

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

DEPARTAMENTO DE POSTGRADOS

“Norma y Ley, una controversia conceptual”

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Especialista Superior en Derecho Penal

Autor: Edmundo Pino Andrade.

Director: Dr. Sandro Abraldes.

Cuenca – Ecuador
2009

RESUMEN

Desde hace mucho se ha manejado en la discusión dogmática dos formas de comprensión de las normas penales. Por un lado, se encuentran las *posturas imperativas* que definen las normas como normas de determinación para realizar o dejar de realizar una determinada conducta. A esta línea de interpretación se oponen los que consideran que la norma constituye esencialmente una *norma de valoración*, es decir, un juicio sobre el carácter desvalorado del hecho en cuestión. Por otra parte la doctrina penal ha utilizado otro binomio en la clasificación de las normas: la *norma de conducta*, dirigida a los ciudadanos y por otra parte de *normas de sanción* dirigidas a los jueces.

Para determinar la comprensión de la norma sobre la cual debe construirse la teoría del delito, es necesario tener en consideración la función atribuida al Derecho Penal. Una comprensión de Derecho Penal como mecanismo de dirección de los ciudadanos para evitar la lesión de bienes jurídicos, deberá construir la teoría del delito sobre la norma de conducta. Por el contrario, si se asigna al Derecho Penal la función social de mantener la identidad normativa de la sociedad, entonces la teoría del delito no podrá construirse sobre la base del efecto que las normas penales producen directamente en los individuos.

ABSTRACT

Since time ago, it has been handle de dogmatic discussion in two ways of conceptualization. In one hand, we have the *imperative way of thinking* which define the norm as norms of determination that permit or prohibit certain behavior. In the other hand we have those who consider that the *norm essentially asses a value respect a fact*. The Penal doctrine also has used another classification of norm: the *behavior norm*, that has the citizens as base, and the *sanction norm*, that has as base the judges.

In order to determine the understanding of the norm over which should be developed the crime theory, it is necessary to have into consideration the traditional function that de Penal Law has had. An understanding of the Penal Law as a mechanism to direct the population behavior used to avoid injury the juridical goods, must be developed in base of the behavior norm. On the contrary, if it is assigned to the Penal Law the social function of maintaining the normative identity of society, then, the criminal theory wont be able of being developed over the base of the effects that the penal norms produces directly over the individuals.

SECCION I

Introducción

Tradicionalmente, se define al derecho penal, como un conjunto de normas jurídicas; pero, ¿Qué se entiende por norma jurídico penal?, norma es toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad. La persona no puede vivir aislada en si mismo. Para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades, precisa de la comunicación con otras personas y su auxilio. En una palabra, la existencia del ego supone necesariamente la existencia del alter, es decir, que la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia. Pero esta convivencia no es, ni mucho menos, idílica, sino conflictiva. Es por eso que para regular la convivencia de las personas, se establecen normas vinculantes que deben ser receptadas por los miembros de la comunidad. Y para que sean aplicables dichas normas se las interpreta en forma de leyes, ya más específicas que las propias normas, para la común aplicación en el cotidiano vivir de las personas.

1 El Derecho Penal como Ordenamiento Normativo

Todo Derecho y el Derecho Penal no es excepción, tiene una imprescindible dimensión normativa: todo Ordenamiento Jurídico es un complejo de normas. El concepto de norma jurídica es uno de los elementos esenciales integrantes del propio concepto de Derecho penal.¹

La consecución del orden social solamente puede alcanzarse mediante la articulación de determinadas normas jurídicas. Ahora bien, no todo complejo de normas constituye un ordenamiento, aunque todo ordenamiento es un complejo (ordenado) de normas. El orden es por tanto, un elemento esencial del Derecho, que junto a otras notas características,

¹ **Polaino Navarrete Miguel.** Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley. 2004.

hacen del ordenamiento jurídico un sistema: el derecho es un sistema de normas, ordenado, unitario y coherente.²

El control social juridicopenal es, además, un control normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto. Las normas penales están dirigidas a la persona. Con ellas el estado pretende vincular sus conductas. Así por ejemplo cuando el estado dicta una norma prohibiendo que una persona lesione a otra, con la amenaza de una pena si lo hace, o bien manda que se auxilie a una persona que se encuentra en peligro, amenazándola también condena, pero esta vez si lo hace, esta advirtiéndole que no está dispuesto a soportar estos comportamientos y que se deben buscar vías de solución diferentes a los conflictos sociales³.

Pertenece a la propia esencia del Derecho penal la naturaleza normativa del mismo. En este mismo sentido el Dr. Muñoz Conde: Tradicionalmente, se define al derecho penal, objetivamente, como un conjunto de normas jurídicas.⁴ El Dr. Luís Gracia Martín: “El Derecho Penal, como todo conjunto de reglas jurídicas que ordena la convivencia social desde una perspectiva determinada constituye un *Corpus Normativo*”⁵ Suele decirse que el Derecho penal, en cuanto sector del ordenamiento jurídico positivo, establece prohibiciones (normas prohibitivas, v.gr., no matar, no robar, etc.) y mandatos (normas preceptivas, v.gr., alimentar al hijo menor, socorrer al desvalido, etc.), cuya estricta observancia impone a los destinatarios de tales normas, es decir, a los ciudadanos.⁶

En todo caso, el complejo normativo que conforma el entramado social no es tan sencillo como puede dar a parecer esa descripción. La complejidad estructural es, como enseña la teoría de los sistemas, elemento esencial de la constitución de la sociedad, cuya tarea es precisamente la reducción de esa complejidad. Para el estudio de la norma jurídica, es preciso analizar su concepto, su naturaleza y su estructura.⁷

² Op.Cit. p.387

³ **Ramírez Bustos Juan.** Obras Completas “Derecho Penal Parte General”. Editorial Jurídica del Ecuador.2008

⁴ **Conde Muñoz Francisco.** Derecho Penal y Control Social. Monografías Jurídicas. Temis 2004.

⁵ **Martín Gracia Luís.** Fundamentos de Dogmática Penal. Lima: IDEMSA. 2005

⁶ **Polaino Navarrete Miguel.** Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley. 2004.Pág.388

⁷ Op.Cit. p.388

2 La Existencia de la Norma y el Nacimiento del Deber Jurídico

En lo que se refiere a su origen, la norma penal, en un estado social y democrático de derecho, surge desde la base social como resultado de un juego interactivo de los sujetos que lleva, dentro de un conflicto, a un compromiso entre las partes. Constituyen en consecuencia, una valoración relativa y de compromiso siempre revisable. Son, en última instancia, una imposición del Estado pero que surge desde la misma base del sistema social⁸.

Las normas penales quedan definidas en cuanto están dirigidas a los actores sociales. Justamente de los que se trata es de regular sus relaciones con otras personas en el mundo social. Cuando el estado dicta una norma penal prohibiendo matar, lesionar etc. Esta haciendo una valoración negativa de ciertos actos. Esta dejando sentado el desvalor de conductas que implica la muerte o la lesión de las personas. Es importante tener en cuenta que esta valoración es objetiva, esto es, que es independiente de la persona que realiza dicha conducta desvalorada⁹.

Un comportamiento es contrario a una norma directiva de conducta cuando infringe el “deber hacer” impuesta por ella. La norma fija un modelo de comportamiento debido a que el obligado no cumple. El requisito previo que debe darse para poder afirmar que alguien ha infringido una norma es evidentemente que tal norma *exista*. Como ha destacado Von Wright “el problema ontológico de las normas es esencialmente una cuestión de qué significa que hay (existe) una norma a tal efecto” el interés por determinar los requisitos de existencia de las normas es relativamente reciente, pero ha adquirido un gran peso en la moderna teoría general del derecho.¹⁰

Son distintos los sentidos en que se puede hablar de existencia de una norma, pero no todos tienen interés para la cuestión que aquí estamos analizando. Puede hablarse de existencias de las normas al menos en tres sentidos, que se corresponden a su vez con los tres elementos que suelen barajarse al analizar el concepto de derecho. Como a indicado Alexy citado por el Dr. Fernández Molina, los tres elementos que deben

⁸ **Ramírez Bustos Juan.** Obras Completas “Derecho Penal Parte General”. Editorial Jurídica del Ecuador. 2008

⁹ Op.Cit. p. 475

¹⁰ **Fernández Molina Fernando.** Antijuricidad Penal y Sistema del Delito. Madrid: Bosch. 2003

utilizarse para dar cuenta de las normas del derecho son: su *legalidad* conforme con el ordenamiento jurídico (adecuada promulgación), su *eficacia social* y su *corrección* material (ética); con los que se corresponden tres conceptos: jurídico, sociológico y ético. Si el concepto positivista del derecho, basado en lo que Alexy ha denominado “tesis de separación” entre derecho y moral, sirvió para efectuar sobre todo el concepto jurídico y también el social de validez, dejando en un segundo plano la cuestión de la correcta ética, hoy se percibe un renacimiento de esta última perspectiva. De estos tres conceptos nos interesa el primero, que es el que alude directamente a la existencia de las normas en cuantos directivos de conducta. La determinación de las circunstancias que condicionan la contrariedad a una norma así entendida es independiente de su efectividad social y su corrección moral.¹¹

