

La realización de un hecho típico o del hecho positivo justificado no implica la infracción de la norma de determinación*

The Performance of a Typical Fact or a Justified Positive Fact does not Imply Breach of the Rule of Determination

Leonardo Mauricio Molina Galindo**

Citar este artículo como: Molina, L. (2017). La realización de un hecho típico o del hecho positivo justificado no implica la infracción de la norma de determinación. *Revista Verba Iuris*, 12(38), pp. 81-89.

Resumen

La doctrina dominante considera que la realización de un hecho típico amparado por una causal de justificación debe considerarse prohibido a pesar de la permisión del justificante, esta concepción pretende evitar considerar que el hecho típico representa un mal que quiere prohibir el derecho debido a la lesión que produce. No es esta la decisión dogmática correcta, debe entenderse que el hecho típico justificado no es prohibido y permitido al mismo tiempo por el derecho penal, puesto que la realización del hecho típico o del hecho positivo -según la teoría de los elementos negativos del tipo- afirma la desvaloración propia contenida en la norma imperativa o de determinación, pero aún no es posible considerar infringida la norma de determinación. Para establecer esta solución sistemática es necesario diferenciar entre ley y norma jurídico-penal, y afirmar que la naturaleza de las normas jurídico-penales son siempre imperativas, aunque presuponen la desvaloración de la prohibición contenida en la norma que está implícita en la ley, pero no por ello suponen la existencia de otra norma de naturaleza valorativa.

Palabras clave: Norma de valoración, norma de determinación, tipicidad, antijuridicidad, infracción de la norma de determinación.

Fecha de Recepción: 5 de abril de 2017 - Fecha de Aprobación: 7 de junio de 2017

* El artículo es producto del proyecto de investigación la contratación estatal en el marco de la CAN, gestionado en la Universidad Santo Tomás, Sede Bogotá – Colombia

** Abogado de la Universidad Santo Tomás; máster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universitat de Barcelona y la Universitat Pompeu Fabra; máster en Criminología, Política Criminal y Seguridad de la Universitat de Barcelona; doctorando en Derecho y Ciencia Política de la Universitat de Barcelona; docente Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: mauriciomolinag@yahoo.fr

Reception Date: April 5, 2017. Approval Date: June 7, 2017.

* This article is product of the research project of State Contracting under the framework of CAN, managed at Universidad Santo Tomas, Bogota – Colombia.

** Lawyer of Universidad Santo Tomas; Master in Criminal Law and Criminal Sciences of the Universitat of Barcelona and Universitat Pompeu Fabra; Master's Degree in Criminology, Criminal Policy and Security at Universitat de Barcelona; Doctoral student in Law and Political Science at Universitat de Barcelona; Professor at Universidad Santo Tomas. Electronic mail: mauriciomolinag@yahoo.fr

Abstract

The Dominant Doctrine considers that the realization of a typical fact protected by a causal justification should be considered forbidden despite the permission of the justification, this conception tries to avoid considering that the typical fact represents something bad wanting to prohibit the right due to the injury that produces. This is not the correct dogmatic decision, it must be understood that the typical justified fact is not prohibited and allowed at the same time by criminal law, since the realization of the typical fact or positive fact - according to the theory of negative elements of the type - affirms the own devaluation contained in the mandatory rule or rule of determination, but it is not yet possible to consider the rule of determination to be violated. In order to establish this systematic solution, it is necessary to differentiate between law and criminal law, and to affirm that the nature of legal criminal norms are always imperative, although they presuppose the devaluation of the prohibition contained in the norm that is implicit in the Law, but they do not imply the existence of another rule of valuation nature.

Keywords: Rule of Valuation, Rule of Determination, Typification, Against Legality, Infracton or Violation of Rule of Determination

Introducción

Las distintas corrientes del delito han procurado formular una respuesta acerca de la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad, problema que aún no ha sido superado a pesar de las diferentes concepciones. El problema que evidencia mayores complejidades sobre este tema es tratar de explicar por qué la realización del hecho típico amparado por una causal de justificación debe considerarse como un comportamiento auspiciado por el derecho a pesar de su nocividad para los bienes jurídicos y procurar establecer los efectos dogmáticos adecuados para esta situación, es decir, un hecho perjudicial y prohibido pero permitido por el mismo derecho penal.

