

**LA CONCEPCIÓN DEL DELITO DE LA ANTIGÜEDAD A LA ACTUALIDAD.**  
**LÍNEAS GENERALES.**

**JUAN C. FERNÁNDEZ LECCHINI.**

**SUMARIO.**

**I)**

La concepción del delito en la prehistoria y la antigüedad. Los períodos de la evolución del derecho penal. Babilonia. India. Los hebreos. Grecia. Roma. La Edad Media. El renacimiento.

**II)**

La doctrina de la imputación.

**III)**

El derecho penal moderno. Nacimiento. Feuerbach.  
Antecedentes. Beccaria. Romagnosi.

**IV)**

El derecho penal del S. XIX.  
J. Pacheco, Carrara, Binding, A. Merkel, Rossi, Vidal, Garraud.

**V)**

El sistema del delito.  
Von Liszt – Beling, Mezger, Welzel, funcionalismos.  
Los sistemas y el delito hoy.

**VI)**

Bibliografía.

**I)**

**LA CONCEPCIÓN DEL DELITO EN LA PREHISTORIA, LA ANTIGÜEDAD Y LA EDAD MEDIA.**

**A)**

Suele distinguirse cuatro períodos en la evolución del derecho penal<sup>1</sup>.

**1)**

La primera corresponde a la venganza privada. La acción penalizadora no se ejercía como función política del Estado sino que el ofensor era víctima de una reacción vindicativa desorbitada y sin medida, sin que la sociedad como organización política interviniera. Se trataba de una relación punitiva entre el ofendido y el ofensor, o entre un grupo familiar y el ofensor<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Estrada Vélez, Federico, Derecho Penal parte general, segunda edición, Temis, 1986 pág. 17.

<sup>2</sup> Ibidem.

2)

Siguió el período de la venganza divina. Íntimamente vinculado con el anterior. Era notoria entonces la concepción mágica y divina de los fenómenos naturales y de la vida en general. La pena se aplicaba en forma desproporcionada, por la violación de los tabúes, en nombre de la divinidad, y para calmar la irritación de esa divinidad<sup>3</sup>.

3)

Siguió el período de la venganza pública. En este período empezó a surgir el Estado como titular del poder de castigar, despojando de esa facultad a los particulares o a los grupos familiares<sup>4</sup>.

4)

Luego arribó el período llamado humanitario. Puede decirse que el derecho penal comenzó a humanizarse solamente a partir del pensamiento iluminista francés. Empiezan entonces a formarse, tímidamente, las escuelas penales. No es posible delimitar prolijamente desde el ángulo cronológico el comienzo y fin de estos momentos históricos. Las instituciones o formas que se han estudiado como características de cada uno de estos períodos existieron indistintamente en todos o en algunos de ellos y aun en tiempos prehistóricos se hallan formas del período de la venganza pública<sup>5</sup>.

5)

Es lógico suponer que la vida en común de varios seres humanos, por primitivos que fueran, implicaba la reacción de quienes se sintieran ofendidos o perjudicados por el comportamiento ajeno. Si no había una reacción estatal frente al quebrantamiento de intereses ajenos, sí tuvo que existir un castigo inflingido por el ofendido o por sus familiares. Era entonces la ley del más fuerte, del más hábil o del depositario de la autoridad divina. Se imponía no un sistema de normas sino un castigo feroz, que se aplicaba reiteradamente frente a las sucesivas violaciones y se iba procesando para convertirse en tradición. Sólo así era posible mantener un relativo orden social. En la noche impenetrable de los tiempos se pierden fechas, nombres, cronologías, pero se pueden advertir formas punitivas diversas, que habrían de perdurar durante siglos en sociedades más evolucionadas<sup>6</sup>.

Eran los orígenes de un derecho punitivo bárbaro y desmedido. No obstante ello ya se podían advertir las primeras limitaciones a la reacción colérica individual sin cauce ni medida. Cada nueva costumbre, al fortalecer la tradición para individualizar las penas, así fueran ordalías, el talión, la venganza privada, constituyó un hito importante en la historia del derecho penal, pues cada vez más se reglamentaba y acotaba el derecho y la forma de castigar<sup>7</sup>.

6)

Podemos ver de lo reseñado hasta ahora al delito en la prehistoria y en la antigüedad como un daño a un bien o un interés, castigado por costumbre, por tradición. Ya vemos el juego innominado del bien jurídico. La pena también se iba fijando por tradición, por la sucesión de hechos en el correr de los tiempos y el afianzamiento de los criterios de reacción.

7)

En la sociedad paleolítica –edad de piedra- ya existía el talión, mucho antes que el código de Hammurabi. En cuanto al crimen y al castigo la participación íntima de los espíritus hacía que toda la idea fuera diferente de los códigos legales de las

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Idem páginas 17, 18.

<sup>7</sup> Idem pág. 18.

sociedades seglales. Los delitos de lesiones o muerte cometidos contra el individuo serían vengados conforme el principio del tali3n, por los compa1eros de la v3ctima en el clan. Los delitos civiles y seglales contra la tribu, como ciertos atentados contra las leyes matrimoniales y los traicioneros entendimientos con el enemigo, merecer3an un castigo inmediato, por consenso com3n<sup>8</sup>.

En los comienzos de la civilizaci3n –edad de bronce- empez3 a surgir un derecho normado, con vigoroso influjo teocr3tico, que milenios m3s tarde se concretara en las formas conocidas del derecho hind3, egipcio y hebraico. Leonard Woolley hizo expresa referencia a los primeros cuerpos de legislaci3n que se conocen y que son ante todo expresi3n de la voluntad divina. As3 se ha sostenido que los egipcios y los hebreos tuvieron una opini3n muy diferente de la ley. Es razonable suponer que existi3 un c3digo de derecho egipcio mucho antes de la expl3cita menci3n que hacen de 3l autores griegos. Pero es escasa la prueba material que hay de esto. En la 3poca de la d3cimo octava dinast3a hallamos una alusi3n oscura a una cl3usula en el “libro de Menfis”, que era la palabra del soberano, la misericordia del “visir”. Y en la tumba de Pejmar3, al describir la instalaci3n del visir, se dice “y para el derecho en que juzgu3is, hay una sala espaciosa llena de (¿las actuaciones?) de todos los (pasados) juicios”, hay lo que parece ser vagas reflexiones a un c3digo en el reino medio. Resulta plausible pues que algo con el car3cter de un corpus de derecho se remontara a los primeros siglos del tercer milenio antes de Cristo<sup>9</sup>.