¿En que momento puede afirmarse que una norma existe como directivo de conducta y que por ello puede ser infringida? La cuestión debe abordarse a partir del análisis de la norma como instrumento para lograr que el comportamiento de los ciudadanos se ajuste al modelo marcado por el ordenamiento. Mas arriba quedaron fijados los requisitos de eficacia instrumental de la norma (determinación del contenido por el emisor; determinación del carácter prescriptivo; comunicación con el destinatario; identificación de las circunstancias en las que nace la obligación, capacidad de cumplimiento y voluntad de cumplimiento). Los dos primeros y el acto de promulgación del tercero se corresponden con la actividad del emisor y el resto hace referencia a las circunstancias de cumplimiento por parte del destinatario. Aunque la visión habitual de la existencia de la norma se limita a lo primero, es necesario insistir en que, al menos desde una perspectiva instrumental, todos los requisitos son igual de importantes. Si falta cualquiera de ellos la norma se vuelve ineficaz. Se trata ahora de determinar que elementos son decisivos para la existencia de la norma, y con ellos para el nacimiento de un deber jurídico, y cuáles no.¹²

Lo primero que salta a la vista es que, si bien todos los requisitos que hemos examinado son igualmente necesarios para la *efectividad* de la norma, no todos lo son para su *existencia*, al menos si se pretende que el concepto de antijuridicidad como contrariedad a una norma existente tenga algún sentido, ya que si la inefectividad de la norma

¹¹ Op.Cit. p.586-587

¹² Op.Cit. p.587

respecto de sus destinatarios hiciere desaparecer siempre su propia existencia no sería posible hablar de comportamientos contrarios a la norma sino ausencia de la norma. Lo que buscamos es un concepto de norma que sea compatible con su infracción. Pues bien, de todos los requisitos examinado solo hay uno respecto del cual resulta en seguida evidente que nos puede ser también presupuesto de su existencia, y es el último: la voluntad de cumplir la norma. Una voluntad contraria a lo prescrito no hace desaparecer la prescripción.¹³

Como es evidente esto sólo puede ser así en la medida en que se admita que el destinatario tiene algún tipo de capacidad decisoria. Frente a un destinatario incapaz de elección, si el estímulo de la norma no condiciona su comportamiento en el sentido por ella indicado automáticamente habría que afirmar que se trata de un instrumento inidóneo: el incumplimiento de la norma sería la prueba de que tal norma no existe como instrumento.¹⁴

Lo peculiar de un directivo como instrumento de modificación de la realidad es justo el hecho de que tenga sentido seguir afirmando que es un instrumento pese a ser ineficaz en el caso concreto, y ello solo es explicable a través de la idea de libertad. Se sigue aconsejando pese a que no se siga el consejo, pidiendo aunque no se obtenga nada y mandando aunque no se obedezca. Precisamente este dato puede encontrarse en la base de la tendencia a identificar el directivo con la expresión del hablante, sea cual sea su contenido y las circunstancias del oyente.¹⁵

Sin embargo parece razonable distinguir entre: *intentar dar* un mandato, orden, consejo etc. Sin conseguirlo; *dar* un mandato, orden, consejo etc., *con éxito*. En el primer caso no hay tal directivo, aunque el emisor intento que lo hubiera. En los casos segundo y tercero si lo hay. Pero la distinción del primero y del segundo es imposible frente a un destinatario que no puede actuar voluntariamente; en particular no existiría el escalón segundo y sí solo el primero y el tercero. En realidad en estos casos, mas que de una función directiva del lenguaje, habría que hablar del lenguaje como elemento desencadenador de una respuesta autentica previamente aprendida. Algo parecido a lo

¹³ Op.Cit. p.587

¹⁴ Op.Cit. p.587-588

¹⁵ Op.Cit. p.588

que sucede cuando el lenguaje sirve para activar mecanismos automáticos. Si imaginamos una puerta automática selectiva que rechaza la voz de determinadas personas y que solo actúa cuando una de ellas se expresa utilizando el modo y la entonación imperativa, no tiene mucho sentido afirmar que se están dando ordenes a la puerta cuando alguien intenta abrirla siguiendo la pertinente rutina. Y aun si se aceptara esta denominación sería evidente que siempre que alguien intentase abrir la puerta y no lo consiguiese tendría que achacarse a si mismo el fracaso por no haber sabido desencadenar la respuesta automática. Solo habría intentos fallidos, por inidoneidad de la “orden” en el caso concreto, e intentos con éxito, pero no hay campo alguno para intentos sin éxito achacables al destinatario.¹⁶

Admito entonces que el último de los requisitos de eficacia de la norma no afecta a su existencia, se trata de determinar ahora en qué medida puede decirse lo mismo de los demás requisitos de eficacia. ¿Condiciona la existencia de la norma las capacidades del destinatario?; ¿y su conocimiento de la situación?; ¿y la recepción del mensaje? La evolución histórica de esta materia muestra, al menos en lo que se refiere al derecho penal, una *progresiva identificación de las condiciones de existencia de la norma penal con las de su eficacia*, como hemos podido ver al examinar la moderna evolución de la teoría del delito. Creemos que este desarrollo no es ajeno al progresivo interés que provoca la visión de la norma como instrumento frente a su consideración como objeto.¹⁷

Pero el problema no se plantea solo en el derecho penal. En teoría general del derecho se ha suscitado desde hace unos años una viva discusión en torno a los presupuestos de existencia de las normas jurídicas y a su relación con el concepto tradicional de validez. La comparación del proceso seguido en esta materia en el derecho penal y en la teoría general es especialmente interesante por cuanto y tiene de visión de un mismo problema desde distintas y complementarias perspectivas.¹⁸

En derecho penal la discusión tiene una larga tradición: tanto como la propia ciencia penal moderna que comienza con la distinción entre injusto y culpabilidad en la segunda mitad del siglo XIX. Como hemos visto, los *Kriminalistische Abhandlungen* de

¹⁶ Op.Cit. p.588

¹⁷ Op.Cit. p.588

¹⁸ Op.Cit. p.589

Merkel son quizá el primer intento expreso de incorporar a los requisitos de existencia de la norma, algunos presupuestos de su efectividad, concretamente los que hacen referencia a la capacidad del sujeto pasivo para recibir, entender y cumplir lo mandado. A partir de entonces, y siempre con la atención puesta en solucionar problemas concretos de la responsabilidad penal, la dogmática ha venido discutiendo ininterrumpidamente hasta hoy acerca de los elementos que condicionan la contrariedad a derecho del comportamiento, lo que no es más que el examen de los requisitos de existencia de la norma penal puestos de manifiesto a partir de su infracción. La exclusión de hechos que no son acciones; las restricciones a la causalidad basadas en juicios de peligro *ex ante*; la incorporación progresiva de elementos subjetivos procedentes de la culpabilidad al injusto; el examen a la infracción del deber subjetivo de cuidado en el tipo del delito imprudente; la evolución de la capacidad de acción en los delitos omisivos desde la perspectiva de los conocimientos y capacidad del omitente; la exigencia del conocimiento de la norma para la propia antijuridicidad del hecho; etc., son pasos en la línea de ir aproximando las condiciones de existencia con las de eficacia de la norma. pero esta aproximación se hace de una manera un tanto desordenada, a impulsos de las propias necesidades prácticas que se le plantean al jurista, con avances y retrocesos sucesivos y sin contar con un previa aclaración conceptual que permita sistematizar las diferentes situaciones poniendo de manifiesto sus afinidades y diferencias.¹⁹

En teoría general del derecho, por el contrario, la discusión es mucho más reciente y tienen un conocimiento marcadamente teórico, ya que lo que se busca es el análisis lógico-formal de la norma.

Problemas como los que plantean en las normas que prohíben resultados, o en las que se encuentra tras la tentativa de delito o los actos preparatorios han sido agudamente tratados en derecho penal y escasamente en teoría general.²⁰

¹⁹ Op.Cit. p.589

²⁰ Op.Cit. p.590

3 Teorías de la Norma

3.1 La Teoría de las Normas de Carlos Binding.

En toda regla penal se aperciben, incluso a la más somera inspección, dos partes distintas, aunque relacionadas como antecedente a consiguiente: el Precepto y la Sanción. El Primero, aunque a veces-harto a menudo por desgracia- se reduce al verbo activo, suele ser la descripción sintética de un supuesto de hecho humano. La Sanción es la pena que se asocia a esa conducta. *La comunis opinión* era la que el delincuente, con sus actos violaba ese presenta; o mejor dicho, quebrantaba la ley. Francisco Carrara comienza diciendo que el hecho punible como la “la infracción de la ley del Estado”.²¹

Carlos Binding levanto su autorizada voz contra ese común sentir. Si nos fijamos en la redacción de los preceptos contenida en la ley penal, se ve claramente que la prohibición esta implícita, pues la forma de expresar los hechos hipotéticos es meramente descriptiva. Por tanto, el delincuente no viola ley, sino algo que esta por encima de las reglas escritas. Con razón escribe Binding: “ante la ley penal y sobre ella, esta la norma”. De igual manera y, de forma muy expresiva ha escrito Binding: “el delincuente en ves de transgredir la ley penal, conforme a la que es enjuiciado, debe, en todo caso y por el contrario, obrar en conformidad con la primera parte de esa ley, en consecuencia con ella. En primera parte exige caracterizar precisamente la acción punible; en ello reside una trasgresión legal. En otras palabras: la ley que transgrede el delincuente va delante, en le concepto y en la regulación, pero no así en el tiempo de la ley que prescribe la manera y la naturaleza del juicio. De esta equivocada identificación depende la idea tan extendida como errónea, de que el delincuente transgrede una (ley penal) por lo cual hemos de demostrar que su acto significa, en todo caso, la infracción penal de una ley en sentido amplio; esto es, de un principio jurídico, pero en modo alguno la infracción a una pena conminada o descrita por la ley penal”.²²

