.

En Colombia, Reyes Echandía (1997, p. 125) acepta la remisión a normas municipales o departamentales, como acuerdos municipales u ordenanzas departamentales.

La polémica es la misma: la intangibilidad o no del principio de legali-

dad frente a normas de menor jerarquía. En el caso español, únicamente se sostiene que las CA no pueden regular la materia penal porque vulneran el principio de reserva (sólo el legislativo central) y taxatividad, pero a la vez se discute si podría admitirse que por vía de remisión la disposición autonómica pudiera regular aspectos secundarios o instrumentales, cuando el núcleo de la prohibición se establece en la ley formal. Luego, la posición que expresamos con anterioridad es igualmente aplicable en este tópico: no se puede delegar porque de todas maneras se quiebra el principio de legalidad.

Vale la oportunidad para traer una idea al respecto, desde el derecho comparado, que no se encuentra en los contextos doctrinarios que aquí analizamos. Cury (p. 84), partidario de las remisiones a normas de menor jerarquía y al núcleo esencial de la prohibición en la ley, sostiene que las disposiciones complementarias deben tener una potestad extendida a todo el territorio nacional. Según su parecer, ello es válido para los estados unitarios y los federales que confían la formación de normas penales sólo al poder legislativo central. Que las normas rijan sobre la «totalidad del territorio nacional», o por lo menos «han sido determinadas por una misma autoridad legislativa con unidad de criterio», no exponer al ciudadano a que en ciertos lugares el hecho se considera ilícito y en otros no y viceversa.

Esta opinión, no obstante provenir de un defensor de las remisiones a normas de inferior jerarquía, es indudable que establece un límite a éstas, pues la normatividad de las CA, consejos y asambleas, por no tener cobertura nacional, no pueden complementar el tipo en blanco. Entre nosotros, se atentaría contra el principio de territorialidad de la ley o «unidad del país», ya que ésta se aplica en todo el territorio nacional en cualquier parte de éste (véase Const. Pol., art. 101 y C. P., art. 13). Según señala Pérez Pinzón (p. 78), «*existe una regla en virtud de la cual la ley punitiva se aplica a todas las personas que habitan un país*». Las excepciones, por tanto, deben ser establecidas por Constitución o ley, pues de lo contrario se vulneraría con ello el principio de igualdad o uniformidad y el de generalidad.

En un análisis más riguroso, la inadmisibilidad de las remisiones a estas normas municipales o departamentales estriba en que vulneran el principio de legalidad. Constitucional y legalmente, estas disposiciones y corporaciones no están instituidas para regular la materia penal «en todo o en parte», esto es, el principio que rige es la reserva de ley siempre, en el caso colombiano con la excepcionalidad expresa y taxativa, aun para los aspectos denominados «marginales, secundarios, instrumentales».

En nuestro país, esa carencia de legitimidad no sólo se reafirma con-

ceptualmente, en los principios y criterios que rigen la democracia representativa participativa, en la Constitución y la ley, sino que también se confirma en la simple sensación práctica del elector primario. ¿Podríamos imaginarnos una democracia que convierta en legislador penal a los concejales y diputados?

5) *La favorabilidad en la norma complementaria de menor jerarquía*

a) *Las opiniones de la doctrina y de la Corte Suprema de Justicia*

En derecho penal, la exigencia de ley previa deviene en prohibición de retroactividad y ultractividad para la ley que crea delitos y penas, la gravosa o desfavorable –límite a la intervención punitiva–, pero, así mismo, en virtud del principio de favorabilidad se permite excepcionalmente la retroactividad y ultractividad de la ley benigna o favorable.

Los fundamentos legales de esta distinción están en la Constitución (art. 29, inc. 30; C. P., art. 6º; C. de P. P., art. 10. En el derecho penal español, C. P., art. 22).

Los tipos en blanco, por remitirse a otras normas de complemento, originan una serie de controversias en torno a la favorabilidad. En el pensamiento que venimos defendiendo, la discusión se obviaría por extracción de materia, por cuanto estas normas serían inadmisibles. Recuérdese que quienes aceptan la

remisión a jerarquía inferior con la teoría del núcleo esencial, integran el tipo en blanco con su complemento, hacen un todo normativo que regula la materia penal; si ello es así, ¿por qué entonces tendría que discutirse sobre el principio de favorabilidad si se trata de ley penal? Sin embargo, las cosas no resultan tan sencillas.