El primer c3digo que se conoci3 a lo largo de la historia fue el de Hammurabi. Su promulgaci3n puede ubicarse hacia el a1o 2083 a.c. Este c3digo regulaba prolijamente todas las actividades de todos los habitantes de Babilonia. Era de previsiones concisas y espec3ficas. De 3l extraemos que en aquella 3poca exist3an ya instituciones penales que implicaban una elaborada organizaci3n pol3tica y social, m3s avanzadas que muchas posteriores<sup>10</sup>. Este c3digo estaba escrito en cuneiforme, grabado en un bloque de piedra de 2.25 metros de alto, bajo la efigie del Dios Samas. Al lado de las loas y alabanzas al Rey, en 282 art3culos se regula la hechicer3a, los juicios de Dios, el falso testimonio, el prevaricato, el hurto, la rapi1a, la reivindicaci3n de muebles, los derechos y deberes de oficiales, soldados y vasallos del Rey; el cultivo y el r3gimen legal de los fundos r3sticos, el secuestro, las servidumbres por deudas; de la sacerdotisa y de la mujer p3blica, ofensas a los progenitores, sustituci3n de infantes, lesiones personales, las penas del tali3n, indemnizaci3n y composici3n; hizo una clara diferencia entre el dolo, la culpa y el caso fortuito, lo que de por s3 constituye un elevado concepto jur3dico, extra1o a las legislaciones primitivas. El acto doloso era entendido como voluntad consciente de realizar el hecho criminoso –art3culos 206, 227 y 245-, la culpa era el acto negligente –art3culos 266, 250<sup>11</sup>. No empee lo admirable de una obra as3, en aquella lejana antigüedad, el hecho de que en los art3culos 228 y 229 se confundiera el delito propiamente tal con el hecho nocivo causado por inexperiencia o negligencia en el ejercicio de un arte o profesi3n<sup>12</sup>.

Dos mil a1os antes de la era cristiana en Babilonia ya funcionaban unas instituciones penales avanzad3simas para la 3poca: el art3culo 2 consagra el juicio de Dios: cuando una persona hiciera maleficio a otra sin probarle culpa alguna, la responsabilidad se decid3a por la incidencia de los ciegos elementos naturales. La pena

---

<sup>8</sup> Idem p3g. 18. Si esta interpretaci3n de la doctrina contempor3nea es correcta, ya en aquella 3poca se intuía la distinci3n que luego se concretar3a entre bienes jur3dicos individuales y colectivos. ¿Nada nuevo bajo el sol?

<sup>9</sup> Estrada V3lez, Federico, Derecho Penal parte general, segunda edici3n, Temis, 1986 p3g. 18.

<sup>10</sup> Idem p3ginas 18, 19.

<sup>11</sup> Idem p3g. 19.

<sup>12</sup> Ibidem. Estrada hace remisi3n a un trabajo de Reyes Echandi3 sobre el c3digo de Hammurabi.

de muerte se aplicaba a las ofensas a la divinidad. Las penas económicas eran usuales, especialmente en los atentados contra la propiedad<sup>13</sup>.

Durante el imperio de los vedas –Imperio Indú-, antes de la era cristiana, existían colecciones de textos legales conocidas como dharma; en este período védico el rey podía castigar a los súbditos pero no había aún una administración legal o tribunales que respaldaran tal facultad. Los escritos védicos nos procuran alguna luz sobre los delitos y su castigo: asesinato, robo, pena de muerte, penas pecuniarias, mutilaciones corporales<sup>14</sup>.

La legislación hebraica tuvo inspiración religiosa e identificó moral y religión. El Decálogo y el Torá como expresión de derecho divino vigente en un pueblo nómada, no podían ser expresión de un poder político establecido<sup>15</sup>. La retribución taliónica era el criterio de la pena y se extendía a los familiares del autor<sup>16</sup>. La pena era la del “ojo por ojo” pues, pero también habían penas pecuniarias<sup>17</sup>.

En Egipto la voluntad del faraón era ley. Las decisiones faraónicas reiteradas llevaron a la creación de una serie de reglas escritas, que no han subsistido<sup>18</sup>. Sólo las civiles se recuperaron.

El derecho griego tenía un conjunto de instituciones penales pero ellas no estaban a la altura de la brillante filosofía y las instituciones políticas. Cada ciudad se daba sus propias leyes. El derecho criminal consuetudinario aceptó en sus orígenes la práctica de la venganza cumplida por la familia del damnificado. Luego se fijaron indemnizaciones, por árbitros nombrados por el Estado. El homicidio accidental no se distinguió del deliberado pero tuvo pena distinta y mas leve. Las penas fueron graves en casos de lesiones, calumnias graves o adulterio<sup>19</sup>.

8)

Entonces. El delito, en las primeras etapas humanas fue una idea arraigada en el colectivo, fue un ataque a un interés o bien, individual o colectivo. Al principio fue consuetudinario pero desde temprano fueron concretándose documentos que establecían cuáles eran los delitos y cuáles sus penas.

En estas edades prehistóricas y hasta el derecho romano la concreción del delito en una norma documentada fue excepcional. Y la ciencia del derecho penal suspiró en ausencias.

B)

En la antigüedad el delito era una intuición, una reacción oscuramente presentida, contra el miembro de la comunidad que trasgredía las normas de convivencia, que ponía en riesgo los intereses de la comunidad<sup>20</sup>. En realidad el delito era una reacción contra el evento, fuera cometido por un hombre o no, fuera cometido con intención o no<sup>21</sup>.