En el sentir de Bindig, esos dos principios aparecían en el derecho romano con muy clara separación: *Primo ponit prohibitionem. Secundo ponit poenam transgressoribus*. Tenemos pues, de un lado, la “norma” y de otro la sanción penal. Pero en leyes modernas, por una

²¹ Carrara Francesco. Programa de Derecho Criminal. Temis 2004. Tomo 1

²² Jiménez de Azua Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Tercera edición. Buenos Aires: Losada. 1965. Pág.313-314

forma de elipsis jurídica, el precepto va implícito en la sanción; es decir, que la norma es un supuesto necesario de toda sanción penal.²³

Concebida la norma de este modo, a saber, como un precepto objetivo autónomo, atribuye al Estado, según el propio Binding un derecho subjetivo para exigir la obediencia al imperativo contenido en dicha norma. La infracción de este derecho subjetivo estatal, hace surgir lo injusto o antijurídico, cuya esencia consistirá por tanto, en la mera violación de un derecho; el acto que entraña esa simple violación es un *Delikh*. En cambio la ley penal atribuye al estado un derecho subjetivo que le autoriza a castigar. En tal caso la violación de la norma lleva aparejada una sanción penal y constituye ya una infracción punible: *Verbrechen*.²⁴

Si para ejemplarizar lo afirmado recurrimos al Código Penal Español o el Argentino, vemos que, en referencia al robo dice el primero: “Son reos del delito de robo los que, con animo de lucrarse, se apoderen de las cosas muebles ajenas, con violación o intimidación en las personas o empleado fuerza en las cosas”. Este es el precepto. Y, no en el mismo artículo, sino en los siguientes, figura la sanción adoptada a los medios de violencia o fuerza, estableciéndose en ellos que quien tal haga “será castigado” con esta o la otra pena. *Mutatis Mutandi*, y salvo que precepto y sanción aparecen en el mismo artículo, lo mismo ocurre en el 164 del Código penal argentino. El ladrón, al “apoderarse” de las “cosas muebles ajenas”, no quebranta la ley, en el mismo sentido el 550 del Código penal Ecuatoriano²⁵, sino que como Binding dice, la “realiza”: ejecuta una conducta totalmente adaptada al precepto. No es esta, pues ni infringiendo ni siquiera susceptible de serlo, pues que se trata de una mera descripción que el hombre ejecuta, vivificando así el supuesto legal. Lo que el delincuente a infringido es lo que esta antes y por encima de esa descripción: la norma prohibitiva “no robaras”. “La ley que el delincuente a trasgredido, procede conceptual y casi siempre temporalmente, a la ley que dispone la clase y modo del enjuiciamiento”, a dicho Binding las normas pueden asumir un aspecto negativo, como “no mataras” y entonces dan lugar a delitos de acción,

²³ Op.Cit. p.314

²⁴ Op.Cit. p.314

²⁵ **Código Penal**. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2006

o cometer un mandato de “auxilio”, y en tal supuesto se originan los delitos de omisión.²⁶

Con razón a escrito Binding: la norma crea lo antijurídico: la ley crea el delito. O dicho más exactamente: la norma valora; la ley describe. Es esta la que atribuye al estado el poder coercitivo. Por eso estampo aquél esta expresiva frase: “ley sin pena es una campana sin badajo”.

Para hallar el concepto de norma, Binding propone tres procedimientos; dos de ellos para deducir mediatamente, y el tercero de un modo inmediato, referido al derecho escrito. Al analizar el carácter de las normas, afirma el famoso profesor alemán que casi todas ellas corresponde a otras ramas del derecho, con el rasgo común de ser públicas. Al morir se encontraron entre sus muchos papeles copiosos indicaciones, para la busca de la correspondencia entre los preceptos de la legislación penal y la norma en otros sectores jurídicos. No logro sin embargo, acreditar que todas las normas están expresamente formuladas en el derecho positivo. Junto con esta falta de taxativa expresión en ciertos casos, estaba la firme creencia de Binding de que jamás pueden hallarse contenidas en el derecho penal, en las que solo están implícitas, dando así margen a la censura que se le ha hecho, acaso con justicia, de qué las normas quedaban así flotando en una imprecisa zona metalegal.²⁷

Adolfo Princ: “lo que caracteriza la infracción como fenómeno jurídico, es la sanción penal. Un artículo del código penal que crea una infracción implica siempre la preexistencia de un principio general que se trata de hacer respetar”. Pocos parágrafos después añade: “la doctrina se contenta, en general, para la definición de infracción, con decir que la infracción es la violación de la ley penal.....Esta terminología es inexacta. Y, *mutatis mutandis*, repite lo dicho por Binding sobre la existencia de una norma anterior al artículo del código penal que es lo que viola el agente”.²⁸

²⁶ Jiménez de Azua Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Tercera edición. Buenos Aires: Losada. 1965. Pág.314

²⁷ Op.Cit. p.315-316

²⁸ Op.Cit. p.316

3.2 Las Normas de Cultura de Max Ernesto Meyer.

Entre la vaguedad de Binding y la excepcional magnitud de Liszt, llegó a concretarse la certera doctrina de la “Las normas de cultura”, expuesta por Max Ernesto Meyer el año de 1903 en una interesante monografía utilizada después en la construcción del Derecho Penal en su famoso *Lehrbuch*. Cultura es el cultivo- como el latín lo expresa- de un interés común y de la situación resultante, situación que está matizada con un asentó de valor. La cultura es una realidad transformada en realidad valiosa. Solo la naturaleza es ciega para el valor. No pueden identificarse civilización y cultura. Esta es una postura crítica. Su forma más interesante para nosotros es el momento en que el Estado, en sus leyes, adopta una determinada aptitud ante la misma, reconociendo ciertas normas culturales y rechazando otras, con lo que separa la conducta jurídica de la que es contraria al orden jurídico. Pero el Estado es una sociedad que no crea cultura, por eso en la ley no se agota todo el derecho.²⁹

El profesor Meyer, llega, pues a la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico la sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por los que la sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. “es antijurídico- concluye el genial maestro - aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado”. Y explicando su tesis añade: “Se debe repetir una vez más que para *fundamentar* el orden jurídico y no para suplantarlo es preciso retroceder la teoría hasta aquel complejo de normas prejurídicas de las que se obtiene el Derecho. Para poder interpretar las líneas de la ley. Para poder leer entre líneas, para preservarnos de la confusión y, últimamente, para prestar a las resoluciones de la práctica una medida objetiva fija, se tiene que saber lo que es una conducta antijurídica”.³⁰

Guillermo Sabatini parte del concepto de Meyer, pero, según él, debe completarse la doctrina y no quedarse detenido como éste en las normas de cultura reconocidas por el Estado, sino que se debe fijar el tipo de valoración en la cultura considerada como un

²⁹ **Jiménez de Azúa Luís.** Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Tercera edición. Buenos Aires: Losada. 1965.

³⁰ Op.Cit. p.317

todo orgánico. “Mayer – objetiva Saber – busco el concepto de normas de cultura en vez de buscar el de la cultura”. Pero esta teoría de Sauer, que hace radicar lo contrario a la norma “concepto total de la contradicción de la cultura”, será la explicación de la tesis de Meyer, pero en el fondo la doctrina es idéntica y lo que al jurista le importa es la que Max Ernesto Mayer ilustró.

El propio Edmundo Mezger, que afirma que todas las leyes “son emanación positiva del Derecho”, cree que “ésta sólo es posible con arreglo a determinados presupuestos”, constituidos por “el *total complejo de cultura*, de la que el Derecho surge y a la que se refiere regulándola”, y por “la *idea racional del Derecho mismo*, que solo crea Derecho como tal Derecho”.³¹

3.3 Planteamiento de Hans Kelsen y Carlos Cossio

La corrección metódica con la cual planteo Kelsen la formulación relativa a la norma jurídica, es digna de su prestigio.³²

No concuerda con Binding en su concepto sobre lo ilícito. Pues mientras para este último lo ilícito es anterior y previo a la ley, en cambio para Kelsen un hecho solamente surge como ilícito, cuando la norma se ha establecido como un presupuesto, cuya consecuencia de transgresión es la sanción.³³

Es tan complejo el planteamiento de Kelsen que, en ningún momento ni manera, deja nada vagando fuera del derecho.

Asegura Kelsen que las normas jurídicas, no pueden deducirse a formulas imperativas como: No matar. Amar al prójimo. Hacer el bien. Evitar el mal. Cumplir los pactos. Ser correcto. Pues así no podemos distinguir la norma jurídica de la norma moral; no queda especificada la coacción que es posible ejercitar para lograr el cumplimiento de la norma jurídica; no se concede a la transgresión el lugar intrasistemático que le corresponde en el problema; supuesto que la sanción no es sino el medio compulsivo que traen la

³¹ Op.Cit. p.318-319

³² **Jaramillo Ortega Rubén.** Introducción al Derecho. Loja (Ecuador): Ed. Universidad Técnica Particular de Loja. 1995

³³ Op.Cit. p.18

normas jurídicas, para que su cumplimiento sea coercitivamente obligatorio; es decir que la trasgresión a la hipótesis de la norma es la condición jurídica de la sanción.