La relación con la tipicidad debe llevarnos a aceptar que infringe el derecho, en nuestros términos la norma de determinación, aunque dicho comportamiento “típico” no es antijurídico. La solución para quienes siguen la teoría de los elementos negativos del tipo es afirmar que no existe relación debido a la presencia de causales de justificación que conlleva a la no existencia de la parte negativa del tipo. Es importante, entonces, establecer cuál es la relación

entre la tipicidad o la realización del hecho positivo, pero, sin necesidad de afirmar que es prohibido y permitido, o sea, sin considerar la infracción de la norma de determinación.

Problema de investigación

¿Cuál es la relación que existe entre un hecho típico o el hecho positivo (teoría de los elementos negativos del tipo) amparado por una causal de justificación (no ausencia de causales de justificación) y la prohibición o mandato que contiene la norma jurídico-penal la cual se encuentra contenida en el texto legal?

Metodología

El método aplicado a este trabajo es estrictamente dogmático, con el que se pretende ubicar sistemáticamente los elementos y figuras propias del concepto de delito, aunque procurando que su establecimiento sea adecuado con la dogmática jurídico-penal.

La realización de un hecho típico o del hecho positivo justificado no implica la infracción de la norma de determinación

Conforme al problema formulado y para procurar dar respuesta a este es preciso iniciar estableciendo qué se entiende por norma primaria y norma secundaria, cuál es su relevancia para el derecho penal y qué relación tiene con el tipo penal.

Norma primaria y Norma secundaria

Según (Mir, 2009) la problemática sobre la naturaleza de las normas jurídico-penales la formuló Karl Binding al señalar que las leyes penales no expresan prohibición alguna dirigida a los ciudadanos, por el contrario, su construcción y formulación hipotética expresan tan sólo que, ante la realización del supuesto de hecho, es decir, ante el cumplimiento de la ley por parte del sujeto, el juez está conminado a la imposición de la sanción. De lo anterior se infiere que, con esta construcción legislativa, sólo se desprende un imperativo dirigido al juez a imponer la pena, denominadas normas secundarias (Silva, 2002).

Ejemplo: El artículo 103 del Código Penal colombiano establece que “El que matare a otro incurrirá en prisión de doscientos ocho a cuatrocientos cincuenta meses”, proposición jurídica que no expresa prohibición alguna al ciudadano, y que realizada por el sujeto activo cumple con esta disposición legal. Expresamente no prohíbe el homicidio y a pesar de ello al sujeto se le sanciona con la pena allí establecida. El único mandato que expresan, así redactadas las leyes jurídico-penales, es el imperativo denominado norma secundaria, o sea, el deber del juez de imponer la pena cuando se realice el correspondiente supuesto de hecho.

Siguiendo el ejemplo del homicidio, la ley penal no expresa la prohibición de matar a otro, denominada norma primaria, y sólo expresan el imperativo al que está llamado el juez a cumplir

-norma secundaria-, el único camino posible para evitar considerar al delincuente que realiza la conducta típica como un sujeto que sólo cumple con lo establecido en la ley penal es admitir la existencia de normas dirigidas al ciudadano que no se expresan literalmente en los textos o leyes penales y que estas solamente expresan la norma secundaria.

Estas fueron las premisas fundamentales en las que se basaron las teorías de las normas de Karl Binding y de M. E. Mayer. Para ambos autores alemanes el ciudadano no infringe la ley penal sino la norma -primaria- la cual precede a la ley y se dirige a este prohibiéndole u ordenándole un determinado comportamiento, sin embargo, la naturaleza e ubicación de dicha norma es lo que varía entre una y otra teoría (Mir, 1976), (Silva, 2002). Para Karl Binding la norma es jurídica y se encuentra en el derecho público extrapenal. En cambio, para Mayer la norma que infringe el ciudadano no es de naturaleza jurídica y su ubicación se encuentra en la misma sociedad (Luzón, 1991).