Jiménez de Asúa (p. 661) considera que en el artículo 24 del Código Penal español de la época, la palabra «ley» se refiere al total «Estado jurídico». Ha de entenderse por ley, para saber cuál es más beneficiosa, no sólo la consecuencia penal sino también el tipo, cuyos presupuestos pueden proceder de zonas extrapenales. Si estos cambios son favorables, deben tener efectos extractivos. Ello es aplicable en las leyes en blanco cuando el complemento procede de una autoridad gubernativa.

En esta misma línea de pensamiento se inscribe Antón Oneca (p.127) cuando expresa que para efectos del artículo 24, por «ley penal» debe entenderse todo precepto del que resulten consecuencias penales. Incluye entonces los de «*otras ramas jurídicas que han contenido a las llamadas leyes penales en blanco*». Así también Bustos (p. 86), cuando explica que el principio de favorabilidad se aplica de «modo general», luego también a las «disposiciones complementarias», como en el caso de las leyes penales en blanco.

García Rivas opina que si se sigue un razonamiento lógico-formal, puesto que la materia extrapenal queda incorporada al contenido propio de la ley penal, deberá aplicarse la retroactividad de ley favorable. Sin embargo, anota que Silva Sánchez considera que cuando la normativa extrapenal posterior atenúe los efectos punitivos, no se podrá asegurar tajantemente su aplicación. La interpretación del artículo 2º del Código Penal de 1995 quedaría corregida en sentido restrictivo en atención a criterios teleológicos, y más concretamente, a la ausencia político-criminal (preventivo general y preventivo especial) de pena. Agrega García Rivas que ello implica *«algo menos que su taxativo reconocimiento»*.

A propósito de esta limitación al principio de favorabilidad, Cury (p. 124-127) expone otro límite mucho más «desfavorecedor» que el anterior. Según él, como el uso de estas normas se justifica porque la materia regulada es «cambiante», podían quedar sin efecto ante las modificaciones frecuentes si se estimaran favorables. La modificación posterior en este planteamiento *«no implica una alteración del juicio que recae sobre la que se realizó en el período precedente»*. Concluye que en este punto *«las leyes en blanco propias se deben considerar como leyes temporales»*, y con ello le niega su efecto retroactivo: *«Lo que se desvalora con arreglo al tipo de injusto mientras lo integra una cierta disposición complementaria, sigue siendo desvalioso cuando*

ésta cambia siguiendo las alternativas de la situación».

En la doctrina colombiana, Pérez Pinzón (p. 227 a 240) expresa que «ley favorable» es aquella del ordenamiento penal y extrapenal que mejora de cualquier manera la situación del ciudadano. El artículo 6º del Código Penal no hace distinción entre las clases de normas. Velásquez (p. 149 y 150) considera que cuando se habla de «ley» también se alude a las en blanco, en las cuales deben tenerse en cuenta todas las modificaciones sufridas por el supuesto de hecho, para determinar cuál es la que completa al mismo, *«sin restricción de ninguna índole»*.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en Colombia, con ponencia de Edgar Saavedra (Sala de Casación Penal; ver rad. núm. 4206, acta 039 de junio 11 de 1990), admitió la favorabilidad de una disposición administrativa que complementaba un tipo en blanco. Se trataba de la supresión de un requisito que con anterioridad se exigía e integraba al tipo, por lo que con su desaparición la conducta era atípica por favorabilidad.

b) Síntesis y comentarios

En ambas legislaciones, cuando se habla de ley favorable en materia penal no se hace distinciones con relación al tipo en blanco y, por consiguiente, queda incluido. Aunque entre nosotros resulta válido afirmar

que se acepta la favorabilidad de leyes penales o extrapenales en complemento a remisiones del derecho penal.

Ahora bien, si los partidarios de las remisiones a normas de inferior jerarquía sostienen que el tipo en blanco se integra o completa con la norma extrapenal, formando un todo, por supuesto que el principio de favorabilidad, norma rectora en nuestro ordenamiento, cobija también al complemento. De tal manera que podría modificarse el tipo en blanco, desde la descripción del tipo que reenvía o desde el complemento del reenvío.

Condicionar la aplicación de la favorabilidad, en el caso de la ley extrapenal posterior que atenúa los efectos de la pena, a la ausencia de necesidad político-criminal de pena (prevención general y prevención especial), nos parece que invierte el sentido de la garantía. En efecto, tratándose de creación de delitos y penas o de hacerles más gravosos, la irretroactividad y prohibición de ultractividad se erigen en límite de aplicación punitiva frente al Estado. Así mismo, cuando el Estado ha demostrado la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del procesado, aun podría acudir el ciudadano a la innecesariedad de la pena, por cuanto ésta en el caso no cumpla con los fines preventivos generales o especiales, con lo cual vuelve a operar como límite a la aplicación punitiva.