Por todo esto, no se puede expresarlo que es un propósito jurídico completo (inicio de la ley, y de la norma, por tanto), sin esta formulación doble (compuesta de dos partes); la misma proposición que se integra por una norma primaria y una norma secundaria (Cassio prefiere llamar perinorma, a la parte que trae la nota de coacción y endonorma a la que presenta la hipótesis. Y allí el único punto de discordia).³⁴

Ahora para la perfecta comprensión del asunto, partamos de elaborar una proposición jurídica completa: que comprenda por tanto, la endonorma y la perinorma, siguiendo la terminología de Cossio.³⁵

En primer lugar, digamos las equivalencias exactas, de los signos A, P, S, que son, en su orden: conducta, prestación y sanción (sanción debe entenderse como consecuencia al incumplimiento, aun cuando no sea pena).

En tal forma que, una proposición completa, de carácter general, sería por ejemplo: *Dado el estado de convivencia en una comunidad humana, debe ser el resto de sus integrantes, a la vida, a la honra, a los bienes de todos; dado el no respeto, debe ser la sanción al responsable* (esa sanción o consecuencia, se determina en la ley para cada caso).³⁶

Y, a manera de ejercicio, descomponiendo la formula completa de esta proposición jurídica, que contiene por lo mismo una norma jurídica, expresemos algunas normas primarias o perinormas.

Formula: Dado: no P, debe ser S

- Dado el homicidio (no P, en cuanto al respeto debido a la vida de los demás), debe ser la sanción al delincuente, antisocial, o como se quiera llamar al responsable.

³⁴ **Kelsen Hans.** La Teoría Pura del Derecho, Introducción a la Problemática Científica del Derecho. Editorial Lozada, Buenos Aires.

³⁵ **Jaramillo Ortega Rubén.** Introducción al Derecho. Loja (Ecuador): Editada. Universidad Técnica Particular de Loja. 1995. Pág.20

³⁶ Op.Cit. p.23

- Dado el latrocinio (no P, en cuanto al respeto a los bienes y a la vida), debe ser la pena responsable.³⁷

El concepto sanción, tiene su equivalencia y función represiva, solamente en el derecho punitivo; en tanto que si la figura corresponde a otra materia, en realidad el término sanción se sustituye por la consecuencia jurídica a la cual queda sujeto el trasgresor. Así:

Dada la ocupación para el goce de un local arrendado, debe ser el pago de la pensión locativa; dado el no pago de tal pensión, debe ser la sanción al incumplimiento. Pero “que sanción” Si dejar de pagar una deuda, en ninguna manera es delito.

El concepto de sanción contenido en la formula, cambia completamente, en estos casos. Pues que, dado el incumplimiento del locatario, debe ser el reclamo del arrendador ante el órgano del Estado (el jurisdiccional), para que este, por intermedio de su Ministro (el juez) ordene la retención de las muebles con los cuales haya guarnecido el bien arrendado, quien esta en mora de pagar la pensión de arrendamiento; y para que, si es necesario, se subaste esos muebles, al efecto de que el incumplido, aun contra su voluntad, siga lo establecido por la norma secundaria. Consecuentemente el concepto de sanción, aun cuando no sea pena, se cumple en todo caso.³⁸

Ahora bien la forma mas normal de evitar la acción de la norma primaria o perinorma, es cumplir voluntariamente y espontáneamente con la norma secundaria o endornorma, sobre cuyo contenido, en igual forma, vamos a ejemplificar.

Formula: Dado A, debe ser P.

- Dada la suscripción de un pagare, debe ser el cumplimiento de la obligación que contiene, en el plazo convenido.
- Dado el empeño de una cosa, debe ser la conservación sin uso, de la misma, en poder del acreedor (prenda con desplazamiento).

³⁷ Op.Cit. p.24

³⁸ Op.Cit. p.30

Es incuestionable que hay mérito en la teoría de Kelsen, quien pudo demostrar de la manera más práctica y metódica que las proposiciones jurídicas y por tanto, las normas, no pueden ser correctamente expresadas con la fórmula Aristotélica: Dado A es B. pues el razonamiento para el derecho es distinto, por que las normas jurídicas no son causales. Por eso es que la fórmula kelseniana ha sustituido el verbo copulativo *ser*, con la fórmula perifrástica *debe ser*. Pues el supradicho verbo copulativo y sustantivo resulta demasiado inflexible para expresar exactamente lo que ocurre con la norma jurídica, en relación a que puede o no puede producirse su cumplimiento, en cuanto a la hipótesis que contiene.³⁹

El Dr. Bustos Ramírez considera que para Kelsen las prohibiciones o mandatos también las autorizaciones juegan un rol completamente accesorio o secundario, pues las acciones de los individuos son simples presupuestos de la acción del Estado, que es entonces lo único fundamental a la hora de analizar la regla jurídica. En el fondo Kelsen plantea nuevamente un monismo dentro del campo del derecho y desde un doble punto de vista⁴⁰.

Por una parte, lo único que interesa al Estado, su actividad el individuo con su actividad carece de importancia, es un simple presupuesto. Por otra parte, todas las normas son de sanción, no hay otra posibilidad y todo el resto es accesorio o dependiente. Es decir con Kelsen se llega a un monismo todavía más exagerado que el que existía en la teoría de las normas⁴¹.

³⁹ Op.Cit. p.30

⁴⁰ **Ramírez Bustos Juan.** Obras Completas “Derecho Penal Parte General”. Editorial Jurídica del Ecuador.2008

⁴¹ Op.Cit. p.110

SECCION II

1 Concepto Unitario y concepto diferenciador de norma jurídica

1.1 Concepto Unitario

Los conceptos de derecho y de norma son correlativos: existe una íntima correlación entre lo jurídico y lo normativo (así como, paralelamente, entre lo antijurídico y lo antinormativo). El derecho implica siempre una pluralidad de normas, de modo que la vulneración del derecho (antijuricidad) implica una vulneración de una norma (antinormatividad).⁴²

Tal *concepto unitario de la norma jurídica* parte de la concepción del *Ordenamiento jurídico como una unidad*, de modo que sostiene que la norma se presenta como una –única- unidad para todo el Ordenamiento: la vulneración de una norma opera en relación a todo el Ordenamiento jurídico, esto es, no puede una norma vulnerar un sector del ordenamiento y, no obstante, quedar amparada por otro sector del mismo.⁴³

A principios del siglo XX, sostuvo Beling un *concepto unitario de lo normativo*. Según este autor- creador de la teoría del tipo-, la norma es un concepto unitario que sirve de máxima expresión de la voluntad reguladora del Orden jurídico en su conjunto. El ordenamiento jurídico se presenta, pues, como una intrínseca unidad conceptual libre de unilaterales contradicciones. El carácter normativo de los preceptos jurídicos impide descomponer el concepto de antijuricidad en tantas contradicciones del derecho como disciplinas jurídicas existen: así, en una contrariedad a derecho privado, a derecho constitucional, a derecho canónico a derecho penal....⁴⁴

Para Beling, la esencia de lo antijurídico reside en lo antinormativo, es decir, no en la contradicción de un precepto concreto, sino en la contrariedad al derecho conjunto, al Ordenamiento jurídico considerada en su totalidad. La uniformidad de lo antijurídico, sin

⁴² **Polaino Navarrete Miguel**. Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley. 2004

⁴³ Op.Cit. p.393

⁴⁴ Op.Cit. p.393

perjuicio de las singulares características autónomas, evita odiosas contradicciones de las concretas oposiciones al derecho entre sí. Por ello, en los supuestos de conflicto normativo, el conjunto de los preceptos del derecho permite obtener un juicio concluyente acerca del carácter justo o antijurídico del supuesto de hecho concreto.⁴⁵

Pero, a mi juicio, este planteamiento no es plenamente convincente, porque *antijuridicidad no es igual a antinormatividad*. La antijuridicidad es, en efecto, una propiedad de contrariedad a la norma, una oposición o contradicción al derecho; pero no es la *contradicción* misma. En rigor, la antijuridicidad es –como decía Welzel– un predicado (algo objetivo), mientras que el injusto es un sustantivo: la conducta antijurídica misma. Por ello, la antijuridicidad es única (concepto diferenciador de antinormatividad): hay un injusto civil, un injusto penal, un injusto administrativo, etc., pero tales conductas sólo son contrarias a derecho (antijurídicas) o adecuadas a él (jurídicas): *tertium non datur*.⁴⁶

1.2 Concepto diferenciador

Frente al concepto unitario de la norma, la concepción diferenciadora sostiene que existen tantas normas como sectores del Ordenamiento, de modo que la infracción de una norma penal no conlleva una antijuridicidad civil, ni administrativa ni fiscal, sino precisamente penal.⁴⁷

La *especialidad de la norma jurídica* vendría dada, en consecuencia, por la *especialidad de la mayoría* que trata de regular. De este modo, aun cuando pudieran englobarse en un concepto común de norma “jurídica penal”, habría básicamente que diferenciar la específica “norma penal” de otras específicas normas jurídicas, tales como la “norma civil”, la “norma administrativa” o la “norma fiscal”.⁴⁸

A este planteamiento, se opone la comprensión totalizadora propuesta desde la teoría de los sistemas sociales, de autores como Luhmann, Parsons, etc., que conciben el derecho como un subsistema de un sistema global, la sociedad. El subsistema jurídico, concibe

⁴⁵ Op.Cit. p.394

⁴⁶ Op.Cit. p.394

⁴⁷ Op.Cit. p.395

⁴⁸ Op.Cit. p.395

como una entidad, quedaría englobada en su conjunto en el sistema social, de modo que solo la constitución general del derecho tendría sentido en cuanto tal si queda integrado en la sociedad. El derecho se constituye o concibe por y para una sociedad, manteniendo ambas lógicas relaciones de interrelación, cuya trascendencia para el derecho penal ha puesto especialmente relieve Gunter Jakobs.⁴⁹

⁴⁹ Op.Cit. p397

SECCION III

I Naturaleza de la norma jurídica

1.1 Teorías Imperativistas.

La norma como mandato o imperativo.