Se puede decir entonces que en aquellas edades de la humanidad el delito se sentía. Era una regla implícita y violentamente protegida. La elaboración jurídica era inexistente obviamente y el delito, de tradición oral y vivencia individual y comunitaria,

<sup>13</sup> Estrada Vélez, Federico, Derecho Penal parte general, segunda edición, Temis, 1986 pág. 20.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Idem págs. 20, 21.

<sup>16</sup> Idem pág. 21.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, pág. 19.

<sup>21</sup> Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal, Introducción y Parte General, 4ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961 páginas 58 a 60.

se confundía con la sanción. Es posible que el delito, que la conducta contraria a la reunión de los individuos, se confundiera con la pena consecuente. En este sentido, no es descabellado especular acerca de que la conducta contraria a la sociedad primitiva fuera intuitivamente relacionada inescindiblemente con la pena<sup>22</sup>. Se sentiría la existencia de una relación metafísica entre aquella conducta y la pena. Curiosamente esta necesidad entre la conducta dañosa y la pena, cual si fuera una relación de causalidad natural, se siguió planteando durante los siglos que siguieron, hasta llegar a la concepción bilateral de la culpabilidad: a la conducta culpable debe necesariamente seguirse una pena<sup>23</sup>.

El derecho penal es la primera y más primitiva capa de la evolución jurídica<sup>24</sup>. Lo injusto era la “palanca” del derecho y la moral<sup>25</sup>.

En la unión social prehistórica el vínculo era la unidad de sangre. Aun no se distinguía entre el mandamiento de Dios y el estatuto de los hombres<sup>26</sup>. El crimen era un atentado contra la divinidad y la pena consistía en la expulsión o eliminación de los atentadores de la asociación cultural, si bien como sacrificio a la divinidad, en primer término<sup>27</sup>.

Luego, la convivencia de las tribus, unidas por vínculos de sangre, sobre el mismo territorio, produjo el cambio de la forma de reacción social. La expulsión perdió su importancia como reacción ante lo que hoy llamaríamos el delito de aquella época. Ante el “delito” ahora se reaccionaba con la “pérdida de la paz” o “persecución”. La lesión de un miembro de una tribu por un miembro de otra daba lugar a la venganza de sangre, ejercida de tribu a tribu; esta situación terminaba con la desaparición de una de las tribus o bien con el agotamiento de ellas<sup>28</sup>.

Véase pues. Estamos mirando hacia la época en que no había escritura. El delito no estaba definido formalmente ni estudiado. No había ninguna elaboración, al menos que se conozca, acerca de lo que el delito era. Esto es comprensible atento a la escasa evolución de aquellas sociedades. Es sintomático de la situación descrita el hecho de que la doctrina hoy, al querer estudiar sus características, se base en el estudio de lo único que ha dejado huellas entre nosotros, a través de la crónica humana: la pena prehistórica y sus formas.

Sin embargo de lo dicho, es obvio que el delito era intuido por los miembros de la tribu. Y podemos decir que formaba parte de sus reglas -no escritas-.

De la revista doctrinaria podemos concluir que las sociedades prehistóricas ya actuaban el concepto de bien jurídico. Es por ello que reaccionaban ante una muerte violenta causada por otro de los miembros, por ejemplo. Sin embargo, se recalca por la doctrina que se visualizaba el ataque contra los bienes básicos de una persona como daño a los bienes de la sociedad familiar; la pena, se dice, era una reacción social contra acciones antisociales<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> Con la violenta e ilimitada pena, Von Liszt, Tratado de Derecho Penal tomo I páginas 65, 66, 67.

<sup>23</sup> Roxin, Claus, Culpabilidad y prevención en derecho penal, traducción de F. Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981 pág. 187 y siguientes.

<sup>24</sup> Von Liszt, Tratado de Derecho Penal tomo I páginas 19, 65, 66, 67. Y Pacheco, Joaquín, Derecho Penal, Conferencias pronunciadas en el Ateneo de Madrid entre 1839 y 1840 pág. 2.

<sup>25</sup> Von Liszt, Tratado de Derecho Penal tomo I páginas 19.

<sup>26</sup> Más aun. El hombre primitivo no pensaba en relaciones causales sino en relaciones sobrenaturales, el delito para el hombre primitivo era un evento que atentaba contra la divinidad: Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal, Introducción y Parte General, 4ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961 páginas 58 a 60. Por esto probablemente se sintiera en el S. XIX que el pensamiento causal era la ciencia verdadera, pues dejaba atrás la superstición.

<sup>27</sup> Von Liszt, Tratado de Derecho Penal tomo I página 19.

<sup>28</sup> Idem páginas 19, 20.

<sup>29</sup> Idem pág. 20.

### C)

Con la adopción de domicilio fijo, la pena de la pérdida de paz devino en la reacción ante el infractor, sin medida, sin finalidad, en la aniquilación de él, impetuosa y violenta: la pena de muerte y las corporales mutilantes, el destierro temporal o perpetuo. Aunque también las penas pecuniarias<sup>30</sup>. El perturbador de la paz pública y los suyos, a pesar de la violación del derecho, eran custodiados en la paz jurídica, al menos en los casos más leves, por un préstamo de metálico –dinero de la paz- de más o menos monta, para la comunidad. La enardecida venganza de sangre se concilió; el resarcimiento en metálico, a la comunidad, devino de negociación, acuerdo, a algo obligatorio. Así nació el sistema de la composición<sup>31</sup>. Este desenvolvimiento alcanzaría un impulso poderoso por obra del poder del Estado fortalecido y elevado por sobre las asociaciones familiares, que desligó al lesionado del manejo de la pena para traspasarla al juez, que sometía a prueba los hechos, libre de preocupaciones. La gravedad de la pena impuesta por el Estado se graduaba por la gravedad de la lesión jurídica. La idea eclesiástico - religiosa del talión, da la medida y el fin del instinto de venganza. La pena pasó a ser la pena pública. El poder ilimitado del Estado se transformó en derecho penal público<sup>32</sup>.

### D)

Abandonando la prehistoria, el derecho y el delito comenzaron a sentarse en antiquísimas leyes escritas en versos, en poemas o monumentos<sup>33</sup>; esta serie gradual habría de traducirse en diferentes manifestaciones jurídicas<sup>34</sup>.

