

## **LA TEORIA DEL DELITO DESDE VON LISZT Y BELING A HOY**

ENRIQUE RAMOS MEJIA  
Profesor Titular de Derecho Penal de  
la Universidad Nacional de Buenos  
Aires.

- | -

El derecho penal de nuestros días dista mucho de conservar los rasgos que caracterizaron aquellos tres ordenamientos legales del derecho penal romano, del derecho penal canónico y del derecho penal germánico. Estos representaron un verdadero avance respecto del derecho penal griego y del derecho penal de los pueblos más antiguos, pero para que el derecho penal alcanzara sus perfiles actuales tuvo que ser vencido el régimen político absoluto de las monarquías y escucharse en 1764 la voz renovadora de César Bonesana, Marqués de Beccaria.

Cuando este pensador publicó en forma anónima en Milán su opúsculo "Dei delitti e delle pene", el ambiente estaba ya preparado en Europa para un cambio gracias a la prédica de Hobbes, Locke, Bentham, Montesquieu, Rousseau y Voltaire, entre otros, cambio que en el aspecto político se concretaría en Francia en 1789 con la caída de la monarquía.

Con Beccaria comienza lo que en la historia del derecho penal se conoce como período humanitario, pues este autor se propone humanizar ese derecho, especialmente en el ámbito del procedimiento judicial y en cuanto atañe a la pena, la cual, para no ser arbitraria, debía ser prontamente impuesta, tener publicidad, no ser objeto de ninguna especie de gracia, guardar proporción con el delito, ser la más benigna si debía optarse entre dos y hallarse predeterminada por la ley.

Pero a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX los problemas propios del derecho penal dejan de ser tratados con el espíritu romántico de Beccaria para ser analizados con rigor científico por filósofos, juristas y penalistas, desarrollándose durante toda esa última centuria una verdadera lucha de tendencias, dos de las cuales, las más extremas, responden a diferente orientación filosófica.

En la primera, que domina durante poco más de los dos primeros tercios del siglo XIX, militan pensadores de varias nacionalidades, como los italianos Filangieri, Carmignani, Romagnosi y Carrara, el francés Rossi, el alemán Feuerbach. No fundan una Escuela ni exhiben una identidad de pareceres, pero escriben en general bajo la influencia de la filosofía idealista de Kant y se preocupan primordialmente por dar un fundamento a la pena y a la responsabilidad penal y formular un concepto del delito.

Podemos tomar a Carrara como el representante más significativo de esta tendencia, y destacar así en rápida síntesis sus tesis principales a través de su "Programa del Curso de Derecho Criminal" que escribió en 1859. Carrara parte de la existencia indiscutible del libre albedrío, sin el cual, sostiene, no se puede construir el derecho penal, y sobre él fundamenta la imputabilidad moral, presupuesto de la responsabilidad penal. Considera al delito como un ente jurídico, cuya esencia consiste en una pura infracción a la ley penal, en una pura relación de contradicción entre el hecho y el derecho. Y piensa que la pena es la retribución de la culpa por el delito cometido y una tutela del orden jurídico. De ese carácter retributivo había hablado antes Kant, para quien la pena era un imperativo categórico, y debía cumplirse aún en el caso extremo de disolución de la sociedad y dispersión de sus miembros. Y así se construyó una ciencia penal eminentemente jurídica que aspiraba a sentar principios de validez universal.

Pero años antes de la publicación de la citada obra de Carrara había irrumpido de la mano del filósofo francés Augusto Comte una filosofía positivista, opuesta al idealismo kantiano, y ella tuvo un real influjo en la ciencia penal italiana durante los años que transcurrieron entre 1860 y 1880, cuando ven la luz sucesivamente "El hombre delincuente" de Lombroso, "La negación del libre albedrío y una nueva teoría sobre la responsabilidad penal" de Ferri y la "Criminología" de Garófalo. Estos tres autores fundan sí una Escuela, auto-titulada Positiva, y fue Ferri quien, para hacer más sencilla su tarea destructora del pensamiento penal anterior, llamó Escuela Clásica a la que había culminado en la obra de Carrara.

Y frente a los postulados precedentes levantó la nueva Escuela otros totalmente opuestos. La responsabilidad penal no se funda en el libre albedrío, sino que, de conformidad con el determinismo, se afirma que el hombre responde por el solo hecho de vivir en sociedad. El delito no es

un ente jurídico, sino un hecho humano y social, producto de factores individuales y sociales. El delincuente ingresa como tema central de estudio e investigación. Y la pena no es retribución sino que cumple un fin de defensa social y de reeducación del condenado. Como consecuencia de todo ello, el derecho penal deja de ser una ciencia jurídica para convertirse en un capítulo de una ciencia más vasta que Ferri llama Sociología Criminal.

Años después, von Liszt, a un tiempo jurista y criminólogo, se propone sentar las bases de una síntesis entre esas tesis contrapuestas. En 1882 lanza su Programa de Marburgo en favor de una pena-fin; en 1889 funda con Prins y van Hammel la Unión Internacional de Derecho Penal; poco tiempo después da a luz una revista para divulgar los nuevos postulados del derecho penal y publica, además de obras de criminología, un "Tratado de Derecho Penal" cuya 20ª edición se traduce al español.

Nació así la llamada Escuela de la Política Criminal, y a partir de ella pero especialmente de von Liszt adquiere relevancia el estudio dogmático del derecho penal y consiguientemente la sistematización de la teoría del delito desde el punto de vista dogmático.

- II -

La dogmática penal, como ciencia, se propone el estudio del derecho penal vigente, al que toma como un dogma. Y en orden al delito, su tarea principal consiste en estructurar en un sistema los diversos elementos que lo integran según la ley penal vigente, sistema que tiene por objetivo, según von Liszt, conferir seguridad a la aplicación de la ley evitando así el acaso y la arbitrariedad.

Pero para estructurar el sistema hay que deducir previamente de la ley los elementos constitutivos del delito, quedando formulada así al mismo tiempo la llamada definición dogmática del delito.