Las teorías imperativistas conciben la norma jurídica como un “mandato” o “imperativo”, sostienen que el ordenamiento jurídico es un “conjunto de imperativos” que reflejan la “voluntad general”, dirigida al “querer individual” de cada “sujeto concreto”, con el propósito de mantener el orden jurídico en la convivencia social. Para estas tesis, la cualidad de la coercitividad es una característica, no ya integrante o definitoria, sino verdaderamente constitutiva del ordenamiento jurídico en su conjunto.⁵⁰

Los seguidores de una noción imperativa de la norma penal, atribuyen consecuencias fundamentales al desvalor de la acción como constitutivo del injusto.⁵¹

Entre lo mas conspicuos representantes de la teoría imperativista de la norma jurídica, pueden citarse a Jeremy Benthan y John Austin, en la doctrina clásica. En el ámbito penal, las teorías de los imperativos deben su originaria configuración a Augst Thon y Ernst Rudif. Mas modernamente son de significar las aportaciones del último Kelsen, destacado jurista vienes.⁵²

La totalidad del derecho de una sociedad, dice August Thon, no es más que un conjunto de imperativos. Los preceptos jurídicos contienen siempre un imperativo- un “praeceptum legis”, en palabras de Thon, o, como hoy diríamos, una “norma” – que expresa: “!tú debes hacer u omitir algo!”. Este imperativo se halla dirigido a todos los sujetos integrantes del grupo social (destinatarios de la norma), con independencia de las condiciones de imputabilidad de los mismos, pues toda norma jurídica abarca como *destinatarios idóneos* tanto a los sujetos imputables como inimputables. El gobernante a de imponer determinadas actuaciones a los ciudadanos, en orden a la consecuencia de los fines del

⁵⁰ **Polaino Navarrete Miguel.** Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley. 2004

⁵¹ **Criminet. Revista Electrónica** de Ciencia Penal y Criminología; varios números.

⁵² **Polaino Navarrete Miguel.** Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley. 2004Pag.400

Estado. la norma jurídica es el vehiculo de expresión del mandato legal, de modo que la norma integra esencialmente un imperativo dirigido a los ciudadanos, que deben adecuar sus actuaciones al contenido de la norma, so pena de poder recibir las consecuencias que la propia norma prevea para su eventual infracción. Por ello el derecho expresa un *impulso normativo* sobre sus destinatarios, orientado a una conducta positiva o negativa, cuya ejecución es determinada en una norma preceptiva o prohibitiva.⁵³

No debe olvidarse que la teoría de los imperativos es el reflejo en el Derecho Penal de la teoría de los derechos subjetivos del Estado. Conforme a esta teoría el Estado es titular de un derecho subjetivo público que le reconoce el derecho de mandar, sin mayor contenido apto para exigir la obediencia y ejercer el imperio⁵⁴.

El imperativismo tiene dos variantes. La primera, que es conocida como teoría monista de las normas, ciertamente la mas simple, sostiene que el derecho solo esta compuesto por deberes de hacer y no hacer (mandatos y prohibiciones). Reconoce la existencia de otras reglas jurídicas por ejemplo las permisivas, pero ellas no son autónomas sino que solo cobran significación en relación con los imperativos. Así por ejemplo, la regla jurídica que permite matar en legítima defensa en el caso concreto anula total o parcialmente el imperativo que prohíbe matar. La segunda es la teoría dualista de las normas. Esta variante del imperativismo sostiene que en derecho junto a los imperativos hay también otras normas que nos son prohibiciones o mandatos, como las reglas o normas permisivas. Estas reglas tienen un carácter independiente y no tienen por función delimitarlas o circunscribirlas⁵⁵.

La Norma de Determinación

Las regulaciones jurídicas de valoración establecen un orden social determinado de distribución adjudicación de bienes y riesgos en virtud de ciertos juicios de valor fundamentales. Las normas de valoración que constituyen este orden social, sin embargo, no pueden asegurar por si mismas la vigencia y mantenimiento de ese orden social. Para asegurarle es preciso establecer un tipo de regulación jurídica distinto en un nivel

⁵³ Op.Cit. p.402

⁵⁴ **Ramírez Bustos Juan.** Obras Completas “Derecho Penal Parte General”. Editorial Jurídica del Ecuador.2008

⁵⁵ **Polaino Navarrete Miguel.** Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley. 2004. Pág.478

superior, cuyo fin sea la protección del orden social configurado por las normas de valoración. Este nivel de regulación jurídica está constituido por las llamadas normas de determinación.

La concepción actualmente dominante, a diferencia de lo que sostenía Mezger, considera ya la norma en la que se basa el injusto como imperativo, como **norma de determinación**, que se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe hacer y dejar de hacer; pero pese a ello — a diferencia de la vieja teoría subjetiva de la antijuridicidad — separa injusto y culpabilidad, aceptando que la norma de determinación se dirige por igual a capaces e incapaces de culpabilidad (niños, jóvenes, enfermos mentales), y que por lo demás tampoco tiene por que ser conocida por el individuo, sino que solo es preciso que sea objetivamente reconocible (con lo que el error de prohibición es un problema de injusto, sino de culpabilidad)⁵⁶.

Si los tipos se basan en una norma de determinación, en una instrucción de conducta del legislador, entonces esa norma no puede prohibir la mera acusación, sino solo una determinada contrario al cuidado debido.⁵⁷

La justificación de esta concepción estriba en que también los inimputables se pueden motivar por regla general por la norma jurídica (por ejemplo incluso a los niños se les dan constantemente ordenes, que la mayoría de las veces obedecen), y en que una infracción de aquella por los inimputables acarrea, no una pena, pero sí otras consecuencias jurídicopenales relevantes (imposición de una medida de seguridad, derecho a la legítima defensa del agredido).

Las normas de determinación, tienen ya, a diferencia de las normas de valoración, una cierta amplitud para cumplir funciones de protección del orden social configurado por los bienes jurídicos. Las normas de valoración carecen de esta fuerza por que se agotan en el puro juicio de valor, y desde la perspectiva de la conformidad o contrariedad con el orden jurídico se limita a expresar juicios de valor sobre lo que acaece o sucede. Las normas de determinación, en cambio, no se agotan en un mero juicio de valor, pues se traducen en ordenes dirigidas a la voluntad y son, por ello, normas de determinación de conductas que

⁵⁶ **Roxin Claus**. Derecho Penal Parte General. Tomo I. “Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, Madrid: Civitas. 2006

⁵⁷ Op.Cit. p.997

pretenden ejercer *ex ante* una influencia en el acontecer mediante la prescripción de la dirección de procesos causales por la voluntad hacia una meta deseado mediante la prohibición de originar y desarrollar aquellos en dirección la producción de un resultado no deseado contrario al orden social.⁵⁸

Una regulación de conductas humanas mediante normas de determinación de la conducta, en la medida en que establece el modelo de conducta socialmente correcto, y en la medida en que tales normas sean respetadas, tienen ya capacidad de protección del orden social. Para una regulación de este tipo tiene que destacarse por fuerza como esencial la estructura ontológica de la acción humana, es decir, la finalidad, pues únicamente cuando el sujeto “conozca” la meta de la acción podrá elevar dicha meta a motivo de su actuar y adoptar, en consecuencia, la resolución de voluntad correcta prescrita por la norma como conforme con el mandamiento del orden social. Como expresó en este sentido *Armin Kaufmann* “el momento teleológico va aún más allá: quien se representa la norma como motivo posible de una conducta conforme con la norma, se verá inducido por regla a preocuparse también por esta posibilidad de motivación”, y por otro lado, concluye *Armin Kaufmann*, “puesto que toda norma ‘quiere’ influir, corresponde a su esencia no permanecer sólo en una estructura conceptual abstracta, sino ser obedecida”. La voluntad de realización (finalidad) tiene que ser por fuerza objeto de la valoración que constituye el presupuesto lógico de la norma de determinación y, por ello, el objeto de esta norma sólo puede estar constituido por acciones finales. De otro modo se incurriría en una contradicción lógico-objetiva.