Expuestos brevemente los conceptos de norma primaria y norma secundaria, es preciso mencionar los conceptos de norma de determinación y norma de valoración para posteriormente establecer la relación entre el tipo y la norma, en otras palabras, con la realización del tipo qué clase de norma se infringe y cuál es la naturaleza que detenta de dicha norma.

Dualidad norma de determinación y norma de valoración

Liszt, (1914) a partir de un enfoque naturalista del delito con sus estructuras objetiva y subjetiva, antijuridicidad y culpabilidad respectivamente, pretendió dar respuesta a la naturaleza e ubicación sistemática de las normas primarias, aquellas que imponen mandatos o expresan prohibiciones a los

ciudadanos, ubicándolas en la parte subjetiva del delito y que representaba la culpabilidad por el dolo, pues en aquel lugar se expresaba la contrariedad del comportamiento con la norma primaria, es decir la decisión contraria al imperativo dirigido al ciudadano.

Siguiendo con esta concepción de delito de von Liszt, pero agregando la categoría del tipo que elaboró Ernst von Beling en 1906, el sujeto que realiza la figura descrita en el texto legal no infringe la norma primaria, y esto es así sin necesidad de recurrir a la relación entre tipo y antijuridicidad que igualmente ofrece la misma solución dogmática. Ejemplo: un sujeto que mata a otro no infringe la norma primaria, puesto que la tipicidad solamente expresa su realización objetiva neutra, mientras que en la culpabilidad –estructura subjetiva– representada por el dolo expresa la infracción de la norma primaria o determinación y hasta no verificar esta categoría no es posible afirmar la infracción de la norma imperativa. Ahora, el sujeto que mata otro amparado por una legítima defensa realiza el tipo penal de homicidio justificado, excluyendo la antijuridicidad, pero sin infringir la norma primaria. Conforme a esta formulación de concepto de delito y con la ubicación del dolo en la culpabilidad la relación entre tipo penal y norma es inexistente y no ofrece explicación a la problemática.

Posteriormente el principal autor de la corriente neoclásica del delito se refirió a la relación entre el tipo y la antijuridicidad manifestando que “es punible sólo el que actúa típicamente. Todo hecho punible es, por consiguiente, un injusto típico. Pero una acción típica es un injusto, siempre que no exista ninguna causa de exclusión del injusto” (Mezger, 1914, p. 143), manteniendo la posición sistemática del dolo en la culpabilidad. Si la realización del tipo no implica su antijuridicidad hasta tanto no se establezca que no se encuentra amparada por una causal de justificación, la tipicidad es, para los neoclásicos, necesaria, aunque no

suficiente, para la antijuridicidad, por lo que no implica la infracción de ninguna norma.

La relación entre tipo y norma procuran establecerla con la necesidad de exigir la tipicidad como elemento necesario para considerar antijurídica una conducta típica, sin embargo, la relación entre tipo y norma se arruina por la presencia de una causal que justifica el hecho típico.

Para poder dar solución a esta problemática y a otras que no lograron superar los clásicos con su construcción naturalista de delito, los neoclásicos formularon la dualidad normas de valoración y normas de determinación.

Para (Melendo, 2002) Goldschmidt fue el primero en establecer la diferenciación de normas y así lograr reformular la categoría de la culpabilidad y considerar que está compuesta de varios elementos y no sólo entenderla como dolo o culpa. Así logra explicar que un sujeto que actúa dolosamente no es culpable debido a que no se encontraba en condiciones normales de cumplir con el mandato o la prohibición.

Goldschmidt fundamentó la dualidad normativa así:

“La antijuridicidad en la infracción de normas de derecho, mientras que entendió la culpabilidad como infracción de normas de deber, para explicar que en las causas de inexigibilidad el derecho no impusiera al sujeto el deber personal (norma de deber) de actuar conforme a lo objetivamente correcto según la norma de derecho” (Mir, 2008, p. 1310)

La diferenciación de normas planteada por Goldschmidt supera temporalmente el problema de concebir la culpabilidad como puro nexo psicológico y entiende que uno de los elementos de la culpabilidad es el dolo, la inimputabilidad y la exigibilidad de una conducta conforme a derecho.