De esta forma se fue transitando desde el derecho como exclusiva forma de vivencia mental y transmisión oral a la legislación escrita. Pasando por las formas incipientes de concreción escrita. Este punto es importante porque la plasmación del delito en textos escritos facilitará e incentivará el análisis de sus elementos y nos llevará en última instancia al sistema, que hoy nos parece tan familiar, y tiene apenas algo más que un siglo.

Claro. Esta evolución, que pasó por el código de Hammurabi –como se dijera supra-, aproximadamente S. XX a. c.<sup>35</sup>, por las leyes de las doce tablas<sup>36</sup>, y por la Constitución Carolina<sup>37</sup> y la Teresiana, desembocó en la legislación y en la codificación que fueron creciendo en intensidad desde principios del S. XIX.

### E)

En la antigüedad helena y romana el delito era un daño objetivo, era un perjuicio a la colectividad causado aun sin culpa; se prescindía del elemento culpa,

---

<sup>30</sup> Y aun destierro, inhabilitación, confiscación, composición; con posibilidad de rehabilitación: von Lizst, Franz, Tratado de Derecho Penal tomo I páginas 20, 67 a 72.

<sup>31</sup> Von Liszt, Tratado de Derecho Penal tomo I páginas 20, 21.

<sup>32</sup> Idem pág. 21.

<sup>33</sup> Idem páginas 36, 37.

<sup>34</sup> Idem pág. 29.

<sup>35</sup> Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal, Introducción y parte general, 4ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961 pág. 61.

<sup>36</sup> Rossi Masella, Blas E., Manual de Derecho Romano, FCU 1978 páginas 42, 43, 45, 47, 54, 64. Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal, Introducción y parte general, 4ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961 pág. 62.

<sup>37</sup> Binding, Karl, La culpa en derecho penal, B de F Montevideo – Buenos Aires 2009, Colección Maestros del Derecho Penal n° 30 pág. 18.

conciencia, voluntad, de causar aquel daño. Luego la evolución llevó a la consideración cada vez mayor de la parte subjetiva de ese ente que llamamos delito<sup>38</sup>.

En la antigüedad el derecho penal era objetivo. Se castigaba pues el daño, sin otra consideración. En la actualidad, la sociedad del riesgo y de la globalización lleva a una paranoia, al miedo a perder las formas de asociación y de predominio, lleva a una ira social que desemboca en un derecho penal cada vez más violento y cada vez menos garantista<sup>39</sup>, más objetivo: a un delito instrumento de esa ira que responde a la inquietud de los poderosos, transmitida por medios insidiosos a los desposeídos, que curiosamente, bogan contra sus propias libertades. Curiosamente, hombres tan lejanos cronológicamente hablando se unen en una expresión penal que desconsidera al individuo, que le transpersonaliza. La revista de la historia nos ayuda a encontrar elementos de importancia suma, de los cuales tendremos que extraer conclusiones, en algún momento.

En Grecia y en Roma el delito no fue objeto de estudio detenido. En Roma no fue objeto de un estudio tan profundo como lo fue sí el derecho civil. Joaquín Pacheco razona con lógica que, si los que trabajaban los conceptos del derecho eran miembros de las clases dominantes, si a ellos entonces no alcanzaban las penas del derecho penal, a ellos no interesaba el derecho penal sobremanera. Y por lo tanto se dedicaban al estudio del derecho civil y del derecho político. Nada hubo de ciencia penal en los filósofos de la Grecia antigua, entiende Pacheco; Platón y Aristóteles se ocuparon del derecho civil y político, la ley penal quedó abandonada al acaso, la ciencia penal no se construyó, no se abordó<sup>40</sup>. La pobre ciencia penal de la antigüedad es hija de la idea del Estado omnipotente. La ciencia penal no podía ser hija sino del individualismo, interpretaba Pacheco. En Grecia y Asia el interés social mandaba, por lo que no podía surgir una ciencia que se basaba en lo sublime y lo digno del hombre. En Egipto, en Esparta, en Atenas, allí no aparecía la crítica de las leyes penales. Lo mismo sucedió en Roma. En Roma también dominaba el interés social, en lo referente a las conductas más enfrentadas con la comunidad. El individualismo era una idea desconocida aun, creía Pacheco: ni Polibio ni Cicerón estudiaron o construyeron una ciencia del derecho penal<sup>41</sup>. Durante el Imperio romano se estudió el derecho, se formaron los códigos del Imperio, que serían los códigos del mundo, se estudió la justicia, se fundó la jurisprudencia; los jurisconsultos hicieron su obra, comentando, explicando, combinando, infiriendo los principios de la legislación. La jurisprudencia estudiaba las leyes penales con menor detenimiento y con menor atención que las civiles. La clase escritora no era la que sufría esa ley penal de donde no se empleaba a fondo en su estudio; o bien seguía predominando el interés público por sobre el del

---

<sup>38</sup> Completo Trattato Teórico e Prático di Diritto Penale secondo el código único del regno d'Italia, pubblicato da Pietro Cogliolo, volume primo parte prima, Milano 1888, colaboración de Contardo Ferrini, "Diritto Penale Romano" pp. 5, 6. Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, tomo V, La culpabilidad, cuarta edición actualizada, editorial Losada S.A, Buenos Aires, pág. 687. Hungria, Nelson, Comentarios al Código Penal, Vol. 1 arts. 1 a 27, Revista Forense, Río de Janeiro, 1949 pp. 294, 295. Mezger, Edmundo, Tratado de derecho penal, tomo II, traducción de la segunda edición alemana de 1933 y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, tercera edición, adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés, Abogado Fiscal del Tribunal Supremo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 33. Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, volumen VI, segunda edición, Editorial Losada, Buenos Aires, pág. 22.

<sup>39</sup> Aller, Germán, Co - responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo, Carlos Álvarez Editor, Montevideo 2006 páginas 100 a 148.