Las normas de determinación, como se ha explicado, son pues instrumentos de protección del orden social configurado por los bienes jurídicos y desempeñan, sin duda, una función *preventiva*. Ahora bien, interesa destacar que esta función preventiva la desempeñan las normas de determinación hasta cierto punto por sí mismas y sin necesidad de apelar aún a ninguna consecuencia jurídica reactiva para el caso de su infracción. Esta función preventiva de las normas de determinación se produce ya a partir de la mera existencia de la norma y por ella misma, sin que sea necesario apelar aún a ninguna consecuencia jurídica de ninguna clase (pena, sanción administrativa, sanción civil, etc.). Pero lo que esto demuestra entonces es que aquello que pueda ser objeto de la amenaza de una pena

⁵⁸ **Martín Luís Gracia**. Fundamentos de Dogmática Penal. Editorial IDEMSA. 2005

puede determinarse y de hecho se determina con independencia y sin consideración alguna de las funciones que se atribuyan a las consecuencias jurídicas que puedan establecerse como reacción a la infracción de la norma de determinación. Hecho este que habla en contra de las orientaciones metodológicas –aquí expresamente rechazadas– que pretenden determinar los contenidos del supuesto de hecho penal (el delito) desde la teoría de la función y de los fines de la pena. Por ahora puede decirse, a partir de todo lo expuesto, que “la función del Derecho penal consiste esencialmente” –como dice con razón Cerezo Mir– “en el fomento del respeto a los bienes jurídicos” para lo cual las normas deben “tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso”.

Con todo lo razonado se ha tratado de demostrar que la estructura ontológica final de la acción humana se destaca como esencial para la valoración jurídica que ha de constituir el presupuesto lógico de una regulación de conductas humanas. En este sentido, además, la estructura ontológica de la acción humana tiene que ser vinculante para la regulación jurídica de conductas humanas mediante normas de determinación. Esto plantea ahora dos problemas con respecto a los que no puede eludirse aquí una respuesta. El primero interroga acerca de si, no obstante todo lo razonado, la norma de determinación deberá entrar en escena sólo en el estadio de la culpabilidad y no en el previo de la antijuridicidad. El segundo problema, consecuencia de la respuesta que se dé al anterior, nos interroga acerca de si en el caso de llegar a la conclusión de que la antijuridicidad debe concebirse necesariamente como infracción de normas de determinación, habrá que aceptar entonces que aquélla es esencialmente una categoría subjetiva como se objeta por algunos sectores de la Dogmática jurídico-penal.

1.2 Teorías Anti-imperativistas

Frente a las teorías imperativistas de la norma jurídica (que venían en esta esencialmente un mandato jurídico), diversos autores sostuvieron opiniones contrarias, dotando a la “norma jurídica” de un *contenido no imperativo* de vario alcance: la norma como *juicio hipotético*, como *regla técnica* o como *juicio de valor*.⁵⁹

⁵⁹ Op.Cit. p.403

1.2.1 La norma como juicio hipotético

La norma jurídica como juicio hipotético significa que la norma es un juicio que contiene dos elementos: una hipótesis, condición o presupuesto de hecho, una consecuencia jurídica. El esquema básico podría resumirse en la siguiente ecuación: Si es A, es B (= el que mate a otra persona, será castigado con tal pena de prisión)⁶⁰

1.2.2 La norma como regla técnica

La norma jurídica como *regla técnica* se vale del empleo de ciertos criterios a través de los cuales se pretende el cumplimiento del contenido de la norma.⁶¹

1.2.3 La norma como juicio de valor

Las concepciones hoy dominantes pone también en la base del injusto una norma de valoración, en cuanto la realización antijurídica del tipo se desaprueba por el derecho como algo que no debe ser. Según esto, mientras que la infracción contra la norma de determinación se fundamenta el desvalor de la acción y se agota en el mismo, la norma de valoración también abarca adicionalmente el resultado⁶².

Ciertos sectores del Derecho no se constituyen a partir de lo que entendemos en sentido estricto por normas, es decir, de imperativos que tienen por objeto la conducta humana, sino que se derivan de otro tipo de proposiciones jurídicas cuyo sentido es *prima facie* asegurar la realización de determinados valores. Así, por ejemplo, una disposición jurídica que establezca que - constante matrimonio - los bienes adquiridos por cualquiera de los conyugues se imputan al patrimonio de la sociedad conyugal no tiene *prima facie* la finalidad de regular el comportamiento del conyugue adquirente de los bienes, independientemente de que de esa disposición pueda resultar a continuación para el mismo una obligación personal de adjudicar el bien adquirido a la sociedad de gananciales incluso contra su voluntad.⁶³

⁶⁰ Op.Cit. p.403

⁶¹ Op.Cit. p.405

⁶² **Roxin Claus.** Derecho Penal Parte General. Tomo I. “Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, Madrid: Civitas. 2006. Pág. 322-323

⁶³ **Polaino Navarrete Miguel.** Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley. 2004Pag.400

Las proposiciones jurídicas que están en la base de los bienes jurídicos pueden ser denominados en atención a su objeto como proposiciones distributivas. El contenido de estas proposiciones se agotan en el juicio de valor: más concretamente en el juicio de *deber ser* con respecto al cual no entra en consideración, aun, ningún sujeto, pues lo único que expresan tales proposiciones es el juicio de que “esta relación de adjudicación *debe ser*”. Todo juicio de valor, y más aun los juicios de deber ser, tiende ciertamente a realizarse. Ahora bien, hay que reconocer que el hecho de que un juicio de valor sea válido no significa otra cosa que aquello que es objeto de dicho juicio “deber ser”. Como sostiene Nicolai Hartmann citado por el Dr. Gracia Martín, sin embargo, de la validez del juicio de valor no se infiere por sí mismo el que la realización de su objeto se ya por eso solo “obligatoria”. Para poder calcular, planear y asegurar la realización del objeto del juicio de valor la realización de adjudicación que “debe ser” o si prefiere el bien jurídico es necesario crear una *obligación*.⁶⁴

La norma jurídica como juicio de valor identifica el objeto del juicio valorativo y el propio objeto de la norma.⁶⁵

1.3 Teorías eclécticas:

Las dos posiciones vistas hasta ahora son, en verdad, posturas extremas difícilmente sostenibles en la actualidad. En su ordenamiento jurídico no todas las normas jurídicas son imperativas o antiimperativas: no todo es blanco o negro, sino que es frecuente una amplia gama de tonalidades intermedias. Por ello, la doctrina mayoritaria sostiene que conviene diversas normas de estructura y naturalezas varias.⁶⁶

También desde la teoría funcionalista de los sistemas sociales se parte de un planteamiento ajeno a lo prescriptivismo. La norma no tienen un contenido prescriptivo, pues no impone nada, sino se concibe en el seno de programa intercomunicativo: la norma tiene razón de ser únicamente cuando existe comunicación entre seres humanos. En este

⁶⁴ **Martín Gracia Luís.** Fundamentos de Dogmática Penal. IDEMSA 2005. Pág. 106-107

⁶⁵ **Polaino Navarrete Miguel.** Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley. 2004. Pág. 405

⁶⁶ Op.Cit. p.405-406

contexto, la norma consiste básicamente en la positivación de determinadas expectativas sociales.⁶⁷

1.3.1 El concepto funcionalista de la norma jurídica

Las dos posiciones vistas hasta ahora son, en verdad, posturas extremas difícilmente sostenibles en la actualidad. En su ordenamiento jurídico no todas las normas jurídicas son imperativas o antiimperativas: no todo es blanco o negro, sino que es frecuente una amplia gama de tonalidades intermedias. Por ello, la doctrina mayoritaria sostiene que conviene diversas normas de estructura y naturalezas varias.⁶⁸

También desde la teoría funcionalista de los sistemas sociales se parte de un planteamiento ajeno a lo prescriptivismo. La norma no tienen un contenido prescriptivo, pues no impone nada, sino se concibe en el seno de programa intercomunicativo: la norma tiene razón de ser únicamente cuando existe comunicación entre seres humanos. En este contexto, la norma consiste básicamente en la positivación de determinadas expectativas sociales.⁶⁹

Primero Roxin, y después Jakobs. Los dos contrapusieron sus (distintas) perspectivas normativistas al ontologismo característico del finalismo de Welzel. Cuando éste alcanzaba su apogeo en Alemania, Roxin publicó un trabajo en que atacó el concepto final de acción por basarse en una óptica ontologista inadecuada a las necesidades del Derecho y al carácter normativo de los elementos del concepto de delito. Roxin se presenta, pues, desde un principio como defensor de un punto de vista normativista enfrentado al ontologismo de Welzel. Por su parte, Jakobs, aunque mucho más tarde, presentó también su concepción del Derecho penal como frontalmente contrapuesta a la de su maestro Welzel, como una concepción normativista diametralmente opuesta al ontologismo finalista. Sin embargo, el normativismo de Jakobs es mucho más radical que el de Roxin. Éste admite que el normativismo encuentra un límite en la realidad empírica, la cual tendría sus propias exigencias y condicionaría las construcciones jurídicas y las soluciones a que deben recurrir.⁷⁰

⁶⁷ Op.Cit. p.406

⁶⁸ Op.Cit. p.407

⁶⁹ Op.Cit. p.407

⁷⁰ Mir Puig. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>

El Profesor Gunther Jakobs manifiesta que una mera reunión de individuos humanos no configura una sociedad. Una sociedad comienza, mas bien, con la vigencia de la primera norma que obliga a las personas adoptar una conducta determinada, como, por ejemplo, la de no lesionar la propiedad de otra persona. Cuantas más normas rigen, más densa es la sociedad, y la sociedad sobre el territorio de un estado moderno, de libertad, de una buena visión, por un lado, de la vinculación a través de cientos de normas, cuando no de miles, y, por el otro, de la falta de vinculación, de la permisión de realizar la conducta querida, en el ámbito de la privacidad, no abarcada por las normas.⁷¹

El Dr. Jakobs en su artículo intitulado Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, publicado por la Universidad Autónoma de Madrid dice:⁷²