Pero cuando el Estado atenúa los efectos de la pena, regresar otra vez a su necesidad, al fin de prevención general o especial, no puede alterar la favorabilidad, pues aquellos fines se encuentran ahora limitados en el tope del *quantum* o condición favorable impuesto por la nueva pena. En síntesis, la favorabilidad debe concederse cuando se atenúan los efectos de la pena, sin condición o restricción distinta a lo que la norma más benigna establece.

En relación con el criterio de convertir los tipos penales de remisiones a normas de inferior jerarquía en normas temporales, para negarles su favorabilidad y así conservar la efectividad de la ley temporal, también obedece a una construcción jurídica que se creó de espaldas a las garantías, aunque en principio se persiga lo contrario. El hecho de que la razón fundamental de las remisiones cuestionadas sea la variabilidad en la materia que regula, no las convierte automáticamente en ley temporal. Pero además, si así fuera, ello reñiría otra vez con la autonomía del derecho penal y la teoría del núcleo esencial. Porque si el tipo en blanco no es temporal, ni puede serlo en el esquema de reserva legal, mas aún en el de ley orgánica (España), el hecho de que la norma de complemento fuera en el ordenamiento jurídico extrapenal una norma temporal, no es esa finalidad y alcance lo que prima en derecho penal. Acá, una vez integrada, forma un todo, un tipo único, y por consi-

guiente en la finalidad y alcance del derecho penal no es temporal. Por lo tanto, los cambios favorables que se produzcan en la norma integrada cumplen con este principio y no se pueden limitar con esa «asimilación» o «transformación» doctrinal.

Afortunadamente, nuestro ordenamiento jurídico está resguardado contra esa interpretación reductora del principio de favorabilidad. Inicialmente porque la norma constitucional establece que «en materia penal», lo que indica que cualquiera sea la ley que regule esta materia se le aplicará la favorabilidad; si los partidarios de las remisiones a normas de menor jerarquía concluyen que éstas pueden regular la materia penal, no habrá razón alguna para negarles favorabilidad. Igual acontece con el artículo 6º del Código Penal, que directamente habla de la ley permisiva o favorable sin hacer distinción. Y el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal al expresar que «*en materia penal y procesal de efectos sustanciales*».

Ello significa que el ordenamiento jurídico colombiano no hace distinciones para las leyes en blanco o las temporales y, por consiguiente, en todas ellas rige sin restricción alguna el principio de favorabilidad, cosa que no se puede decir con igual exactitud del ordenamiento penal español, que en el artículo 2.2 del Código Penal establece una regulación especial para las leyes temporales.

Es evidente que relativizar las garantías finalmente las convierte en inoperantes. El problema comienza cuando una disposición administrativa aparece regulando la materia penal, y vulnera el principio de legalidad: reserva taxativa, pero que termina aceptándose con la creación de la teoría del núcleo esencial como parte integradora del tipo en blanco. Luego, extrañamente, la norma de remisión es caracterizada como temporal, y así se termina excluyendo el principio de favorabilidad, con lo cual es ley penal cuando conviene violar una garantía y no lo es cuando conviene vulnerar la otra garantía. Así, mediante razonamientos similares, terminan las garantías convertidas en lucubraciones teóricas inútiles y se despedazan en el relativismo o conveniencia de teorías, las más de las veces orientadas por buenas intenciones.

Como si fuera poco, después los aplicadores de la ley le darán su propia relativización, con lo que finalmente la garantía será sólo un tema para estas oportunidades en que nos reunimos para hablar de lo que nunca o muy poco se aplica o se respeta.

6) *Problemas y riesgos para otros principios y garantías*

El problema del conocimiento de los elementos que integran el tipo complementado por la norma de referencia –tipo único– no es nada sencillo, especialmente dada la disper-

sión, abundancia y poca precisión de los ordenamientos extrapenales, que creados para otros fines no cumplen con exigencias imprescindibles en el derecho penal.

A más de que si el legislador decidió regular esta materia «variable» mediante normas pertenecientes a ordenamientos jurídicos diversos, esa decisión deberá reflejarse en la remisión expresa del tipo en blanco, en la aceptación preferentemente expresa del reenvío, y en la disposición concomitante o posterior del redactor extrapenal para describir con precisión el fragmento del supuesto de hecho que se quiere completar. Aquí parecería que la voluntad legislativa exige como deber aunar esfuerzos entre los ordenamientos jurídicos que concurren para regular la materia.