<sup>40</sup> Pacheco, Joaquín, Derecho Penal, conferencias dictadas en el Ateneo de Madrid entre 1839 y 1840, págs. 2, 3, 4.

<sup>41</sup> Idem páginas 2 a 4.

individuo. Los jurisconsultos romanos y bizantinos, igual que los griegos, no ahondaron en la ley penal. Igual ocurrió durante el renacimiento de las ciencias en Europa en tanto la Edad Media no pudo ser una época científica<sup>42</sup>. En la Edad Media el derecho canónico estableció delitos cercanos, en su concepción, a lo religioso, desconoció el principio de reserva legal -el poder de los jueces era extraordinario- mantuvo el concepto de culpabilidad -por lo cual el delito estaba nutrido, en su concepción, por este elemento-<sup>43</sup>; pero el delito no pasaba de ser una definición, y aun implícita.

La época renacentista retomó el trabajo de los jurisconsultos romanos, que era predominantemente civil. Las leyes penales bárbaras no eran comentadas. Luego llegó la idea del individualismo, con el cristianismo. Pero aun no nacía la ciencia del derecho penal, el estudio del derecho penal. Luego la reforma religiosa conmovió a la cultura toda. Como resabio de esto quedó la inteligencia humana en vez de la autoridad, el triunfo se dio, del individuo sobre la tradición o sobre el Estado. La secularización se produjo del pensamiento. Se entronizaba así el individualismo. Las doctrinas y la filosofía del S. XVIII mostrarían este individualismo. Se gestaba con más rapidez la aparición de una ciencia del derecho penal. Beccaria y Filangieri elevaron el derecho a penal a una resultante más elaborada. Con Beccaria y Filangieri, en efecto, el derecho penal fue reacción contra lo social. Fue individualismo. El bando filosófico se dividió entre los que exageraban las antiguas virtudes, la severa moralidad, la exaltación, lo altilocuente -J.J. Rousseau, que inspiró a Beccaria- y por otro lado los excépticos, los que dudaban, satirizaban, analizaban -Voltaire, Helvecio, seguidos en lo jurídico por Bentham-<sup>44</sup>. Entonces, en el derecho penal, el sentimiento en Beccaria, el cálculo en Bentham, se concretaron en la teoría penal<sup>45</sup> de sesgo filosófico.

F)

Conforme lo visto, hasta el S. XIX el derecho penal no tuvo un desarrollo científico. Desde el delito intuido, vivenciado como algo dañino a la agrupación humana, hasta el delito entendido como un conjunto de elementos no sistematizados, desde el delito entendido como expresión objetiva hasta el delito entendido como expresión objetivo - subjetiva, hay un largo camino que la humanidad fue recorriendo. Y del cual aun nos falta recorrer comarcas muchas.

II)

## LA DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN.

A)

El delito, primero entendido como ultraje a la norma divina, luego fue entendido como ente filosófico o como ente interpretable desde el punto de vista filosófico. Así, desde ideas trabajadas por Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Grocio, y en base a las teorías de Samuel Pufendorf, Christian Wolff, Thomasius, Joachim Georg Daries, Baumgarten, Kant, se fue burilando la concepción de delito -a la par del acto inmoral- como conducta libre y voluntaria<sup>46</sup> y desde la imputatio facti e imputatio iuris, donde no faltan consideraciones sobre la ignorantia invencibilis, el coactum, la vis

---

<sup>42</sup> Idem página 5.

<sup>43</sup> Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal, Introducción y parte general, 4ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961 páginas 68, 69.

<sup>44</sup> Pacheco, Joaquín, Derecho Penal, Conferencias dictadas en el Ateneo de Madrid entre 1839 y 1840, páginas 5 a 7.

<sup>45</sup> Idem página 7.

<sup>46</sup> Sánchez Ostiz, Pablo, Imputación y teoría del delito, B de F 2008 pág. 23 y sts. Hruschka, Joachim, Imputación y Derecho penal, estudios sobre la teoría de la imputación, B de F 2009 página 11 y sts, 51 y sts.

absoluta y compulsiva, el *casus*. Estas doctrinas influyen o se reflejan hoy mismo en la ciencia penal<sup>47</sup> y en el sistema del delito y su discusión<sup>48</sup>.

### B)

La teoría de la imputación, con sus implicancias morales sobre todo pero también jurídicas, éstas en dosis creciente con el devenir de los siglos, desde la antigüedad al día de hoy, se hace presente en alguna medida.

### C)

Como efecto notable de esta doctrina de la imputación quedó, por un tiempo, la llamativa y loable idea de que el delito penal es esencialmente el doloso, el intencional y libre, excluyendo en principio el resultado imprudente. Así, muchos autores por mucho tiempo y por todo el mundo sostuvieron que el verdadero delito es el doloso, que el imprudente sólo admite acciones de resarcimiento, civiles; es cierto que este propósito ha quedado hoy sólo en una cuestión terminológica, donde se llama al delito imprudente, cuasi delito, pero se sanciona penalmente de todos modos<sup>49</sup>. Pero también es cierto que la idea de la reducción del derecho penal al hecho doloso es una bandera que, al menos la ciencia, no ha abandonado<sup>50</sup>.

## III)

### **EL DERECHO PENAL MODERNO. NACIMIENTO. FEUERBACH. ANTECEDENTES. BECCARIA. ROMAGNOSI.**

#### A)

##### **EL APORTE DE BECCARIA.**

El aporte de Beccaria será más bien filosófico que técnico. El aporte filosófico a la concepción del delito viene, desde la antigüedad, en creciente medida hasta lograr su apogeo en el S. XIX.  
Veamos.

Beccaria se emplea en el estudio de zonas filosóficas del derecho penal: el origen de las penas, el fin de las penas, el derecho de castigar, el principio de legalidad,

---

<sup>47</sup> Hruschka, Joachim, *Imputación y Derecho penal*, estudios sobre la teoría de la imputación, B de F 2009 páginas 144, 145, 146, por ejemplo citadas.