Una parte de las normas viene dada por el mundo racional, dentro del cual se produce en la era moderna la comunicación que es de común entendimiento, y que no necesita de una estabilización especial, esta parte de las normas se encuentra asegurada de modo suficiente por vía cognitiva, quien no la acepta, puede que sea comprendido en alguna sociedad parcial, pero solo allí.⁷³

Parte de las normas constitutivas de la sociedad carece por completo de tal fuerza genuina para auto estabilizarse; concretamente, todas aquellas normas que conforme a la concepción de la sociedad no pueden representarse como dadas previamente, es decir, que no pueden representarse como leyes naturales, y en el momento actual tampoco como leyes reveladas, sino solo como normas hechas, aunque hechas por buenas razones.⁷⁴

⁷¹ **Jakobs Gunther**. Nuevo Concepto de Derecho Penal: Culpabilidad en Derecho Penal, dos cuestiones fundamentales. Universidad Autónoma de Madrid. Tomo II, 2008

⁷² **Jakobs Gunther**. Nuevo Concepto de Derecho Penal: Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. Universidad Autónoma de Madrid. Tomo I, 2008

⁷³ **Jakobs Gunther**. Sobre la normativización de la dogmática jurídico — penal, Ángel Editor. México 2003

⁷⁴ **Jakobs Gunther**. Nuevo Concepto de Derecho Penal: Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. Universidad Autónoma de Madrid. Tomo I, 2008, Pág. 219

SECCION IV

1. Ley penal.

La dignidad de la ley no está exclusivamente en su función de prevenir los comportamientos injustos o contrarios a la utilidad común. Función muy importante es ésta, sin duda, y a ella atienden la conminación y la aplicación ejemplar de las sanciones, de la cual puede depender en cierta medida la pacífica convivencia; pero no se agota en este objetivo la finalidad de las leyes.⁷⁵

Desde antiguo se ha puesto de resalto que la ley civil tiene también la aptitud de enseñar al hombre la conducta correcta en las relaciones con el prójimo y con el todo comunitario.

En tal sentido, San Basilio decía que “la ley es doctora y maestra”.

Santo Tomás de Aquino, al tratar de la utilidad de las leyes, explica que han sido necesarias para contener a unos hombres por el temor a la sanción y para que así dejen vivir tranquilamente a los demás, pero que también son necesarias para acostumar a los hombres a obrar correctamente, y así concluye que en la obra del legislador hay un doble cometido: “por lo tanto, para la paz y para la virtud de los hombres, fue necesaria la institución de leyes”.

La ley jurídica positiva, aun con todas sus limitaciones y con las imperfecciones que necesariamente la acompañan como ocurre con toda obra humana, suele ser algo que concierne a la orientación del ser humano hacia su fin último. Véase que el Aquinate, en la estructura metódica de su obra magna, la *Suma theologiae*, emplazó el Tratado de la ley (constituido en su mayor parte por cuestiones acerca de las leyes civiles) dentro de la Ética general, y como uno de los medios para que el hombre alcance el último fin de su vida. En la arquitectura de esta obra monumental, el tratado de las ley se ubica, junto con el tratado de los actos libres, el tratado de los actos involuntarios o afectividad, el tratado de los hábitos y el tratado de la gracia divina, dentro de la teoría de los medios

⁷⁵ www.carlosparma.com.ar/teoriadeldelito.doc

que conducen al fin último de la vida humana, que es la materia de la Parte I-II de la *Suma*.

Sin embargo, la historia de la filosofía jurídica registra también una concepción diametralmente opuesta. En la Antigüedad, y concretamente en la sofística griega, se expresó la idea de que la ley es un mero instrumento para contener exteriormente a los hombres en sus límites, y sólo para ello. Así, Licofrón decía: “La ley es una convención que se ha hecho para garantizar los derechos recíprocos, pero no para hacer ciudadanos buenos, y ni siquiera justos”.

Consideremos ahora el asunto en pensadores más recientes. H. L. Hart, iusfilósofo inglés y profesor en Oxford, aun dentro de la estrecha concepción de la legislación como “medio de control social” que él profesara, reaccionó contra la visión reduccionista de Oliver Wendell Holmes (que fue iusfilósofo y juez de la Corte Suprema de los EE.UU.), quien había limitado la función de la ley a la eficacia que puede tener para contener al “hombre malo”. En cambio, defendió Hart el concepto del derecho como *guía para la conducta de los ciudadanos ordinarios*. Objetó Hart que se definiese la obligación jurídica principalmente en términos de lo que ella implica para el “hombre malo” (*bad man*), como decía Holmes, y señaló: “¿Por qué el derecho no habrá de preocuparse igual, si no más, del «hombre desconcertado» o del «hombre ignorante», que está dispuesto a hacer lo que corresponde, con tal que se le diga en qué consiste?”. En armonía con lo expuesto, también sostuvo Hart que “las principales funciones del derecho como medio de control social no han de ser vistas en los litigios privados o en las causas penales que representan provisiones vitales pero accesorias, sólo para las fallas del sistema, sino que han de ser vistas en las diversas formas en que el derecho es usado para controlar, guiar y planear la vida fuera de los tribunales”.

Y todavía en el mismo terreno de la *analytical jurisprudence*, también John Raz hubo enfatizado la función del derecho como guía para la conducta: “La coordinación, la solución de las disputas y el resarcimiento de los daños haría necesario un orden legal aun en una «sociedad de ángeles» que no requiriera hacer uso de sanciones”.

John Finnis, el iusfilósofo australiano ejerciente en la Universidad de Oxford, que abandonó la filosofía jurídica “analítica” que había profesado en su primera época, para

desarrollar luego una filosofía fuertemente influida por Santo Tomás y con notables desarrollos personales, fue aún más lejos que Raz en este punto, ya que para Finnis el fin de la ley no se queda en la mera conservación de la sociedad política, y así fue más allá de los objetivos que le reconociera Raz: “La ley es una respuesta humana a necesidades humanas, ella no es un instrumento creado sobre el modelo de una campaña de defensa social contra una plaga de langostas. *Es la necesidad de todos los miembros de una sociedad de ser enseñados sobre cuáles son las exigencias del camino elegido para alcanzar el bien común*”.

En síntesis, allí donde Hart y Raz habían retornado unos palmos hacia la concepción clásica –de la filosofía griega y del pensamiento jurídico medieval–, Finnis hace un camino mayor, y asume la tesis de la ley como medio necesario para que las personas alcancen su bien.

Estructura de las leyes penales

Dentro de la ley penal encontramos la norma. La norma es la que indica la conducta prohibida y la norma se encuentra en la ley.

En cuanto a la estructura de la ley penal, hay dos elementos:

- 1.-El precepto legal: es la que contiene a la norma y es el que me describe a la conducta prohibida.
- 2.-La sanción en el derecho penal se encuentra expresada en la pena.

En este mismo sentido en Profesor Dr. Cerezo Mir nos enseña “Las leyes penales prohíben u ordenan la realización de determinadas acciones y establecen las sanciones correspondientes. Se distinguen, por ello, en la ley penal dos elementos, la norma y la sanción”.⁷⁶

Concepto de Ley

La ley, en sentido formal, es la manifestación de la colectividad expresada mediante los órganos constitucionales y publicados conforme a los preceptos vigentes. Y si de materia

⁷⁶ **Mir Cerezo José.** Obras Completas “Derecho Penal Parte General”, Lima Arca, 2006. p. 232

punitiva se trata, es preciso añadir, que en ella se definen delitos y se establecen o amplía penas o medidas de seguridad.⁷⁷

Núñez citado por Jiménez de Azua: “la ley es una norma generalizada y por eso no aceptamos la norma individualizada de que Kelsen y sus partidarios nos hablan profusamente”, “el contenido del acto emana del órgano legislativo debe ser una regla de carácter general en el sentido que están destinadas a regir todos los casos que ocurran desde su entrada en vigencia hasta su derogación”.⁷⁸

1.1 La función garantizadora de la ley penal

Las leyes penales son, ante todo, la manifestación de una determinada concepción del Estado y de la sociedad. Por esta razón la idea de Estado cumple una función determinante en su configuración. La idea de Estado democrático de derecho, crea, en consecuencia, una determinada posición y ciertos límites para el derecho penal.⁷⁹

El requerimiento de respeto de la dignidad de la persona humana es consustancial con la idea del Estado democrático de derecho y de ello emana los primeros límites para el derecho penal

La ley penal que ha renunciado, por motivos de principios o por razones de oportunidad, a la pena de muerte, está en posición de apartar al culpable para toda su vida de la sociedad, o de asignarle penas que si bien en si misma confinan una menor gravedad, pueden afectar al sujeto en su mundo circundante, con un rigor y permanencia superiores a los perseguidos para la sanción.⁸⁰

En este sentido, la pena de muerte representa en el estado actual de la conciencia occidental una verdadera forma de tortura. Aun cuando se aplique por medios no dolorosos.⁸¹

⁷⁷ **Jiménez de Azua Luís.** Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Tercera edición. Buenos Aires: Losada. 1965. p.334

⁷⁸ Op. Cit. p.336

⁷⁹ **Bacigalupo Enrique.** Manual de Derecho Penal. Bogota: Temis. 1998. p 29

⁸⁰ **Maurach Reinhart.** Derecho Penal. Cuenca (Ecuador): Editorial Jurídico Andina. s/f. p.111

⁸¹ Op. Cit. p.29

La ley penal tiene una función determinante en la garantía de la libertad. Esta función suele manifestarse en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. El rango constitucional de este precepto es hoy en día indiscutida.