Pero como ello no acontece y por lo general las normatividades se complementan sin que se hayan dispuesto mutuamente para tal fin, el principio de certeza «delegado» que algunos pregonan, también queda hecho añicos, y el conocimiento del tipo parece más bien una suposición o ficción del derecho penal.

La conciencia de antijuridicidad tendrá que comprender para el sujeto activo no sólo el conocimiento de contravenir el ordenamiento extrapenal, sino específicamente el penal, y además, que la trasgresión rebese el ilícito administrativo y adquiera carácter delictivo (Quintero Olivares p. 23).

El problema de la exclusión de la motivación o de la disminución, en la ya cuestionada motivación de la ley penal, trae serias preocupaciones, específicamente para justificar la pena que en estos casos por lo general resulta bastante «ejemplarizante», intimidante. Así mismo, pone en tela de juicio la norma misma y su razón de ser, lo cual parecería más bien el resguardo de deberes o decisiones legitimantes del poder.

Obviamente, los problemas antes planteados también repercuten en las fronteras del error. En conclusión, se multiplican los problemas en el injusto penal (tipicidad y antijuridicidad), en la culpabilidad, en la pena, en el fundamento y razón de la norma, con el consecuente deterioro de las garantías, las cuales penden de tan intrincados y sofisticados planteamientos que las más de las veces no se tienen en cuenta en la aplicación concreta de ley.

2. TIPOS EN BLANCO QUE REMITEN A OTRA LEY EXTRAPENAL Y PARATIPOS

Los problemas en estos otros tipos se disminuyen considerablemente. Quintero Olivares (p. 24) llama la atención sobre el peligro de automatismo en la reacción penal. Considera que desde de un punto de vista técnico, un delito existe sólo cuando la conducta típica ha merecido los atributos técnicos de antijuridicidad y culpabilidad. El precepto no penal a lo sumo establece la conducta que

indiciariamente infringe la norma, pero siempre y cuando en un segundo momento la misma constituya delito en los presupuestos estrictamente penales.

Este planteamiento resulta bastante similar al que ya había hecho en nuestra doctrina Reyes Echandi cuando se refería a las asimilaciones o referencias que se hacen desde fuera de la ley penal (paratipos). En estos casos deberá comprobarse que se dan los requisitos exigidos por el tipo penal, pues si no es así, habrá atipicidad, independiente a las aspiraciones modificadoras del paratipo.

Contra ese automatismo también se pronunció el Tribunal Constitucional 118 de 1992, a propósito de una ley extrapenal, que además pretendía complementar el tipo penal pero modificándolo, por lo cual el Tribunal consideró que esa ley no podía regular la materia penal, pues no se trataba de un complemento al cual se remitía el Código Penal, si no de una modificación que se hacía a la materia penal sin tener el rango exigido de ley orgánica.

Entre nosotros, admitidos los tipos en blanco que se complementan con leyes extrapenales, estaría vedado integrarlos con normas de menor jerarquía o que se regulara la materia penal mediante referencias o asimilaciones que vienen desde fuera de la ley penal (paratipos) y se pretenden aplicar automáticamente, sin constatar si se dan o no los requi-

sitos del tipo penal, y mucho menos aceptable que la regulación paratípica se intente hacer desde normatividades con rango inferior a ley.

Lo recomendable será prescindir de esos paratipos y que la ley penal, previo estudio de sus caracteres de *ultima ratio* y necesidad, los regule directamente.

C) *¿El recurso a los tipos en blanco constituye la técnica más aconsejable?*

Ya vimos, cuando hablamos de las razones esgrimidas para la existencia de los tipos en blanco, que en su mayoría éstas se refieren a las particularidades de la materia regulada. Se trata de proteger ciertos bienes jurídicos, sometidos a frecuentes variaciones en su regulación, y además cuyo contenido resulta bastante complejo y especializado.

En este campo, según se dice, el derecho penal caería en el casuismo, y dada su poca capacidad para variar sus normas, no cumpliría su cometido, y por ello la utilización de normas de menor jerarquía resulta inevitable. Incluso se dice que mediante ellas se alcanza una más completa determinación de la materia prohibida. O que la materia está relacionada con otros campos jurídicos de fines y alcances diversos que hacen necesaria la remisión.

No obstante, la mayoría de la doctrina reconoce que estas remisio-

nes afectan importantes principios y garantías o las ponen en peligro, aunque luego un sector importante de dicha doctrina, a pesar del efectivismo de las normas que estiman necesarias en esta materia y las garantías del derecho penal se deciden por lo primero, lo hacen «conciliable». Inclusive, hay autores como Landecho (p. 134) que expresamente reconocen que las críticas a las remisiones normativas de menor jerarquía son acertadas, y sin embargo admiten el uso de esta técnica. Mientras que otros, con fundamento en esas objeciones, proponen salidas diferentes.