La denominación normas de valoración y normas de determinación la elabora Mezger

con el objetivo de diferenciar las categorías antijuridicidad y culpabilidad y así superar la inexistente relación entre tipo y norma. Para la antijuridicidad entendió que se vulnera una norma de valoración que representa la realización de una conducta típica que lesiona un bien jurídico de lo que se desprende un juicio negativo sobre el hecho realizado.

Por norma objetiva de valoración debe entenderse:

como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del derecho (...) a esta concepción del derecho corresponde la de la antijuridicidad, la del injusto, como una contradicción objetiva con los preceptos jurídicos, como una lesión objetiva de las normas de valoración. (Mezger, 1935, p. 281)

En el juicio de culpabilidad considera que el sujeto infringe la norma de determinación que consiste en un juicio de reproche dirigido al autor al que le precede el juicio de desvalor referido a la infracción de la norma de valoración (injusto). De esta manera explica la naturaleza e ubicación de la norma primaria -determinación-, el sujeto que realiza el injusto infringe la norma objetiva de valoración verificándose la antijuridicidad y con la infracción de la norma subjetiva de determinación se aprecia la culpabilidad del sujeto (Mezger, 1955).

El finalismo, conforme a la estructura lógico-objetiva de la acción, ubica el dolo en el tipo y con él la infracción de la norma de determinación o primaria. De esta manera no es necesario utilizar la dualidad normas de valoración y normas de determinación, exigiendo para el injusto una conducta que contradice el imperativo dirigido al autor que se ubica sistemáticamente en el injusto, reservando para la verificación de la culpabilidad un juicio de reproche al autor que recae en la imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad (Welzel, 1956).

Esta posición dogmática condujo a no exigir el resultado en el injusto para afirmar la existencia de la antijuridicidad de la conducta, ya que al considerar el injusto un comportamiento que contradice el imperativo o mandato no se hacía necesario exigir el resultado, es decir, para la infracción de la norma de determinación o imperativa no es preciso exigir el resultado “porque lo único que puede prohibir una norma de determinación, dirigida a la mente, es que su destinatario lleve a cabo una decisión voluntaria (final). El resultado sólo podría considerarse una condición de punibilidad, no un elemento del injusto” (Mir, 2008, p. 1311).

Para incluir el resultado en el injusto se retoma la dualidad de normas de valoración y determinación, pero sin seguir la concepción de Mezger; para tal fin la doble normatividad la ubican en sede de antijuridicidad y así explicar que el desvalor del resultado corresponde a la infracción de la norma de valoración y el desvalor de la acción representa la infracción de la norma de determinación, de esta manera el resultado o lesión al bien jurídico se incluye en el injusto, necesitando de la existencia de una norma de valoración paralela a la norma de determinación.

Conforme a esta concepción, que constituye la posición mayoritaria (Luzón, 2013), (Jescheck, 1981), (García & Muñoz, 2004), (Bacigalupo, 1996), (Cobo & Vives, 1999), (Cerezo, 2005) la relación entre tipo y norma es la siguiente: realizar el tipo es un indicio de la antijuridicidad que informaría la posible infracción de las normas, pues el injusto es el resultado de la infracción de dos normas (valoración y determinación), sin embargo, la presencia de una causal de justificación elimina la antijuridicidad del hecho típico, pero necesariamente lo hace antinormativo (Welzel, 1956).

En otras palabras, el hecho típico justificado es prohibido (típico e infringe la norma imperativa) y permitido (justificado o que permite la infracción de la norma imperativa) por

el mismo ordenamiento jurídico penal, una contradicción admisible que justificó Hans Welzel (Welzel, 1989) manifestando que “no puede ser lo mismo matar a un hombre en legítima defensa que matar a un mosquito” (Mir, 2008, p.1321), criticando las consecuencias dogmáticas que supone aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo, ya que esta al exigir para el hecho total una parte objetiva, compuesta por el tipo tradicional, y otra negativa, compuesta por la ausencia de causales de justificación comporta negar hasta la misma tipicidad de la conducta y la relación entre tipo y norma o su infracción (Roxin, 1997).