Si de ello se trata, la mirada se dirige en primer término insensiblemente al Libro Segundo del Código Penal, a la Parte Especial, en la cual se agrupan en un largo catálogo los diversos delitos, en el caso de nuestro Código desde el art. 79 al 302. Cada uno de estos artículos es una verdadera ley, cuyo contenido es consecuencia obligada del principio de legalidad, y todas ellas se reúnen en un Código por referirse a la misma materia. Adoptan una estructura peculiar, que no se advierte en otros Códigos, como respetando una fórmula que en forma monótona y repetida equivale a decir: el que hace u omite este o aquello será castigado de esta manera.

Conforme con aquel principio, proclamado en el art. 18 de la Constitución Nacional, la ley penal debe describir de la manera más exacta mediante un modelo o tipo las acciones y omisiones que somete a la imposición de una pena. En su consecuencia, el dogmático se encuentra ante una disyuntiva a efectos de determinar el primer elemento constitutivo del delito, y debe decidir entonces si ese primer elemento consiste en aquella descripción abstracta, en aquel modelo o tipo, o si debe trascender esa descripción para tomar como primer elemento lo descrito, es decir, la acción misma.

Históricamente, y por adoptarse al respecto un sistema clasificatorio al cual "también había que someter la teoría del delito como mejor se pudiera" <sup>1</sup>, se consideró por von Liszt a la acción como primer elemento del delito. También según Schmidhäuser. "En todo caso, el deseo de clasificación lleva a la búsqueda de un concepto superior, que en virtud de concretizaciones consecutivas dé por resultado el concepto específico de delito, igual que, por ejemplo, en el sistema botánico la planta, como concepto superior, por medio de concretizaciones consecutivas, esto es, mediante la inclusión de características diferenciadoras, desciende a un concepto específico siempre más reducido. Por eso, para Liszt, en el derecho penal los conceptos superiores y generales dados por el derecho positivo había que transformarlos en elementales y especiales, y de tal modo construir, por así decirlo, desde un punto de vista clasificatorio, el delito como último concepto de la especie. Y así llegó a la acción como concepto superior" <sup>2</sup>.

Radbruch se opuso a dicho criterio, sosteniendo en el Libro de Honenaje a Frank que "el concepto fundamental de la teoría del delito no es la acción, sino la realización del tipo", pues "el concepto naturalístico absoluto de la acción no es apropiado para servir de piedra angular del sistema penal".

Pero la acción siguió siendo considerada el primer elemento del delito, aunque años después se modificara su concepto. Respecto de esa prioridad ha expresado Armin Kaufmann: "La separación de injusto y culpabilidad debe dar lugar a una congruencia entre acción e injusto, en el sentido de que únicamente pueden ser antijurídicas las acciones, y sobre todo que sólo los elementos de la acción pueden ser elementos del injusto", con lo cual le asigna a la acción la difícil tarea de regular el ámbito del injusto, pero tarea que sólo pueden cumplir los conceptos ontológicos, prejurídicos, de acción, y agrega: "Los conceptos meramente jurídicos de acción —que llevan mercedamente ese nombre y no presentan,

---

1 SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Sobre la sistemática de la teoría del delito, en "Nuevo Pensamiento Penal", año 4, N° 5, p. 34.

2 SCHMIDHAUSER, Eberhard, ob. cit., p.34.

cuando se los analiza, una estructura óptica muy real— no pueden cumplir esta función. Pues nosotros buscamos precisamente qué elementos del delito pertenecen al injusto y cuáles no, cómo deben constituirse los tipos de injusto, y para ello no pueden servirnos de ayuda un concepto jurídico de acción que se ha obtenido a partir de estos tipos de injusto que aun no conocemos. Proceder de este modo sería como intentar salir del pantano tirando de los propios cabellos”<sup>3</sup>.

El delito es fundamentalmente para la ley, en primer término, una acción, entendida esta expresión en sentido lato, comprensivo también de la omisión.

Pero para que una acción pueda convertirse en un delito debe adecuarse estrictamente, por exigencias del principio de legalidad, a alguna de las descripciones contenidas en la ley, a algún tipo penal. Tipo penal es la descripción abstracta de una conducta, y el tipo penal puede entenderse en sentido amplio, como tipo total, comprensivo de todos los presupuestos de la pena, o, dejando de lado otros conceptos, como tipo de injusto, el cual describe la acción prohibida, tanto la acción positiva que viola la correspondiente norma prohibitiva (no matar en el caso del homicidio previsto en el art. 79) como la conducta omisiva que no cumple con la respectiva norma imperativa (la omisión de prestar auxilio en la situación prevista en el art. 108). Y así, esa tipicidad, esa cualidad de la acción de adecuarse a un tipo, resulta el segundo elemento del delito, de naturaleza formal.

Pero no basta con ese ajuste formal, que significa una violación formal de la norma. La norma, prohibitiva o imperativa, tiene que ser sustancialmente violada, y ello ocurre cuando se ha afectado o puesto en peligro algún bien jurídicamente protegido. Es que, junto a esas dos clases normas, existen las normas permisivas, que autorizan en determinados casos y bajo determinadas condiciones a salvar algún bien jurídico en desmedro de otro. Ello sucede en el caso del aborto terapéutico previsto en el art. 86, caso en el cual el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; o en la hipótesis de la violación de domicilio en la situación contemplada en el art. 152, cuando se entra para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia. En estos casos, la acción, a pesar de su tipicidad, queda exenta

---

3 KAUFMANN, Armin, La función del concepto de la acción en la teoría del delito, en “Revista Jurídica Veracruzana”, México, 1974, Nos. 1-2, p.51.

de pena porque el ordenamiento jurídico, por otra vía, considera que no lo contraría, que no es antijurídica.

Pero no sólo la ley penal puede establecer causales de justificación, también lo puede hacer cualquier rama del ordenamiento jurídico, aunque la buena técnica legislativa confíe la regulación de esas causales al Código Penal, el que no las regula en relación directa con cada delito, como lo hace excepcionalmente en los supuestos mencionados, sino a través de disposiciones generales incluidas en el art. 34.