Por otra parte, en España se muestran como ejemplo de la «inevitabilidad» de los tipos en blanco, el que la codificación del 1995 intentó evitarlos, pero cayó en técnicas que comprometen aún más las garantías. Morales (*videre* Quintero Olivares, p. 25) ha puesto en claro que la técnica de los elementos descriptivos en esta materia es muy limitada, por ello se obliga a los elementos normativos o al tipo en blanco. Menciona que el Código Penal de 1995, por evitar los tipos en blanco, se decidió por los ingredientes normativos indeterminados: Así, el peligro grave en el artículo 325; riesgo de deterioro inevitable o catastrófico, art. 326; que suscitan mayores problemas que el tipo en blanco en relación con la garantía de legalidad-determinación y con relación a la utilización de elementos normativos de tipo jurídico, como el caso del 197.2, com-

portan un reenvío implícito y no explícito como el tipo en blanco, lo cual trae mayores problemas. Por ello concluye que esta técnica es necesaria, y para ello asume la teoría del núcleo esencial.

Otros autores estiman que sí es posible hallar otras soluciones menos objetables. Polaino (p. 884) habla de la inaplazable elaboración de una reforma punitiva respetuosa de los principios inspiradores del sistema penal. También Mestre (p. 527), quien expresa que «*resulta adecuado plantear la conveniencia de substituir esa por tantos motivos criticable figura por otra técnica normativa*». Propone la elaboración de normas penales especiales para la protección de «*esos bienes jurídicos*», que podrían responder a la constante actualización y el contenido complejo. Así como fortalecer la característica de *ultima ratio* del derecho penal y volver más operativo el control administrativo. Por último, Blanco Lozano (p. 165 a 167) propone asumir tal remisión normativa, lo que evitaría la violación a principios básicos del Estado de derecho, y regularlo directamente en el derecho penal, lo que traería inconvenientes, pero éstos son preferibles a los otros.

De lo analizado concluimos que no se trata de remplazar los tipos en blanco que remiten a normas de menor jerarquía por otras técnicas mucho más objetables, como los ingredientes normativos indeterminados, remisiones genéricas, y en general

de reenvío implícito, cuando es posible hacerlo mediante descripción precisa e inequívoca en el ordenamiento jurídico.

Además, si confrontamos las técnicas en discusión, bien se podría pensar en otra alternativa. Reducir a su mínima expresión estas regulaciones por intermedio de los tipos penales autónomos; para ello deberá adelantarse una minuciosa y decidida revisión codificadora. Y en lo que fuese imposible de regular así, acudir a las leyes especiales o al auxilio del derecho penal administrativo. En todo caso, en la pugna de los principios y garantías del derecho penal y el efectivismo normativo me inclino por lo primero. Como dice Colas Turegano (p. 219): *«Si aprobamos la existencia de leyes en blanco le damos al principio de legalidad una flexibilidad incompatible con la esencia del mismo, porque o se establecen delitos y penas por ley, o no»*.

Pero hay otra razón fundamental para pronunciarnos en favor de los principios y garantías; me refiero al proceso de construcción democrática que urge en el país, y en establecer frentes de contención al autoritarismo que desde hace muchos años se entronizó en la vida política y jurídica.

El sistema penal tiene que ver muy poco o nada con la solución real a conflictos de los que se ocupa. Por supuesto que en ello también cuenta el olvido de una política social

audaz que satisfaga las necesidades de la mayoría. Pero a la vez el derecho penal cobró importancia como instrumento útil al poder excluyente, ya que por su intermediación se conculcaron garantías y derechos, se respaldaron intentos de legitimación del Estado en la lucha contra el delito y se facilitó el atropello, la mano fuerte, el régimen excepcional «permanente», la justicia sin alma y sin rostro y mucho más.

Por largos años, este derecho penal de la arbitrariedad nació del maridaje legislativo-ejecutivo, y en la entrega-usurpación de la legitimidad para hacer leyes, y se convirtió al ejecutivo en legislador «ordinario».

Tendencias políticas renovadoras dieron a la Constitución de 1991, que intentó desmontar al autoritarismo, y limitó las delegaciones para hacer leyes y los estados de excepción, con lo cual se impidió que el ejecutivo hiciera códigos, y a su vez estremeció al Congreso con la propuesta de revocatoria del mandato. Se crearon formas de participación ciudadana, y en particular se insistió en que el constituyente primario recobrar su papel, renovara el Congreso, y éste, a su vez, recuperara sus funciones perdidas, en especial las de hacer leyes.