Además de las mencionadas consecuencias dogmáticas de la concepción finalista, esta implica aceptar un cambio sobre la naturaleza de la norma jurídica, entendida como norma imperativa y valorativa y así incluir la lesión del bien jurídico en el injusto.

Hasta aquí se han expuesto las diferentes posiciones dogmáticas sobre la relación entre el tipo y la norma, y los problemas insuperables que supone aceptar la posición dominante, procediendo a exponer la teoría que considero que supera dichas dificultades y establecer la naturaleza de la norma jurídico-penal, su relación con la tipicidad y su ubicación sistemática.

Relación entre la tipicidad y norma de determinación

La necesidad de diferenciar entre ley penal y norma jurídica-penal

Se debe preferir la diferenciación entre ley y norma. La ley penal es fundamentadora de las normas que expresan estas, es decir, la ley penal conforme a su redacción legislativa que no contiene literalmente la prohibición o mandato dirigido a los individuos –norma primaria–, si expresa la norma secundaria, entendida como aquella que se dirige al juez a imponer la pena cuando se realiza el supuesto de hecho.

Por lo tanto, no es correcto afirmar que la norma primaria se encuentre fuera del ordenamiento penal y pertenezca a otro ordenamiento –Binding–, ni que las normas sean de naturaleza social –Mayer– y que precedan a la ley. De la misma ley penal se infiere explícitamente la prohibición y mandato dirigido al ciudadano, en otras palabras: la ley o el texto legal penal contiene las normas primarias y secundarias. De esta forma se da solución al problema de por qué las leyes penales de la parte especial no expresan la prohibición o mandato dirigido al ciudadano y precisar que su naturaleza es imperativa.

En cuanto a los textos legales contenidos en la parte general y su naturaleza, se debe precisar que estas preposiciones cumplen con la función de establecer los límites a los textos legales de la parte especial, pues ninguna ley o texto penal de la parte especial y general poseen un contenido completo, a diferencia de las normas penales en blanco cuya estructura y contenido no es completa. Las disposiciones de la parte general y especial cumplen la función, unas y otras, de establecer los contenidos y límites propios de las diferentes figuras delictivas. Un ejemplo puede explicar mejor esto: el artículo 27 del Código Penal establece el concepto de la tentativa y sus requisitos, esta preposición debe relacionarse con las figuras de la parte especial cuando el caso lo exige, obligando al operador judicial a relacionar la parte general con la especial para poder completar su contenido y alcance.

La naturaleza de la norma jurídico-penal – norma imperativa o norma de valoración

Admitir que las normas son valorativas significa que ellas emiten un juicio de valor sobre el hecho y que no ordenan o prohíben conductas, solución que es inadmisibles. La única posibilidad es afirmar que las normas son imperativos dirigidos al ciudadano a realizar o no realizar determinados comportamientos que valora como negativos. Por lo tanto, una norma

jurídico-penal es un imperativo que contiene una valoración negativa pero que no presupone la infracción de ninguna norma hasta tanto no se verifiquen todos los presupuestos que se encuentran en todas las categorías del delito.

En este sentido lo expresa Mir Puig en los siguientes términos:

1. La norma primaria es imperativa porque impone un deber de omitir, prohibiendo los delitos de acción, o un deber de actuar, obligando a realizar una conducta en los delitos de omisión; 2. dicho imperativo presupone una valoración negativa del hecho prohibido o de la omisión del hecho debido, valoración que es el resultado de otras valoraciones parciales correspondientes a diferentes aspectos del hecho; 3. Ni la valoración global del hecho ni las valoraciones parciales de sus diferentes aspectos constituyen ninguna norma, sino sólo presupuestos de ella (Mir, 2008, p. 1317)

Pero esto no puede significar que sea necesario afirmar que las normas, imperativas que suponen valoración negativa del hecho prohibido o el omitido mandado, presupongan otra norma que sea de naturaleza valorativa, sino que de la misma norma imperativa se valoran hechos considerados como negativos y por lo tanto prohibidos. En el mismo sentido Silva Sánchez manifiesta que “al concepto de norma jurídico-penal pertenece, ciertamente, la formulación de un juicio de valor. Pero entendemos que no nos hallamos ante una verdadera norma más que cuando a esa valoración se une un imperativo” (Silva, 2002, p. 341)