Esa técnica, por otra parte, simplifica la tarea judicial, pues la tipicidad es un indicio de antijuridicidad, y sobre ésta no tiene por qué llevar a cabo el juez una investigación autónoma, bastando con investigar si en el derecho positivo se encuentra alguna causa de justificación, y si no la encuentra queda establecido un elemento más del delito, de naturaleza substancial: la antijuridicidad. Sin antijuridicidad, sin una relación de contradicción con el derecho, ninguna acción, por típica que sea, puede merecer sanción.

Pero tampoco basta para la ley con que la acción sea típica y antijurídica. Si así fuera, si fuese suficiente con la violación objetiva del derecho, el derecho penal dejaría de cumplir con uno de sus fines y la pena misma carecería de sentido. El derecho penal no sólo regula objetivamente la conducta externa de los súbditos, sino que con el fin de que los bienes jurídicos no sean dañados, que es su objetivo primordial, aspira a motivar en el fuero íntimo de cada súbdito el debido respeto por las normas que prohíben o que mandan determinadas conductas, y es en la desobediencia consciente y voluntaria a esas normas, en la rebeldía a prestarles acatamiento cuando se posee la necesaria capacidad para comprenderlas y se puede acatarlas, que la pena encuentra su natural y lógico fundamento.

No de modo tan expreso como sucede con los tipos penales y con las causales de justificación, también exige la ley como elemento del delito y presupuesto de la pena una determinada capacidad personal. Ante todo, una determinada edad, pues por debajo de ella no se puede aplicar pena alguna, como lo dispone el art. 36 del Código Penal reformado por la Ley 14.394. Y también, según resulta del art. 34 inc. 1º, salud mental y plenitud de conciencia, las que habilitan en el momento del hecho al autor adulto para dirigir sus acciones y comprender su criminalidad, requisitos sin los cuales tampoco es posible imponer pena.

De esa manera, después de juzgar objetivamente el hecho en su contradicción con el derecho, debe juzgarse al autor del hecho típico y antijurídico, y si él es plenamente capaz, se encontró en condiciones de poder conocer la antijuridicidad de su conducta y pudo actuar conforme con las exigencias del derecho, se le reprocha esa actuación suya típica y antiju-

ridica, se le considera culpable. Sin culpabilidad personal ninguna acción típica y antijurídica puede merecer sanción.

El delito es por consiguiente para la ley una acción típica, antijurídica y culpable.

- III -

A partir de esa definición dogmática del delito comienza para el dogmático la tarea de formular, con aquellos elementos, una teoría general del delito, tarea en la cual influyen, por una parte, concepciones filosóficas, y, por otra, los progresos de los mismos estudios dogmáticos.

Si se sigue la respectiva evolución desde que el delito, después de ser definido por von Liszt en 1881 como "el acto culpable contrario al derecho y sancionado con una pena", es definido por Beling en 1906 como "la acción típica, antijurídica, culpable, amenazada con una pena adecuada y que cumple las condiciones de la amenaza penal (que en 1930 redujo a "acción típicamente antijurídica y culpable"), se observa la formulación de tres sistemas en orden a la teoría general del delito, que Jescheck ha designado como sistemas clásico, neoclásico y finalista, y que sería mejor denominar clásico, intermedio y finalista, pues llamar neoclásico al segundo da la impresión de no haber acarreado mayores cambios, cuando en realidad ellos se produjeron respecto de todos los elementos.

-A-

Von Liszt y Beling son los representantes más destacados del primero,

a) Bajo la influencia de las ciencias naturales, von Liszt, al tratar del delito como acto, define a este último como "la conducta voluntaria en el mundo exterior", como **"causa voluntaria o no impediende de un cambio en el mundo externo"**, y agrega: "la volición que caracteriza la manifestación de voluntad y, por consiguiente, el acto, significa simplemente, en el sentido de esta concepción, el impulso de la voluntad", por lo cual "hablar de una volición del resultado sólo puede conducir a errores" <sup>4</sup> y en el mismo sentido expresa Beling que "debe entenderse por acción un **comportamiento corporal producido por el dominio sobre el cuerpo**" <sup>5</sup> .

---

4 LISZT Franz von, Tratado de Derecho Penal, versión española de la 20ª ed., Madrid, t. II, ps. 297 y 298.

5 BELING, Ernst von, Esquema del Derecho Penal, versión española de la 11ª ed., Buenos Aires, 1944, p.19.

La acción era concebida así como un **mero proceso causal**, y bastaba para admitir su existencia que la voluntad se dirigiera a los propios movimientos corporales, siendo apreciada la dirección de la voluntad hacia el resultado en el ámbito de la culpabilidad. De acuerdo con este concepto, la acción constitutiva del delito de injuria la definía von Liszt como una serie de movimientos de la laringe, producción de ondas sonoras y causación de excitaciones auditivas y procesos cerebrales, de la cual quedan excluidos, según Radbruch, el sentido lingüístico y la significación social de la injuria.

b) Según su recordada definición del delito, von Liszt debería haber considerado a continuación del concepto de acto el requisito de la culpabilidad. Sin embargo, trata "del delito como acto contrario al derecho" y seguidamente aquel tercer y último elemento.

Fue Beling quien en 1906 en "Die Lehre von Verbrechen" introdujo el concepto de "delito-tipo" ("Tatbestand"), que después revió en parte en 1930 en "Die Lehre von Tatbestand". Y en su "Esquema del Derecho Penal", traducido al español por Sebastián Soler, expresa el Profesor alemán: "La común práctica jurídico-penal había extendido de tal modo el poder judicial que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible. Contra esto dirigió sus ataques el Liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba: a falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a pena toda acción que le desagradara, pretendiéndola antijurídica, y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible. Siguiendo este movimiento liberal, la legislación posterior estrechó el concepto de acción antijurídica. Del común dominio de la ilicitud culpable fueron recortados y extraídos determinados tipos delictivos, y así quedaron como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de esos tipos enumerados. Así logró expresión un valioso pensamiento: el de que sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los "típicos") son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, además, deben todos ser colocados en una firme escala de valores" <sup>6</sup>. Y añade: "La antijuridicidad y la culpabilidad subsisten como notas conceptuales de la acción punible, pero concurre con ellas, como característica externa, la Tipicidad (adecuación al catálogo), de modo que, dentro de lo ilícito culpable, está delimitado el espacio dentro del cual aquellas son punibles"<sup>7</sup>.