Por consiguiente, también es un problema de la legitimidad democrática, de la representación del pueblo en hacer las leyes y de las respon-

sabilidades que devienen para el elector y su vida participativa.

Ahora bien, construir y cumplir esas metas constitucionales hace parte de una ardua tarea social, que sea capaz de interiorizar pautas y aceptarlas en la solución de problemas en la vida de convivencia. Ese itinerario incluye también al Estado y a todo aquel que piense en el poder como forma de excluir al otro y desbaratar las reglas de juego.

A nombre de la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo, y ahora contra la corrupción (que está de moda), se montan regulaciones excepcionales y se rompen las garantías como límite a la intervención estatal. Recobrar los valores centrales de la democracia y la convivencia, las reglas de juego en la solución de conflictos, se torna, eso sí, imprescindible, y en ello gran parte del ejemplo debe darlo el Estado.

La vida política del país identifica al autoritarismo en varios aspectos, uno de los cuales consiste en la intromisión del ejecutivo en las funciones de las otras ramas del poder. Y está en lo cierto, dejemos que el Congreso legisle, respetemos la Constitución y no delegamos en el ejecutivo funciones que la Constitución reservó de manera explícita al Parlamento.

Con ello fortalecemos las garantías y principios limitadores de la pena, y contribuimos con un granito de arena en la construcción de demo-

cracia y el respeto a pautas establecidas.

D. *A manera de ejemplos*

Queremos analizar rápidamente dos figuras en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque podrían ser muchas más. Comencemos por el artículo 146 del Código Penal, «Contrato sin cumplimiento de requisitos legales».

Este tipo penal contiene un elemento normativo: «Sin observancia de los requisitos legales esenciales». Su obligada remisión a la ley nos conduce a examinar en ella cuáles son esos «requisitos legales esenciales». Sabemos que la legislación penal no los establece; corresponde hacerlo a la legislación administrativa, comercial o civil.

En efecto, la Comisión de 1976, a quien se debe la redacción de este tipo (art. 178), señaló expresamente cuáles eran los requisitos legales de los contratos que integraban el tipo: Licitación, determinación del objeto, cuantía y plazo para la ejecución, anticipo y constitución previa de garantía. Por supuesto, aquellos otros requisitos legales que no señalaba el tipo ley penal quedaban por fuera de éste (véase Actas, p. 203).

No hay duda de que desde su origen la ley, para el caso directamente la ley penal, señalaba cuáles eran los requisitos relevantes para el derecho penal, y los distinguía de

aquellos otros que a pesar de ser requisitos legales de los contratos no interesaban al ámbito penal.

Ello es de gran importancia para una visión garantista del derecho penal que entienda los principios fundamentales y las normas rectoras, en consonancia con las características de *ultima ratio* y fragmentario, como un límite de la intromisión estatal en la vida de los ciudadanos. Así, la ley penal (legalidad y determinación) distinguió entre los requisitos legales de los contratos, aquellos que estima más importantes, merecedores de la protección penal, y los diferenció de aquellos otros que están por fuera de la protección penal, aunque integren la normatividad jurídica y el ámbito de otros controles, ya sean constitucionales, comerciales o administrativos.

En busca de una mejor técnica legislativa, la Comisión de 1979 (Actas, p. 302), siguiendo los pasos de su antecesora, cuyo texto le sirvió de guía, prefirió hablar de: «sin el cumplimiento de los requisitos legales», expresión que si bien remitía a la ley el señalamiento de los requisitos, los sustraía de la descripción expresa del tipo penal y los trasladaba a la norma de referencia, además que extendía el ingrediente normativo: primero, porque el término legal se entendió en sentido material y no formal, y segundo, porque al no señalar requisitos legales específicos, los incluyó a todos en el tipo.

La redacción anterior fue la misma del Código Penal de 1980 que se modificó por el decreto 141 de 1980, artículo 1º: éste adoptó la fórmula que hoy nos rige y que volvió a limitar al ingrediente normativo, así: «[...] *sin observancia de los requisitos legales esenciales*». Con lo que nuevamente el tipo penal distinguió entre los requisitos legales contractuales, los esenciales de aquellos que no lo son, pero que a diferencia de la comisión de 1976, no señalaba cuáles eran esos requisitos legales «esenciales». Luego, entendemos que debía ser la ley la que debía concretarlos, si bien no la penal, sí la contractual propiamente dicha, pero en todo caso la ley.