<sup>48</sup> Hruschka, Joachim, *Imputación y Derecho penal*, estudios sobre la teoría de la imputación, B de F 2009 páginas 152, 153, 155 y sts, 199 y sts, 242 y sts, 262, 263, 265, 266, 267, 268, 271, 272, 273, 274, 281 etc. Dicho de otra manera, aquella moral influyendo sobre la dogmática técnica de hoy.

<sup>49</sup> *Tratado de Derecho Penal*, según la ciencia racional, la legislación positiva y la jurisprudencia, con datos de estadística criminal, por M. Ortolan, Profesor de la Facultad de Derecho de París, Madrid, Librería de Leocadio López, editor, 1878 pp. 51 a 54. Vidal, Georges, *Cours de Droit Criminel et de science pénitentiaire*, cuarta edición, París, Arthur Rousseau editor, 1910 pág. 190. Binding, Karl, *La culpa en derecho penal*, B de F Montevideo – Buenos Aires, Colección Maestros del Derecho Penal n° 30, 2009 pág. 18. *Derecho Penal Argentino*, Parte General, tratado general y de la legislación actual comparada con las reformas proyectadas y con la legislación de lengua española, por Rodolfo Rivarola, Buenos Aires, Librería Rivadavia, Florida 359, 1910 pp. 261, 262. González, Teodosio, *Derecho Penal tratado bajo el doble aspecto científico y legislativo*, Editorial La Colmena S.A, Asunción, 1928, pág. 307. Fletcher, George P, *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia 1997 págs. 178, 179. Cury Urzúa Enrique, *Derecho Penal parte general*, tomo I, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile 1992 pág. 344.

<sup>50</sup> Michael Köhler y Arthur Kaufmann han sostenido recientemente que no se puede castigar la culpa inconsciente porque esto atenta contra el principio de culpabilidad: Gonzalo D. Fernández, “Bien jurídico y sistema del delito”, B de F, Montevideo – Buenos Aires, pág. 217.

la interpretación de la ley penal. Y ahondó en el estudio de las penas y su proporcionalidad con los delitos y formas de participación<sup>51</sup>.

Luego Beccaria estudió la distinción entre delitos<sup>52</sup>. Y estudió también algunos delitos en particular<sup>53</sup>.

También estudió los juicios penales y las pruebas<sup>54</sup>.

Trató Beccaria de reducir la crueldad de los procedimientos y de las penas<sup>55</sup>. En esto se concretó el sesgo filosófico de su obra, no alejado de las razones naturales que esgrimía.

Ahondó en las políticas evitativas de la comisión de delitos; la más importante, préstese atención a esto, la educación<sup>56</sup>.

#### B)

Entonces. La obra de Beccaria fue una afiliación filosófica. Evidentemente basado en la dura experiencia y en textos positivos, no asumió la definición ni el análisis del delito, sino que dándolo como un evento o un ente existente, trató de que la respuesta a él fuera legítima y no cruel.

Beccaria intuyó el delito desde la consideración del daño que ocasiona<sup>57</sup>. Implícitamente bordeó el concepto de bien jurídico, que desconoció en su faz técnica.

#### C)

##### BREVE REFERENCIA A G. ROMAGNOSI.

Romagnosi también se ocupó del derecho de penar<sup>58</sup>. Estudió las penas y estudió la eficacia de ellas<sup>59</sup>. Romagnosi se introdujo un poco más que Beccaria en la técnica de la ciencia penal al estudiar la relación de la pena con la tentativa, con el dolo<sup>60</sup>.

#### D)

##### FEUERBACH Y EL NACIMIENTO DE LA MODERNA CIENCIA DEL DERECHO PENAL.

Feuerbach es el punto donde toda aquella intuición, toda aquella lucha filosófica y crecientemente política, donde el Príncipe aparece cada vez con más protagonismo, llega a tener una expresión más científica y por cierto que con una técnica notable.

Veamos. Feuerbach a principios del S. XIX presentó una obra distinta. Digna de ser colocada en el estante de la ciencia penal, de la técnica penal, sin perjuicio de sus soportes políticos. Éstos, como motivación de la norma o de su aplicación, nunca desaparecen. Y es necesario decir que esto es deseable en alguna medida. En efecto, es preferible un derecho positivo que se apoye en una instancia política democrática, social y liberal, que uno desbordado y de violencia ilimitada basada o no en un derecho natural

<sup>51</sup> Beccaria: Marques de Beccaria, Tratado de los Delitos y de las Penas, Editorial Atalaya, Buenos Aires 1945 página 44 y sts, 98, 99, 136, 137, 138.

<sup>52</sup> Idem página 59 y sts.

<sup>53</sup> Idem páginas 61, 63, 90, 96, 131, 132.

<sup>54</sup> Idem página 66 y sts, 123 y sts, 138 y sts.

<sup>55</sup> Idem páginas 44 y sts, 65, 72, 73, 80 y sts, 83 y sts, 84, 85 y sts, 88 y sts, 102 y sts, 104 y sts, 142.

<sup>56</sup> Idem páginas 144, 145 y sts.

<sup>57</sup> Idem páginas 54, 59, 64, 90, 96, 97, 131. Esto nos sigue sugiriendo la importancia del bien jurídico como concepto de la dogmática penal.

<sup>58</sup> Romagnosi, Giandoménico, Génesis del Derecho Penal, Temis, Bogotá 1956 página 13 y sts, 85 y sts.

<sup>59</sup> Idem páginas 158, 159, 160 y sts.

<sup>60</sup> Idem página 284 y sts, 470 y sts.

o en un funcionalismo, aplicados para la persecución de los enemigos y para la solución final de los problemas que se dan en unas sociedades de conflicto, donde éste no se tolera<sup>61</sup>.

Feuerbach no se desprende completamente de la parte filosófica del derecho penal. Precisamente, en su obra “Tratado de Derecho Penal”, el libro primero se dedica a la “Parte filosófica o general del derecho punitivo”<sup>62</sup>. Pero a continuación se pone de manifiesto su veta técnica y científica. Analiza la ley penal (pág. 80 y sts), los sujetos del crimen (pág. 58), la acción, el resultado (pág. 65), la imputación, la imputabilidad (pág. 86), el dolo (pág. 103), la autoría (pág. 101), la complicidad (pág. 101, 102), las causas de atenuación (pág. 97), las causas de agravamiento (pág. 93), los concursos de crímenes (pág. 105); Feuerbach estudió ampliamente la pena (pág. 108 y sts) y luego la parte especial (pág. 119 y sts)<sup>63</sup>.