Para Beling, todo delito-tipo se compone de elementos, en parte en

---

6 BELING, Ernst von, ob. cit., ps. 36-37..

7 BELING, Ernst von, ob. cit., p. 37.

la faz externa, que caracterizan el tipo de ilicitud, y en parte en la faz interna, que caracterizan la culpabilidad. Los primeros toman en cuenta el comportamiento corporal, las circunstancias de lugar, tiempo y objeto, y la concurrencia de un estado temporalmente posterior a la acción como resultado, y de aquí "se deduce que los delito-tipos son de carácter puramente descriptivo"<sup>8</sup>.

El tipo consigue de tal modo, como punto de referencia para la anti-juridicidad y para la culpabilidad y como factor importante para la función de garantía de la ley penal, un lugar dominante en la estructura de la teoría del delito.

c) Lo que sí mantenían ambos tratadistas como elemento substancial del delito era la antijuridicidad, concebida por von Liszt tanto formalmente, como "pura transgresión de la normas establecidas por el Estado", como materialmente, en cuanto se refiere a "una conducta contraria a la sociedad". Pero este autor da **prioridad al concepto formal**, y expresa: "El acto contrario al Derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad protegidos por las normas jurídicas; por consiguiente, una lesión o riesgo a un bien jurídico. Pero esta regla debe ser interpretada restrictivamente. La protección de los intereses vitales es el primer deber de las normas jurídicas. Pero por muy cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales —que son elevados a bienes jurídicos por la protección que el Derecho les otorga— no pueden ser totalmente impedidos los conflictos de los intereses y las colisiones de los bienes jurídicos. El fin de la convivencia humana —garantizar la consecución de la cual es el último y principal deber del orden jurídico— exige que en un conflicto semejante sea sacrificado el interés de menor importancia cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior. De aquí resulta que la lesión o riesgo a un bien jurídico sólo será materialmente contraria al Derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico, y esta lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana. Este contenido material (antisocial) de la infracción es independiente de su exacta apreciación por el legislador. La norma jurídica se encuentra ante él; ella no la crea. La ilegalidad formal y material pueden coincidir, pero pueden también discrepar. No es presumible una contradicción semejante entre el contenido material del acto y su apreciación jurídica positiva, pero no es imposible. Caso de que exista, el juez está figado a la ley, pues la rectificación del Derecho vigente **está más allá de los límites de su misión**"<sup>9</sup>.

---

8 BELING, Ernst von, ob. cit., p 55.

9 LISZT, Franz von, ob. cit., t. II, ps. 336-337.

d) Y, siguiendo a von Liszt, "no basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también **debe darse subjetivamente el nexo en la culpabilidad del autor**". Y agrega: "El principio, que hoy nos parece tan natural, de que la culpabilidad es uno de los caracteres esenciales del delito y que sin culpabilidad no es posible imponer ninguna pena es el resultado de una larga evolución, hasta hoy poco estudiada y aún no terminada. Sólo gradualmente la idea de la infracción va tomando en sí misma la característica de la culpabilidad, y por el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del derecho penal"<sup>10</sup>.

Pero este tratadista, al igual que Beling, toma el concepto de culpabilidad "en un sentido estricto, comprensivo tan sólo de la **relación subjetiva entre el acto y el autor**", que "**sólo puede ser psicológica**", considerándose al dolo y a la culpa como formas de la culpabilidad.

e) Si bien en este sistema en orden a la naturaleza de la acción se advierte la influencia de las ciencias naturales, en lo que concierne a los tres elementos que le siguen (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) procede del positivismo jurídico, a consecuencia del cual impera una rígida interpretación del derecho positivo y un firme anhelo de afianzar la seguridad jurídica mediante la sujeción de los jueces a un sistema conceptual de estructura sencilla y clara y ventajosamente didáctico en virtud de la separación, por un lado, de lo objetivo, ubicado en la acción, el tipo y la antijuridicidad, y, por otro, de lo subjetivo, situado en la culpabilidad.

Pero muy pronto entró en crisis, debido a nuevas corrientes filosóficas y a los progresos de los estudios dogmáticos.

- B -

Jescheck llama "neoclásico" al segundo sistema, porque no importó según él una alteración fundamental del anterior, sino que más bien sólo introdujo algunas reformas, pero lo cierto es que, como se verá seguidamente, se operaron cambios respecto de los cuatro elementos del delito. Cabe señalar ante todo que se fue superando la influencia de las ciencias naturales y de un cerrado positivismo jurídico para dar paso al influjo de la Filosofía de los Valores y de la teoría del conocimiento del neokantismo, esto a través de la Escuela Sudoccidental alemana y su postura menos formalista, que permite concebir las instituciones jurídicas de acuerdo con la idea de valor. Se impone entonces una concepción teleológica del

---

10 LISZT, Franz von, ob. cit., t. II, p. 390.

delito, según la cual todos los elementos del delito aparecen orientados por la idea de valor.

a) El anterior concepto natural y causalista de acción no podía ser erigido en concepto unitario y básico de la teoría del delito porque no podía abarcar a la omisión. Muchos penalistas de comienzos del siglo XIX no se ocuparon del problema de la causalidad de la omisión, pero posteriormente otros lo abordaron a través de una controversia que ha sido señalada como una de las más infructuosas que ha mantenido la ciencia penal, y, así, en tanto Luder entendió que en un delito de omisión la causa radicaba en la otra acción ("Andershandeln") realmente ejecutada en lugar de la debida, Krug, Glaser y Merkel consideraron que la causa radicaba en la acción realmente ejecutada en el momento precedente a la omisión.