Así mismo, como la legislación penal no señalaba cuáles eran esos requisitos legales esenciales, como lo hizo la Comisión de 1976, el supuesto de hecho no quedaba completamente descrito, por lo cual le correspondió a la norma de referencia determinar cuáles eran esos requisitos, y les dio carácter de tipo en blanco. Este carácter lo comparte la doctrina. Así, por ejemplo, Velásquez (p. 108); Ibáñez (p. 371 y ss.) y la jurisprudencia (véase C. S. J., Sala de Casación Penal, magistrado ponente: Edgar Saavedra, rad. 4206, acta 039 de 11 junio 1990, f.7 y ss.).

No es dable entonces, si se toma como referente el origen de la norma, identificar «requisito legal esencial» con todo requisito legal o requisito contractual, pues, como ya se vio, el

Código Penal se decidió por distinguir entre los requisitos contractuales legales aquellos que tenían relevancia penal –los esenciales– y entregó a la ley contractual la facultad de determinarlos, señalarlos.

Sobre este aspecto existen variadas interpretaciones. Se dice que habría que acudir a las nulidades (C. C., art. 1501), no obstante el reparo de identificar elementos esenciales por vía de interpretación con requisitos esenciales en materia penal (véase a Ibáñez, p. 378).

Hemos conocido otra opinión según la cual los requisitos legales esenciales están en el Código Administrativo cuando habla de los principios. Sin embargo, esa labor de desglosar principios para hallar requisitos esenciales también es equívoca en derecho penal. También se piensa que deberían hallarse los requisitos mencionados en una remisión genérica al estatuto administrativo, esto es, acudir a la vía de interpretación analizando el conjunto de las normas pertinentes, con lo cual se desfiguraría la referencia expresa que debe hacer el tipo en blanco en quienes así lo admiten.

A su vez, Ibáñez (p. 378) opina que los requisitos esenciales podían ser los señalados por la Comisión de 1976. Finalmente, quizás la opinión con más adeptos en Fiscalía considera que los requisitos legales esenciales hay que buscarlos en todas las disposiciones legales vigentes: Ley

de contratación, códigos fiscales municipales, etc., e identificarlos con requisitos exigidos por ley, sin detenerse a dilucidar sobre su «esencialidad». Esta interpretación va en contravía del origen y redacción final de esta disposición, es decir, es una interpretación contraria a ley. A lo más, esta sugerencia lo que haría sería aplicar un ingrediente normativo de referencia genérica o indeterminada.

Sea como fuere, la ley no señala de manera expresa, clara, cuáles son los requisitos legales esenciales de los contratos, por lo cual se tiene que acudir a la remisión genérica del Estatuto de la Contratación y a los más variados planteamientos de la doctrina y jurisprudencia, que pese a provenir de connotados juristas no compagina con la decisión rectora de nuestro Código Penal, que ordena que el hecho punible está descrito de manera inequívoca en la ley. Por ello, el tipo comentado resulta inaplicable por violación al principio de determinación.

En la búsqueda de requisitos contractuales se acudió también a los códigos fiscales municipales, que son proferidos mediante acuerdos de los concejos, lo cual contraviene el principio de reserva y determinación. Como se dijo en el análisis a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, estas remisiones no están de conformidad con el texto constitucional, pues de manera expresa se establece quiénes pueden regular la

materia penal, entre los cuales no está esa corporación.

Pero además, la norma de referencia a la que se acude, generalmente tampoco cumple con determinar en forma clara y rigurosa el complemento de la conducta, es decir, se aplica en forma caprichosa y acomodatícia.

Con la entrada en vigencia del nuevo Estatuto de la Contratación, las viejas disposiciones fiscales municipales quedaron sin efecto, por lo que el principio de favorabilidad se convierte en otro importante instrumento frente a la interpretación que seguía completando el tipo penal con esas normas ilegítimas, y las más de las veces la conducta resulta atípica. Esta norma, no obstante, aparece intacta en el proyecto de reforma actualmente en curso.

Caso similar acontecía con el paratipo del artículo 665 del Estatuto Tributario, que se aplicó a pesar de que su remisión temporal se hacía a una disposición administrativa, y que dio lugar a la decisión de la Corte Constitucional ya vista, en la cual expresamente se señaló que violaba el principio de reserva y división de poderes. Pero es que además esta figura asimilaba la pena sin haber una referencia explícita a la norma penal, y se presentaba el caso en que el funcionario judicial dudaba en la clase de peculado en que debía adecuarla (la norma señalaba como sanción la misma prevista en la ley

penal para los empleados públicos que incurren en apropiación indebida de fondos del tesoro público), por lo cual se atentaba contra la determinación.