De esta, forma el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* o principio de legalidad alcanzó carácter fundamental en el derecho penal como principio constitucional y como principio propiamente penal, independiente de cualquier teoría de la pena.

En otros términos, el razonamiento judicial debe empezar con la ley, pues solo de esa forma la condena podrá fundarse en la ley penal.⁸²

No hay ninguna otra rama del derecho con recursos, superiores en alcance, a los del derecho penal.⁸³

Tan solo esta ligado a una pena quien ha cometido un delito, que le ha sido probado de modo concreto. En este principio, a primera vista evidente, se encuentra contenido sin embargo los problemas políticos más trascendentales del derecho penal. Pues, este principio enuncia las absolutas funciones de garantía de la ley penal.

La eficacia garantizadora de la ley penal, se manifiesta en que existan unas precisas líneas limitadoras entre culpabilidad e inculpabilidad, entre comportamiento punible y no punible, tiene tanta importancia para derecho penal, que esta rama del ordenamiento, en contraste a la práctica usual no quiere confiar la labor de deslinde, al derecho como tal, sino solo a la clara regulación de la inequívoca ley escrita, no susceptible de ser extendida. Tradicionalmente (y de modo restrictiva) se considera que tan solo en esta labor de deslinde radica la propia función de garantía de la ley penal, la función de garantía de las conminaciones penales (“tipos”).⁸⁴

Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante al Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que

⁸²Op. Cit. p.33

⁸³Op. Cit. p.111

⁸⁴Op. Cit. p.112

también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido ya a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”.⁸⁵

Las cuatro consecuencias del principio de legalidad

Habitualmente se reconocen cuatro secuelas o repercusiones del principio de legalidad, forjadas en forma de “prohibiciones”, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de la analogía, la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas.⁸⁶

Conclusiones

El Profesor Armin Kaufman a manifestado en torno a la teoría de la norma: “la concepción de las normas no solo tiene “gran merito”, en la teoría del derecho penal sino que “metódicamente” posee aun más vasto influjo”

Desde ase mucho se ha manejado en la discusión dogmática dos formas de comprensión de las normas penales. Por un lado, se encuentran *las posturas imperativas que definen las normas como normas de determinación* para realizar o dejar de realizar una determinada conducta. A esta línea de interpretación se oponen los que consideran que la norma constituye esencialmente una *norma de valoración*, es decir, un juicio sobre el carácter desvalorado del hecho en cuestión. Por otra parte la doctrina penal ha utilizado otro binomio en la clasificación de las normas: *la norma de conducta* dirigida a los ciudadanos y por otra parte de *normas de sanción* dirigida a los jueces.

Para determinar la comprensión de la norma sobre la cual debe construirse la teoría del delito, es necesario tener en consideración la función atribuida al Derecho Penal. Una comprensión de Derecho Penal como mecanismo de dirección de los ciudadanos para evitar la lesión de bienes jurídicos, deberá construir la teoría del delito sobre la norma

⁸⁵ **Roxin Claus.** Derecho Penal Parte General. Tomo I. “Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, Madrid: Civitas. 2006.

⁸⁶ Op. Cit. p.140

de conducta. Por el contrario, si se asigna al Derecho Penal la función social de mantener la identidad normativa de la sociedad, entonces la teoría del delito no podrá construirse sobre la base del efecto que las normas penales producen directamente en los individuos. Por esta razón, debemos renunciar a construir la teoría con base en normas o reglas de conducta, siendo lo más coherente asumir una perspectiva que atienda directamente a las necesidades de estabilización. Estas necesidades del sistema social solamente pueden ser asumidas por una teoría del delito que se exprese como reglas de imputación no significa una desconsideración del sujeto individual. En la medida en que la sociedad solamente puede tener lugar a partir de personas, la teoría de la imputación penal debe construirse sobre el concepto de persona determinado desde nuestra sociedad. Para el Derecho Penal actual, la persona constituye un sujeto responsable capaz de evitar cuestionar la identidad esencial de la sociedad o, lo que es lo mismo, las condiciones sociales esenciales para el desarrollo de las personas. Por esta razón, las reglas de comportamiento deben tenerse también en cuenta en la teoría del delito aunque solamente con fines de imputación, esto es, como baremo de mediación.

Por lo tanto:

- 1) “*Norma*” = contenido sustancial de la ley, v. gr. ¡no mataras!
- 2) “*Ley penal*” = vehículo de expresión de la norma que establece las consecuencias de la infracción de la norma, v. gr. ¡pena de prisión a quien infrinja la norma ¡no mataras!

Bibliografía

Antolesei Francesco. Manual de Derecho Penal, "Parte General". Buenos Aires: Editorial Hispano América. s/a

Bacigalupo Enrique. Manual de Derecho Penal. Bogota: Temis. 1998.

- Derecho Penal Parte General. Perú: Arca. 2004

Balestra Fontán Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.1995

- Manual de Derecho Penal "Parte General". Buenos Aires: Depalma.1949.

Bustos Ramírez, Juan. Obras Completas "Derecho Penal Parte General". Editorial Jurídica del Ecuador.2008

Carrasquilla Fernández Juan. Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Leyer. 2002.

Cavero García Percy. Derecho Penal Económico, "Parte General Tomo I" segunda edición. Perú: Grijley.2007

Cerezo Mir José. Derecho Penal Parte General. Lima: Arca. 2006.

Conde Muñoz Francisco. *Teoría General del Delito.* Segunda edición. Bogota: Temis 2004.

- Derecho Penal y Control Social. Bogota Temis. 2004

- Introducción al Derecho Penal. Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2005

Calón Cuello Eugenio. Derecho Penal. Madrid: Bosch. 1975

Cuello García, Hernán. EPITOME del titulo preliminar del código civil y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriana. Cuenca (Ecuador): Talleres gráficos de la Universidad de Cuenca. 1990.

Díaz Aranda Enrique. *Teoría del Delito.* México. 2006.

González Váyansela Francisco. Ciencia Penal. Loja (Ecuador): Ed. Universidad Técnica Particular de Loja. 1997

Fernández de Córdova Pedro. *Apuntes de Filosofía del Derecho.* Cuenca (Ecuador): Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca. 1998.

Fernández Molina Fernando. Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito. Madrid: Bosch. 2003

Fernando Velásquez Velásques. Manual de Derecho Penal. Bogota: Temis. 2002

Jaramillo Ortega Rubén. Introducción al Derecho. Loja (Ecuador): Ed. Universidad Técnica Particular de Loja. 1995.

Jiménez de Azua Luís. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Tercera edición. Buenos Aires: Losada. 1965.

- La ley y el Delito. Buenos Aires: Ed. Andrés Bello. 1945

Jakobs Gunter. Tratado de Derecho Penal Alemán. Editorial Marcial Pons. 1991

- Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico Penal , Ángel Editor. México 2003

- Nuevo Concepto de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid. 2008

Martín Luís Gracia. Fundamentos de Dogmática Penal. Editorial IDEMSA. 2005

Maurach Reinhart. Derecho Penal. Cuenca (Ecuador): Editorial Jurídico Andina. s/f

Mezger Edmund. Derecho Penal. Tomo I, Vallenata Ediciones, Buenos Aires. 2004

Mir Puig Santiago. Derecho Penal Parte General. Segunda edición. Barcelona: PPU. 1985

Polaino Navarrete Miguel. Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley. 2004

Pozo Hurtado José. Manual de Derecho Penal, "Parte General I" tercera edición. Lima: Grijley. 2005.

Rocco Arturo. El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídico Penal, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2005

Roxin Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. "Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito", Madrid: Civitas. s/f

Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Buenos Aires: La ley. 1945.

Valencia Cuellar Jorge. Derecho. Bogota: Intermedi. 2003

Welzel Hans. Derecho Penal Alemán. Santiago: Editorial Jurídica Chile. 2002.

Kelsen Hans. La Teoría Pura del Derecho, Introducción a la Problemática Científica del Derecho. Editorial Lozada, Buenos Aires

Zaffaroni Eugenio. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Volumen Tercero. Buenos Aires.1980-1982.

- Tratado de Derecho Penal, Parte General. Volumen Tercero. Ediar. 2006.

- Manual de Derecho Penal Parte General. Ediar. 2006.

- **Referencias Web**

Criminet. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; varios números.

Introducción a la Teoría del Delito. Disponible en:
<http://www.carlosparma.com.ar/teoriadeldelito.doc>

Contenido

SECCION I.....	3
Introducción.....	3
1 El Derecho Penal como Ordenamiento Normativo	3
2 La Existencia de la Norma y el Nacimiento del Deber Jurídico.....	5
3 Teorías de la Norma.....	10
3.1 La Teoría de las Normas de Carlos Bindig	10
3.2 Las Normas de Cultura de Max Ernesto Meyer.	13
3.3 Planteamiento de Hans Kelsen y Carlos Cossio	14
SECCION II	18
1 Concepto Unitario y concepto diferenciador de norma jurídica	18
1.1 Concepto Unitario.....	18
1.2 Concepto diferenciador.....	19
SECCION III.....	21
1 Naturaleza de la norma jurídica	21
1.1 Teorías Imperativistas.	21
1.2 Teorías Anti-imperativistas	25
1.3 Teorías eclécticas:.....	27
SECCION IV	30
1. Ley penal.	30
1.1 La función garantizadora de la ley penal	33
Bibliografía	37