Ya vimos que Radbruch reaccionó contra el concepto natural de acción y propuso poner como pilar fundamental de la teoría del delito, no el concepto de acción, sino el de realización del tipo. Pero comenzó a hacer camino un **concepto valorizado de acción**. Mezger lo admitió, pero a medias, pues si bien estimó que "el concepto de acción en un sistema del derecho penal es en última instancia un concepto-valor", "los intereses del derecho penal pueden exigir, y de hecho exigen, que no se recargue de antemano dicho concepto con propiedades que harían imposible conectar en él un estudio y análisis específico de las diferentes características del delito" <sup>11</sup>, por lo cual mantuvo un concepto natural-real diferente, según él, al "anémico" e "incolore" de Beling y prefirió utilizar el término "conducta" como más apto para abarcar también a la omisión.

Otros autores, sin embargo, reelaboraron más acabadamente el concepto de acción apoyándose en la conocida frase de Binding según la cual "el concepto de acción del lenguaje común no existe siquiera". Y así, Graf Zu Dohna toma en cuenta la infracción de la norma; Sauer se hace cargo de la **tendencia a un resultado socialmente dañoso**; Eberhardt Schmidt la define como **"fenómeno social dirigido a producir efectos en la realidad social"**; y más en nuestros días, dentro de la corriente que sostiene lo que ha dado en llamarse un "concepto social de acción", expresa Jescheck: "Las formas a través de las cuales tiene lugar la relación de los hombres con el mundo exterior (finalidad, causalidad, pasividad) no se pueden unificar en virtud de consideraciones ontológicas. Ellas sin embargo pueden ser incluidas dentro de un concepto unitario de acción si se logra encontrar un valioso punto de vista capaz de unir en un ámbito normativo elementos incompatibles entre sí en el ámbito del ser. Esta síntesis debe ser buscada

---

11 MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, versión española de 2º ed. Alemana, Madrid, 1935, t. I, p. 192.

en la relación de las conductas humanas con la sociedad. Este es el sentido del concepto de la acción social: acción es, según ello, la **conducta humana socialmente relevante**<sup>12</sup>.

b) El tipo en este sistema deja de concebirse como pura descripción libre de valoración del aspecto objetivo del hecho, y al progresar los estudios dogmáticos **se descubren en el tipo elementos que para su determinación requieren una valoración**, como, por ejemplo, el concepto de "cosa mueble" en el tipo del hurto y el concepto de "actos obscenos" en el tipo del art. 129 del Código Penal.

Y también, a su respecto después del libro sobre "La Antijuridicidad" escrito por H. A. Fischer en 1911 y de la colaboración de Hegler en el área específica del derecho penal publicada en 1914 con el título "Los elementos del delito", **se descubren en el tipo elementos subjetivos**, los que, según frase feliz de Welzel, aunque tal vez no original, "tiñen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido", y así vemos que la privación de la libertad del tipo del art. 141 del Código Penal que atecta la libertad individual puede convertirse en el rapto del art. 130 si se realiza con "miras deshonestas" afectando la honestidad o en, la extorsión del art. 170 si se lleva a cabo "para sacar rescate" afectando la propiedad.

De esta manera, **el tipo no es exclusivamente objetivo** y no todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad.

c) En orden a la antijuridicidad, destacamos más arriba la prioridad que reconoció von Liszt a la naturaleza formal de aquélla, y que en caso de una contradicción con la antijuridicidad material "el juez está ligado por la ley" sin posibilidad de rectificar el derecho vigente.

Aquí también se produce un cambio substancial. Se mantiene, ciertamente, el carácter objetivo de la antijuridicidad, entendida ésta, según Mezger, como "una contradicción objetiva con los preceptos jurídicos, como una lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración"<sup>13</sup>, para evitar así toda confusión con la culpabilidad y su apoyo en las normas subjetivas de determinación, pero, con palabras del mismo autor, la determinación de la antijuridicidad "se convertiría en lamentable formalismo si no se considerara el **contenido material del injusto típico**, deduciendo de el las líneas directrices para la aplicación de la ley"<sup>14</sup>. Y **ese contenido material es a lesión o puesta en peligro de algún bien jurídica**, lo que se determina "ante todo con arreglo a la ley", pero también recurriendo a

---

12 JESCHECK, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, 2º ed. Berlín, 1972, p. 168.

13 MEZGER, Edmundo, ob. cit., t.I, P. 282.

14 MEZGER, Edmundo, ob. cit., t.I, p.329.

un "derecho supralegal", porque "el simple positivismo legal deja sin respuesta innumerables cuestiones de la vida práctica del derecho" <sup>15</sup>. Si no se dañaba o ponía en peligro algún bien jurídicamente protegido el hecho típico no era antijurídico, y de igual manera con ayuda también de la antijuridicidad material se desarrollaron a su vez causales supralegales de justificación.

d) Contra la estrechez del concepto de la culpabilidad del sistema clásico que no contenía nada más que los conceptos específicos del dolo y de la culpa como formas de la culpabilidad entendida como nexo psicológico entre el autor y el hecho reaccionó Reinhard Frank en 1907. En su opinión, pertenecen a la culpabilidad, además del dolo y de la culpa, una aptitud normal del autor (imputabilidad) y la normalidad de las circunstancias en las cuales aquél obra, y agrega que "buscando una expresión que contenga en sí todos los referidos elementos del concepto de culpabilidad, no encuentro ninguna otra más que reprochabilidad", y que "un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como culpable cuando le podemos hacer un reproche por haberlo cometido" <sup>16</sup>. **Culpabilidad es así reprochabilidad.**

Fue el primer intento para pasar de la teoría psicológica de la culpabilidad a la concepción normativa, pronto completado por las obras de James Goldschmidt "El estado de necesidad, un problema de la culpabilidad" y de Freudenthal "Culpabilidad y Reproche", publicadas respectivamente en 1913 y 1922, a las que siguieron muchas más, de las que se destacan "La concepción normativa de la culpabilidad" del mismo Goldschmidt que vio la luz en 1930 y el Tratado de Mezger.