Relación entre la tipicidad y la norma imperativa o de determinación

La solución de la doctrina dominante de considerar que la realización de un hecho típico justificado debe seguir considerándose como prohibido a pesar de realizarse bajo el amparo

de una causal de justificación, aceptando la infracción de la norma imperativa o de determinación, no puede ser acogida por la grave incongruencia que supone, como tampoco admitir que la no presencia de la parte negativa del hecho niegue la existencia de la relación con la norma, según la teoría de los elementos negativos del tipo. La solución que considero adecuada es la propuesta por el profesor Santiago Mir Puig quien manifiesta que la realización del hecho típico presupone la valoración negativa de la norma imperativa pero no por ello se debe afirmar su infracción. (Mir, 2008).

Los hechos prohibidos por las normas primarias merecen una valoración negativa por parte del derecho. Sin embargo, mi tesis es que esta valoración negativa que la norma primaria supone de los hechos prohibidos por ella se basan en valoraciones negativas de distintos aspectos parciales de tales hechos (desvalor del resultado típico, desvalor intersubjetivo de la conducta típica, desvalor subjetivo de la conducta típica) y tales valoraciones negativas no desaparecen cuando concurren causas de justificación que hacen que la norma deje de prohibir el hecho (Mir, 2008).

La realización del hecho típico justificado no niega su desvalor negativo, afirmando que lesionó el bien jurídico (desvalor de resultado), resultado que es atribuido a una conducta generadora de un peligro que supera el riesgo permitido (desvalor intersubjetivo de la conducta típica) y que es abarcado por el dolo de su autor (desvalor subjetivo de la conducta típica), por lo tanto, el hecho típico por sí sólo admite la triple desvaloración pero no con ello afirma la infracción de la norma imperativa aunque sí su relación, conexión valorativa negativa que no se excluye por la presencia de causales de justificación, sin negar que con el hecho típico o la realización del hecho positivo (en términos de la teoría de los elementos negativos del tipo) se produjo un acontecimiento indeseado, un mal para el derecho pero

permitido debido a la prevalencia de un interés superior.

Para afirmar la infracción de la norma de determinación o imperativa se exige la triple desvaloración mencionada que se ubica en las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad, exigiendo además que las desvaloraciones puedan ser atribuidas a su autor, y para ello se requiere de un sujeto penalmente culpable, juicio que pertenece a la culpabilidad.

Para que el hecho penalmente antijurídico pueda ser imputado personalmente a su autor, es preciso que pueda afirmarse que el hecho constituye, además, la infracción personal de una norma primaria que dirija concretamente al sujeto su imperativo (norma de determinación). Ello requiere la capacidad personal de evitar el hecho, que normalmente se dará, pero que excepcionalmente puede faltar en algunas personas.

Cuando falte esta capacidad, el desvalor objetivo del hecho antijurídico no irá seguido de su desvalor personal. Por otra parte la afirmación de la infracción de una norma imperativa no sólo requiere la completa imputación personal del hecho antijurídico, sino también la imputación de su carácter antijurídico. Para que esta última sea posible, es necesario que el sujeto pueda conocer la antijuridicidad del hecho. Sólo tiene sentido prohibir el hecho antijurídico a quien puede conocer su antijuridicidad (Mir, 2009, pp. 535-536).

La existencia de la infracción de la norma imperativa no es suficiente con la realización del injusto, es un presupuesto necesario, pero no suficiente, se requiere que en sede culpabilidad (imputación personal en términos de Mir Puig) se verifique la infracción personal de la norma de determinación y para ello se exige que el sujeto tenga la capacidad de evitar el hecho y que conozca la antijuridicidad de su conducta, lo que constituye uno de los presupuestos de la imputación personal.

Conclusiones

A partir de la formulación del problema de investigación se hizo necesario resolver algunas afirmaciones dogmáticas conforme a las principales corrientes y concepciones del delito que conducen a concluir lo siguiente:

Es necesario diferenciar ley, texto o proposición penal con la norma penal. La ley o texto penal por su redacción legislativa lógica expresa la norma secundaria, sin embargo, de su contenido se infiere la norma primaria.