Por razones de tiempo no podemos dedicarles espacio a otras figuras, como por ejemplo: el artículo 43 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 20 de la ley 365 de 1997, cuando utiliza las expresiones «*elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia, tales como*» (y seguidamente hace una enunciación), para al final decir: «*u otras sustancias que según concepto previo del Consejo Nacional de Estupefacientes se utilicen con el mismo fin*». No cabe duda de la facultad legislativa omnímoda en cabeza de este organismo por virtud de la citada ley.

Así también, en la omisión de control en el lavado de activos (art. 247-B adicionado ley 365 de 1997, art. 9º), cuando dice que «*omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por los artículos 103 y 104 del decreto 663 de 1993 para las transacciones en efectivo*».

En fin, como hemos dicho, lo recomendable parece prescindir de todas estas figuras violatorias de principios fundamentales del derecho penal y buscar otras técnicas uniformes con el Estado de derecho.

Bibliografía

- ACTAS del nuevo Código Penal colombiano, Parte especial, vol. 11. Bogotá, Pequeño Foro, 1981.
- ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*. 2ª ed. Akallure, 1986.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «El medio ambiente como bien jurídico protegido». Juan Terradillos Basoco (ed.). En: *El delito ecológico*. Madrid, Trotta, 1992.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de derecho penal*, Parte general. Barcelona, Praxis, 1994.
- BLANCO LOZANO, Carlos. *La protección del Medio ambiente en el derecho penal español y comparado*. Granada, Comares, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal*, Parte general. 3ª ed. Barcelona, Ariel, 1989.
- CANTERO BANDRÉS, Rocío. «El delito ecológico». Juan Terradillo Basoco (ed.). *El delito ecológico*. Madrid, Trotta, 1992.
- CASABO RUIZ, José. «La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente». En: *Estudios penales y criminológicos*, vol. V, Universidad Santiago de Compostela, 1982.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal*, Parte general. 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanc, 1987.
- COLAS TUREGANO, María Asunción. «Artículo 347bis; ¿Ruptura con el principio de legalidad?». En: *Poder judicial*, Nº 26, Madrid, 1992.
- CONDE, Pumpido y TOURON, Cándido. «Introducción al delito ecológico». Juan Terradillos Basoco (ed.). En: *El delito ecológico*. Madrid, Trotta, 1992.
- CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá, Temis, 1988.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto. *El delito ecológico*. Madrid, Codex, 1991.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal y fundamental*, vol. I. Bogotá, Temis, 1986.
- *Derecho penal y fundamental*, vol. II. Bogotá, Temis, 1989.
- GARCÍA PABLOS, Antonio. *Derecho penal*. Universidad Complutense, Madrid, 1994.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el estado democrático*. Universidad de Castilla de la Mancha, 1996.
- IBÁÑEZ, Augusto. *El sistema penal y la contratación estatal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, t. II. 4ª ed. Buenos Aires, Losada, 1964.
- LANDECHO VELASCO, Carlos Mario y MOLINA BLAZQUEZ, Concepción. *Derecho penal español*, Parte general. 2ª ed. Madrid, Tecnos, 1996.
- MESTRE DELGADO, Esteban. «Límites constitucionales de las remisiones normativas en material penal». En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XLI, fas. II, mayo-agosto, Madrid, 1988.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*, Parte general. 4ª ed. Barcelona, 1996.
- MORILLAS CUEVA, I. y RUIZ ANTÓN L. F. *Manual de derecho penal*, Parte general. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1992.
- MUNOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1975.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÓN, Mercedes. *Derecho penal*, Parte general. Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- PÁEZ POLO, Esteban. *Nuevo derecho penal colombiano*, Parte general. Barranquilla, 1982.
- PÉREZ, Luis Carlos. *Derecho penal*, Parte general, t. I. Bogotá, Temis, 1985.
- PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando. *Introducción al derecho penal*. 3ª ed. Ibagué, Corporación Universitaria de Ibagué, 1994.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. «La criminología ecológica en la legislación penal española». En: *Homenaje a la memoria del profesor Dr. Juan del Rosal*. Madrid, Edersa, 1993.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de derecho penal*, Parte general. Cedecs, 1996.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal*, Parte general. 10ª ed. Universidad Externado de Colombia, 1986.
- *Tipicidad*. 6ª ed. Bogotá, Temis, 1997.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal*, Parte general. Civitas, 1978.
- TERRADILLOS, Juan. «El ilícito ecológico. Sanción penal, sanción administrativa en el delito ecológico». En: *El delito ecológico*. Madrid, Trotta, 1992.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal*, Parte general. 3ª ed. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997.