La culpabilidad según esta concepción normativa se apoya sobre una situación real o de hecho y un juicio valorativo sustentado en una norma. Mezger expresa al respecto que "la culpabilidad' jurídico-penal es, ante todo, una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica (situación de hecho de la culpabilidad), en la que se conecta el reproche contra el autor", pero "es también, al mismo tiempo y siempre, un juicio valorativo sobre la situación de hecho de la culpabilidad" <sup>17</sup>, considerando como elementos de la culpabilidad en un mismo plano a la imputabilidad, al dolo o a la culpa y a la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad. Por su parte, Goldschmidt descarga a la culpabilidad de elementos de hecho, coloca a la imputabilidad, al dolo o a la culpa y a la motivación normal como presupuestos 'de la culpabilidad y considera a ésta como

---

15 MEZGER, Edmundo, ob. cit. t.I, p.336.

16 FRANK, Reinhard, Estructura del concepto de culpabilidad, versión española, Chile, 1966, p.29.

17 MEZGER, Edmundo, ob. cit, t. II, p.9.

un puro juicio de reproche sobre la base de la exigibilidad y de la falta de motivación por la representación del deber jurídico<sup>18</sup>.

La culpabilidad de todos modos asume en este sistema carácter complejo, pues se integra con datos psicológicos (como elementos o presupuestos) y un juicio valorativo.

- C -

Según palabras de Jescheck, "el punto débil del referido sistema, tal como se mostró durante la década de los años veinte, consistió, políticamente, en su notoria neutralidad frente a los valores fundamentales del derecho, lo que dañó gravemente la posición de la ciencia en su enfrentamiento con la ideología de los Estados totalitarios"<sup>19</sup>. A ello contribuyó la filosofía que lo inspiraba, según la cual la realidad es un caos sin sentido que adquiere su real significación en virtud de los valores que el hombre le asigna.

Para producir el necesario cambio había que partir de otros presupuestos metodológicos, y así procede Welzel, quien sostiene que las categorías del conocimiento son también categorías del ser, es decir, no sólo categorías gnoseológicas, sino también categorías ontológicas, y llevando este pensamiento al derecho penal expresa: "El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible. Los tipos pueden sólo reflejar este material ontológico previamente dado, describirlo\* lingüísticamente y conceptualmente, pero el contenido de los reflejos lingüísticos y conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo"<sup>20</sup>. Es decir, el derecho penal no puede dejar de estar vinculado al ser o a las cosas, a lo que son ónticamente, a "estructuras lógico-objetivas".

Además, dogmáticamente, el paso **dado** por el sistema anterior había quedado a mitad de camino, pues **faltaba** incluir el restante elemento

---

18 GOLDSCHMIDT, James, La concepción normativa de la culpabilidad, versión española, Buenos Aires, 1943, p.3 y ss.

19 JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit. p. 159.

20 WELZEL, Hans El nuevo sistema del Derecho Penal, versión española de 4º ed., Barcelona, 1964, ps. 13-14.

subjetivo —el dolo— en el tipo —en un tipo complejo— y convertir a la culpabilidad en pura reprochabilidad.

Con Welzel se inicia un nuevo sistema, el tercero, que llamó "finalista", y que fue elaborando y revisando a través de muchos años de paciente labor, como "un riesgo que tiene que correr desgraciadamente el que acomete la tarea de deducir un nuevo sistema de un nuevo conocimiento de las cosas" <sup>21</sup>. Y si el sistema debía tomar en consideración "material ontológico previamente dado", el finalismo debía comenzar revisando el concepto de la acción.

a) Para formular su nueva teoría de la acción se apoyó Welzel en obras de psicólogos y fenomenólogos que vieron la luz entre los años 1920 y 1930 que "llevaron a cabo la ruptura con la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones, y pusieron de manifiesto una forma de realización de los actos anímicos que no era causal-mecánica" <sup>22</sup>. A esa forma de realización comenzó a llamarla Welzel "intencional de sentido", para utilizar más tarde el término "finalidad". La acción no es así un acontecer solamente "causal", sino "final", característica que se basa "en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines", y define entonces a la acción como **ejercicio de una actividad final** <sup>23</sup>, y agrega: "Las normas del Derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente, es decir, acciones" <sup>24</sup>.

Según Welzel, la dirección final de la acción se realiza en dos fases. La primera transcurre en la esfera interna del individuo a través de la anticipación mental del fin, la selección de los medios necesarios para su consecución y la consideración de los efectos concomitantes. La segunda se desarrolla en el mundo exterior como un proceso causal dominado por el fin, es decir, no como un proceso "ciego" sino como uno "vidente".

b) En este sistema el tipo sigue cumpliendo la función esencial de reflejar todas las características de la acción prohibida. Pero como el derecho penal sólo prohíbe acciones finales, el tipo, que ya comprendía en el sistema anterior los llamados elementos subjetivos, **abarca también ahora la especial finalidad de realizar la acción típica con sus consecuencias, es decir, el dolo**, sumándose a esta razón, derivada de la naturaleza finalista de la acción otra de carácter dogmático, derivada de la circuns-

---

21 WELZEL, Hans, ob. cit., ps. 16-17.

22 WELZEL, Hans, ob. cit., p.12.

23 WELZEL, Hans, ob. cit., p.25.

24 WELZEL, Hans, ob. cit., p.14.

tancia de exigir legalmente la tentativa el fin de cometer determinado delito, que no es sino el dolo, y si éste es un elemento de tipo de la tentativa tiene que conservar la misma ubicación en el tipo cuando la respectiva acción pasa de la etapa de la tentativa a la de la consumación.