Por si lo dicho fuera poco, hay que agregar que con Feuerbach se concretó el tránsito de la doctrina de la imputación al concepto que hoy manejamos, de imputabilidad<sup>64</sup>.

Con este autor teutón estamos ya en otra etapa del derecho penal, en la etapa moderna y técnica.

#### IV) **EL DERECHO PENAL EN EL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL XX.** A)

En estas décadas, en base a una codificación ya afirmada, el derecho penal fue incubando los elementos que luego le permitirían llegar a un sistema, como el que tenemos hoy.

En este período se creyó necesario relacionar y separar el derecho penal de la moral, se creyó necesario también hacer una introducción histórica relativa al fundamento de la pena. Pero a esto se suma el enfoque técnico, ya con el análisis de los elementos constitutivos del delito: sujeto activo, sujeto pasivo (algunos autores incluían el estudio de la víctima o al menos referencias a ella en capítulo separado, lo cual no es irrelevante), objeto, actos materiales exteriores de ejecución, daño moral y material del delito, culpabilidad, división de los delitos y clasificación de ellos, iter criminis, tentativa, consumación, dolo, culpa, imputabilidad, causas de justificación, causas de disculpa, ignorancia y error, atenuantes, agravantes, concursos, extensos estudios de las penas (naturaleza, fin, efectos, proporción, elección, pena de muerte, penas corporales, encarcelamiento, deportación, confinamiento, destierro, prohibición de habitar en

---

<sup>61</sup> Derecho penal del enemigo, autores varios, Cancio Meliá – Gómez – Jara Díez Coordinadores, Edisofer – B de F 2006: especialmente valiosos los trabajos de Gustavo Eduardo Aboso que comenta el caso argentino en su trabajo “El llamado derecho penal del enemigo y el ocaso de la política criminal racional en Argentina, tomo I página 53 y sts; Germán Aller y su trabajo “El derecho penal del enemigo y la sociedad de conflicto” tomo I pág. 79 y sts, Daniel R. Pastor y su trabajo “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional” tomo 2 página 475 y sts, Yesid Reyes Alvarado, “Normativismo y derecho penal del enemigo” en el tomo 2 pág. 781 y sts.

<sup>62</sup> Von Feuerbach, Paul Anselm Ritter, Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Editorial Hammurabi – José Luis Depalma Editor, Buenos Aires 2007 –edición original de Giesen, Alemania, 1801- página 49 y siguientes.

<sup>63</sup> Von Feuerbach, Paul Anselm Ritter, Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Editorial Hammurabi – José Luis Depalma Editor, Buenos Aires 2007 –edición original de Giesen, Alemania, 1801-.

<sup>64</sup> Sánchez Ostiz, Pablo, Imputación y teoría del delito, B de F 2008 pág. 247.

ciertos parajes, penas infamantes, privación o suspensión de derechos etc),<sup>65</sup> procedimiento penal<sup>66</sup>.

Mención especial quiere hacer este texto del trabajo doctrinario de Joaquín Pacheco. Este autor español luego de estudiar el problema filosófico del derecho penal, las teorías legitimantes del derecho de punir<sup>67</sup>, se abocó al estudio de los elementos del delito con una fuerte mención de los morales: comportamiento libre y voluntario, dañino, previsto por una ley penal; estudió además el error, la edad, las causas de justificación, las causas de excusa<sup>68</sup>.

Las obras de Francesco Carrara, Karl Binding, Adolf Merkel, aportaron significativamente al desarrollo técnico de nuestra ciencia, claro. Ellos son parte de la evolución última y más notable de la teoría penal anterior a la concreción del sistema del delito<sup>69</sup>.

## B)

Es imprescindible decir que el positivismo italiano de Lombroso, Garófalo, Ferri y otros, mirando hacia el delincuente, relegando el crimen a mero síntoma, trató de disolver la teoría del delito, para ir a un cóctel científico que eliminaría el comportamiento enfermo pero también la dogmática jurídico penal<sup>70</sup>.

## V)

---

<sup>65</sup> Tal vez el estudio que hoy falta sobre la pena los autores del siglo XIX lo prodigarán.

<sup>66</sup> Rossi, M. P, Tratado de Derecho Penal, tercera edición, traducción de D. Cayetano Cortés, Madrid 1883. Florian, Eugenio, Dei Reati e delle pene, casa editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, sin año. Vidal, G. Cours de Droit Criminel, Quatrième édition, Paris, A. Rousseau, 1910. Garraud, R. Droit Criminel, onzième édition, Paris 1912.

<sup>67</sup> Pacheco, Joaquín, Derecho Penal, conferencias dictadas en el Ateneo de Madrid entre 1839 y 1840, págs. 2 a 43, 44 a 52.

<sup>68</sup> Idem pág. 53 y sts.

<sup>69</sup> Francesco Carrara erigió una monumental obra donde estudió técnicamente al derecho penal, al delito y a sus elementos. Esta obra es muy superior en calidad que las que se han mencionado precedentemente, pero por su magnificencia y extensión no es posible analizarla aquí. En esta obra Carrara estudia los fundamentos del derecho penal, el delito como ente constructo, los elementos del delito, los concursos, el íter, la pena –Carrara, Francesco, “Programa de Derecho Criminal, Parte General” tomos I y II, Temis Bogotá 1988-. No menos monumental es la obra de Karl Binding “Die normen und ihre Übertretung” -1872- donde alcanza cumbres extremas en lo técnico. Adolf Merkel, luego de unas breves líneas sobre la historia del delito, pasa a analizar los elementos del reato conforme la ley positiva. Esto es una muestra de que el abordaje del delito dejaba de ser filosófico – moral y pasaba a ser predominantemente técnico; no es ajena a esta evolución la entronización de la metodología naturalista, la ciencia positiva de Augusto Comte.