La naturaleza de las normas jurídico-penales es estrictamente imperativa, de la que se presupone una valoración negativa de lo que prohíbe o de lo que se omite y que se tiene que hacer. La valoración negativa de la norma imperativa no prevé la producción de otra norma de carácter valorativa, presupone la existencia de un valor que protege y que desvalora cuando se realiza el tipo.

Para los clásicos la relación entre tipo y norma de determinación o primaria es inexistente, lo que conduce a afirmar que un hecho típico no es prohibido. La corriente Neoclásica del delito afirma la relación del tipo con la norma es necesaria pero no suficiente hasta tanto no se presenten causales de justificación, por lo tanto, la tipicidad es un requisito de la antijuridicidad, pero esta se niega cuando el hecho se realiza amparado por una causal de justificación. Los finalistas en cambio afirman siempre la existencia de la relación entre tipo y norma, puesto que a pesar de que el comportamiento típico se encuentre justificado no es óbice para negar su prohibición. Es un comportamiento prohibido y permitido por el derecho penal (es antinormativo pero no antijurídico) y por esta vía no tener que negar su dañosidad, de ahí el célebre juicio de Hans Welzel al manifestar que *no es lo mismo matar a un hombre en legítima defensa que matar a un mosquito*. Por el contrario, la teoría de los elementos negativos

del tipo lleva hasta las últimas consecuencias la frágil unión entre tipo y antijuridicidad propuesta por Mezger. Para esta teoría no hay ninguna relación entre tipo y norma al no presentarse la parte negativa (ausencia de causales de justificación) del tipo total, lo que conlleva a excluir la antijuridicidad y la tipicidad. Mir Puig, desde mi punto de vista, soluciona esta problemática correctamente al afirmar la relación entre tipo y norma, pero no a partir de su infracción, sino como una desvaloración propia que contiene el tipo y que no se nega a pesar de que el hecho se ampare en una causal de justificación.

En cuanto a la ubicación sistemática de la infracción de la norma de determinación, los clásicos y neoclásicos consideraron suficiente afirmarla en la culpabilidad (parte subjetiva del delito) debido a la ubicación del dolo en esta categoría, entendida como la relación psicológica entre el autor y su hecho, es decir, como contradicción con la norma que implica el dolo. Los finalistas, por el contrario, ubicaron la infracción de la norma de determinación en el injusto, y si el comportamiento es justificado no se negará la infracción de la norma de determinación, aunque si su carácter antijurídico. Como se puede apreciar es una contradicción que se plantea, la cual es superada manifestando que la infracción de la norma de determinación exige tanto la realización del injusto y la imputación personal de la infracción personal de la norma de determinación, presupuestos del juicio de la culpabilidad.

Referencias bibliográficas

Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

Cerezo, J. M. (2005). *Curso de Derecho Penal Español, Parte General* (6 ed., Vol. 2). Madrid: Tecnos.

Cobo, M. d., & Vives, T. A. (1999). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

García, M., & Muñoz, F. (2004). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jescheck, H.-H. (1981). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. 1). (S. Mir, Trad.) Barcelona: Bosch.

Liszt, F. v. (1914). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Hijos de Reus, editores.

Luzón, D.-M. (1991). *Estudios Penales*. Barcelona: S.A. PPU.

Luzón, D.-M. (2013). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Universitas, S.A.

Melendo, M. J. (2002). *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Granada.

Mezger, E. (1935). *Tratado de Derecho Penal* (2a edición ed., Vol. I). (R. Muñoz, Trad.) Madrid.

Mezger, E. (1955). *Derecho Penal Parte General* (6a edición ed.). Buenos Aires: Bibliografica Argentina S. R. L.

Mir, P. S. (1976). *Introducción a las Bases del Derecho Penal Concepto y Método*. Barcelona, Cataluña, España: Bosch.

Mir, P. S. (2008). Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal. En *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernát*. Madrid: Edisofer.

Mir, P. S. (2009). *Derecho Penal Parte General* (8ª edición ed.). Barcelona, Cataluña, España: Reppertor.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Vol. 1). Madrid: Civitas.

Silva, J. M. (2002). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma Editor.