El tipo asume así un carácter complejo, diferenciándose en este nivel las formas delictivas fundamentales. En los delitos dolosos de comisión, que constituyen el 90% de los delitos, se distingue el tipo objetivo por un lado y el tipo subjetivo por otro, y sólo cabe afirmar la tipicidad cuando existe una perfecta; congruencia entre ambos tipos. A su vez, el concepto de la culpa se reelabora en el ámbito del tipo como infracción del deber de cuidado exigido en general, y la omisión, que no encaja en el concepto de acción final, es entendida, principalmente por Armin Kaufmann, invirtiendo el sistema desarrollado respecto del delito de comisión.

Esta nueva estructura del tipo, especialmente con la inclusión en él del dolo, conduce a excluir de éste la conciencia de la antijuridicidad y a tratar separadamente el error de tipo y el error de prohibición, éste como elemento de la culpabilidad.

c) En opinión de Welzel, pues a él seguimos en esta exposición ya que dentro del finalismo hay posturas parcialmente discrepantes, **la antijuridicidad es un juicio desvalorativo sobre la conducta típica** que se formula con arreglo a un criterio general sobre la base de todo el ordenamiento jurídico, siendo esa conducta sin embargo una unidad de elementos objetivos y subjetivos.

De ahí resulta la distinción entre los conceptos de antijuridicidad e injusto, la primera es una pura relación, un predicado; el segundo es la conducta antijurídica misma un sustantivo. De este último dice Welzel que "no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico) desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es sólo antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho objetivo, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal"<sup>25</sup>.

d) El sistema anterior había dado un primer paso para superar la concepción psicológica de la culpabilidad, pero no fue suficiente, pues en su concepto complejo mantuvo en la culpabilidad elementos psicoló-

---

25 WELZEL, Hans, ob. cit., p.67.

gicos junto a una valoración normativa. El siguiente y decisivo paso lo dio Graf Zu Dohna al distinguir el objeto de la valoración de la valoración del objeto y al sostener que "sólo cuando se reduce el concepto a una valoración se abarca normativamente la culpabilidad" <sup>26</sup> . Y así pudo decir Welzel que "siguiendo el camino iniciado por Dohna, la doctrina de la acción finalista asigna al dolo, que había quedado en aquel autor sin patria, su lugar apropiado como una especie de la voluntad final de acción en el tipo subjetivo de los delitos dolosos" <sup>27</sup> .

Se llega así a una concepción puramente normativa de la culpabilidad, cuya esencia, según Welzel, "puede ser definida, del modo más exacto, mediante la palabra, no muy bella estilísticamente, de reprochabilidad". Y agrega: "**culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad**"<sup>28</sup> .

Como reprochabilidad, la culpabilidad es un concepto en cuya virtud se valora la resolución de la voluntad de la acción, pero no es la voluntad misma. Presupone una determinada voluntad y una determinada acción voluntaria, y en ese sentido es válido para Welzel decir que desde este punto de vista el dolo también pertenece a la culpabilidad, a cuyo respecto manifiesta que "la polémica entre la doctrina de la acción causal y la doctrina de la acción finalista no versa, sin embargo, sobre el problema de si el dolo pertenece también a la culpabilidad (como su posible portador), sino sólo si pertenece exclusivamente a la culpabilidad"<sup>29</sup> .

La culpabilidad, para el sistema finalista, tiene, como presupuestos, al libre albedrío y a la imputabilidad, y, como elementos, al conocimiento o cognoscibilidad de la antijuridicidad (que se excluye por un error de prohibición) y la exigibilidad de la obediencia al derecho.

#### - IV -

Como se habrá podido advertir, los tres sistemas analizados se basan en los cuatro elementos de la estructura del delito: acción (en sentido amplio), tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pero se distinguen en sus presupuestos filosóficos, y esto los lleva a discrepar en punto a la ubicación de algunos subelementos, principalmente el dolo, cuyo traslado de la culpabilidad al tipo ha importado, según se ha dicho con razón, una verdadera "revolución copernicana" en el derecho penal.

---

26 GRAF ZU DOHNA, Alexander, La estructura de la teoría del delito, versión española de la ed., Buenos Aires, 1958, p.61.

27 WELZEL, Hans, ob. cit., p.83.

28 WELZEL, Hans, ob. cit., p.80.

29 WELZEL, Hans, ob. cit., ps. 81-82,

Pero tal traslado se ha hecho a expensas de un cambio en el contenido del elemento intelectual del dolo, pues el dolo para los primeros sistemas comprendía, además del conocimiento de los hechos, la conciencia de la antijuridicidad, como "dolus malus", mientras que el dolo del finalismo sólo requiere el conocimiento de los hechos recogidos en el correspondiente tipo objetivo, pues la conciencia de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad. Y este cambio, que no tiene consecuencias desde los puntos de vista expositivo y didáctico, sí las tiene en orden a la punibilidad o no de algunos hechos.

Uno de esos casos se da en el supuesto de participación en un delito especial propio, como lo es el de matrimonio ilegal previsto en el art. 135 inc. 1º del Código Penal, del cual sólo puede ser autor quien contrae matrimonio cuando, sabiendo que existe un impedimento que causa su nulidad absoluta, por ejemplo un matrimonio anterior válido, oculta esta circunstancia al otro contrayente. Supongamos que A miente diciéndole a B, casado, que su primer matrimonio es nulo y que nada impide por ello contraer uno nuevo, con lo cual lo determina a obrar así. Nos enfrentamos entonces con A como instigador y con B como autor. Según las reglas que gobiernan la accesoriedad de la participación, para poder castigar a A debe haber realizado B, por lo menos, una acción típica. Según los dos primeros sistemas, la acción de B es típica, por lo cual se puede fundar la responsabilidad de A como instigador. Según el finalismo, B ha obrado sin dolo!, por haber incurrido en un error sobre un elemento del tipo, y en esas condiciones su acción no es típica, lo que excluye toda posibilidad de castigar a A como instigador.

Otro caso se da en el siguiente supuesto de error de prohibición. Supongamos que A, tal como lo prevé el art. 175 inc. 2º del Código Penal, se apropia de una cosa ajena en cuya tenencia entró a consecuencia de un caso fortuito conociendo estas circunstancias pero ignorando, aunque no de modo insuperable, que tal apropiación es antijurídica. Según los dos primeros sistemas, dicha apropiación no es punible, pues el autor obró sin dolo, ya que éste se integra con la conciencia de la antijuridicidad, y si bien obró con culpa, porque el error no era insuperable, no es punible porque falta tipo culposo. Según el finalismo, la referida apropiación es típica, pues el dolo del autor abarcó todos los elementos del tipo objetivo, y el error en cuestión, superable, sólo tiene la virtud de atenuar eventualmente la culpabilidad.

- V -

No es posible vaticinar el camino que habrá de seguir la teoría del delito. Para citar a dos autores, en opinión de Gallas "la peculiar pretensión de la actual situación de la dogmática reside en el hallazgo de una

síntesis entre los nuevos impulsos que debemos al finalismo y ciertas irrenunciables conclusiones del anterior lapso de desarrollo de nuestra ciencia determinado por un pensamiento valorativo y teológico”<sup>30</sup>. Y según Jescheck, “el sistema del concepto del delito que está en la base del finalismo se impondrá porque convence con independencia de la teoría de la acción final”, pero señala además: “No se debe desconocer el peligro de una formulación muy abstracta de la dogmática penal: tal peligro consiste en que el juez se abandone a conceptos excesivamente teóricos y pase por alto las particularidades del caso concreto. Decisivo tiene que ser siempre la solución del caso concreto, mientras que las exigencias de la sistemática deben ocupar el segundo lugar”<sup>31</sup>.

Son opiniones de dos autores que deben ser considerados dogmáticos. Uno en favor de una síntesis entre los dos últimos sistemas analizados, el otro en favor del finalismo, aunque con una ventana abierta hacia el caso concreto.

En postura opuesta a una sistematización rígida se hallan algunos autores que quisieran ver al derecho penal dar un giro de 180 grados. Los cita el profesor español Enrique Gimbernat en su ensayo *¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídico Penal?*, y así es dable enterarse que Richard Schmid califica de “funesto” que en Alemania “lo penal se entendiera casi exclusivamente como tarea jurídica y que como tal fuera también cultivado”, y que “la disciplina del derecho penal se cultivara l'art pour l'art por así decir, siendo elaborada con toda clase de sutilezas jurídicas”; que Carl Nedelmann opina que las tendencias dominantes en la actual ciencia del derecho penal “se aterran a la pura teoría, dirigiéndose contra toda ciencia que no esté basada en ella sino en la experiencia”, y que es preciso “que la ciencia del derecho penal haga saltar su irracionalidad parcial y se convierta en una ciencia de las circunstancias sociales, o, si no lo consigue, pierda su influencia en la regulación de la protección de los bienes jurídicos a favor de ciencias más ajustadas a la realidad”. Y con motivo de estas posturas destaca el renombrado profesor español que de nuevo se está asistiendo a la venerable polémica —enriquecida ahora por los conocimientos de la nueva sociología y del psicoanálisis — entre los que cultivan la dogmática jurídico-penal y los que quisieran ver al Derecho Penal desplazado por la Criminología<sup>32</sup>.

Pero entre los extremos de esas dos posiciones que colocan frente a frente a quienes se inclinan por un sistema dogmático y a quienes dan preferencia a la solución del caso concreto sobre la base de ciencias no

---

30 GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, versión española, Barcelona, 1959, p.64.

31 JESCHECK Hans-Heinrich, ob. cit., p.150.

32 GIMBERNAT Enrique, *¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídico Penal?*, en “Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho (en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa)”, Buenos Aires, 1970, p.495.

jurídicas puede ubicarse una tendencia intermedia, cuyo representante más conspicuo es el Profesor en Munich Claus Roxin, quien se pregunta: "¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista polítocriminal erróneo?", y agrega: "hay que reconocer que, sin perjuicio del mantenimiento ilimitado de las exigencias del Estado de Derecho, los problemas polítocriminales configuran el contenido propio también de la teoría general del delito", "que el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas polítocriminales en el sistema del derecho penal", y que "las concretas categorías del delito –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad– deben sistematizarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función polítocriminal", a cuyo respecto señala que la función del tipo consiste en dar cumplimiento al principio de legalidad, la de la antijuridicidad en dar solución a los conflictos que se suscitan en el seno de la sociedad, y la de la culpabilidad resulta acuñada por los fines de la pena. Y concluye: "Una tal penetración de la política criminal en el ámbito jurídico de la Ciencia del Derecho Penal no conduce tampoco a un abandono o a una relativización del pensamiento sistemático, cuyos frutos en la claridad y seguridad jurídica son irrenunciables; por el contrario, las relaciones internas de un sector jurídico, que sólo pueden radicar en lo normativo, son puestas de relieve más claramente por un sistema teleológico que por uno deducido de abstracciones o de axiomas"<sup>33</sup>.

Iniciamos este último capítulo señalando la imposibilidad de vaticinar el camino que ha de seguir la teoría del delito, y en él acabamos de hacer referencia a algunas críticas dirigidas contra sistemas dogmáticos a los que se consideran muy cerrados sobre sí mismos. Ahora, poniendo término a este trabajo y en apoyo de la Ciencia Dogmática del Derecho Penal sobre la cual se asienta la teoría del delito, podemos repetir con Gimbernat: "Porque la existencia del derecho penal es imprescindible y no depende para nada de la posibilidad de demostrar la libre decisión humana en el caso concreto, porque toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel científico-jurídico, porque una ciencia desarrollada del derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el derecho penal, por todo ello: la Dogmática Jurídicopenal tiene un futuro"<sup>34</sup>, y podemos agregar que también lo tiene la sistematización dogmática de la teoría del delito, cualesquiera fueren los cambios que se produzcan.

---

33 ROXIN, Claus, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, versión española, Barcelona 1972, ps.15 yss..

34 GIMBERNAT, Enrique, ob. cit., p.523.