Puede notarse desde ya en el siglo XIX la intuitiva separación que la doctrina hizo del delito en dos componentes, el subjetivo y el objetivo, hito fundamental en lo que luego sería el sistema del delito. Ya Grolman tempranamente hacía esta división de lo objetivo y lo subjetivo –Fernández, Gonzalo D, “Culpabilidad y teoría del delito” B de F 1995 págs. 166, 167. Esta disección objetivo – subjetiva ya se advierte interlineas en la obra de Carrara, en la de Garraud –que distingue entre los elementos materiales y los morales de la incriminación-. R. Ihering para el derecho civil distinguió los elementos objetivos de los subjetivos, y fue precursor así de transformaciones en el ámbito penal - Fernández, Gonzalo D, “Culpabilidad y teoría del delito”, B de F 1995 páginas 188, 189-.

<sup>70</sup> Téllez Aguilera, Abel, Criminología, Edisofer, Madrid 2009 pág. 95 y sts. A ello le siguió el neo positivismo: Téllez, ob. cit. pág. 289 y sts. En Alemania en buena medida von Liszt –Téllez ob. cit. pág. 171-; también Tesar y Kollman –Fernández, Gonzalo D, “Culpabilidad y teoría del delito”, B de F 1995 pp 250 a 252-. La escuela de Kiel también intentó disolver el delito -Fernández, Gonzalo D, “Culpabilidad y teoría del delito”, B de F 1995 pág. 297 y sts- en un sentimiento, retrocediendo a la prehistoria o a la antigüedad con un concepto emocional, no escrito, expansivo e ilimitado, de delito. Es sorprendente encontrar aquí una muestra del corsi e ricorsi de Giambattista Vico, que justifica de por si el propósito de estudiar la historia de los institutos.

## EL ÚLTIMO ESLABÓN DE LA CONCEPCIÓN DEL DELITO. EL SISTEMA DEL DELITO.

### A)

El sistema del delito fue inaugurado por Franz von Lizst, quien en base al método naturalístico, el método destinado a las ciencias naturales, propuso su estructura: acción antijurídica y culpable: el delito es acción más antijuridicidad más culpabilidad<sup>71</sup>. Este es el sistema bimembre del delito<sup>72</sup>. A esto se sumó la tipicidad, de E. von Beling, en la faz objetiva del delito: desde este momento, el sistema trimembre del delito<sup>73</sup>. Esta es la concreción última del sistema clásico: acción típica, antijurídica y culpable<sup>74</sup>. Con acción causal, tipo objetivo y meramente descriptivo, antijuridicidad en definitiva objetiva, mero contraste entre conducta y norma penal<sup>75</sup>, culpabilidad causal y psicológica. En la culpabilidad, el dolo y la culpa y como presupuesto, la imputabilidad.

Los aportes de Frank, Freudenthal, Goldschmidt<sup>76</sup>, H. Fischer, J. Nagler, A. Hegler, G. Radbruch, M. Mayer, E. Mezger<sup>77</sup> fueron llevando a la crisis a este enfoque sistemático, que fue objeto de muchas controversias y propuestas, y por fin, de modificaciones.

No obstante, la estructura del sistema pervivió y pervive entre nosotros.

Hito fundamental es la irrupción del neokantismo, que eclipsó el método naturalista y llevó al causalismo valorativo<sup>78</sup> y luego a propuestas significativamente valorativas, político criminales, como la de C. Roxín<sup>79</sup> y francamente valorativas o normativas, como la de G. Jakobs<sup>80</sup>.

### B)

El segundo sistema del delito, que llegó a instaurarse, fue propuesto por E. Mezger, un neokantiano que se basó en el sistema de Liszt – Beling pero al cual le aportó sus visiones propias.

Sensible a las críticas que impulsaron los autores mencionados en los párrafos anteriores, hizo variaciones en el contenido de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Pero, fundió la tipicidad y la antijuridicidad en un solo elemento, valiéndose del argumento normativo de que lo prohibido no puede estar permitido a la vez: es decir, si una norma prohíbe matar, otra no puede permitirlo – referencia hecha a las causas de justificación-. El sistema no puede contradecirse. Así se llegó al tipo total de injusto<sup>81</sup>.

En el sistema neoclásico, la acción siguió siendo causal básicamente, el tipo absorbió a la antijuridicidad, como mencionamos supra, la culpabilidad fue concebida como compleja, con dolo más culpa más elementos que posibilitaban el reproche.

---

<sup>71</sup> Fernández, Gonzalo D, Culpabilidad y teoría del delito, B de F 1995 páginas 165, 166.

<sup>72</sup> Idem página 167.

<sup>73</sup> Idem página 178.

<sup>74</sup> Idem página 179.

<sup>75</sup> No obstante, en otro plano, la culpabilidad adquiere perfil material como conducta antisocial que afecta el bien jurídico: Rieiro, Blanca, La antijuridicidad, en Revista Judicatura tomo 61 noviembre de 2016 pág. 95 y sts.

<sup>76</sup> Fernández, Gonzalo D, Culpabilidad y teoría del delito, B de F 1995, página 207 y sts.

<sup>77</sup> Idem página 184 y sts.

<sup>78</sup> Idem páginas 184, 185.

<sup>79</sup> Se puede ver con provecho al respecto Roxin, Claus, “Política criminal y estructura del delito” Iura – PPU Barcelona 1992.

<sup>80</sup> Se puede ver con provecho al respecto Jakobs, G, “Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad” Thomson Civitas 2004 y “Derecho Penal parte general” Marcial – Pons 1997.

<sup>81</sup> Fernández, Gonzalo D, Culpabilidad y teoría del delito, B de F 1995 página 245.

### C)

El sistema de la acción final, el sistema finalista, fue impulsado por H. Welzel: básicamente conservó la estructura sistemática del sistema clásico con acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Pero concibió una culpabilidad normativa, con imputabilidad como elemento, no como presupuesto, conciencia de la ilicitud y capacidad de actuar de otro modo; el dolo y la culpa migraron al tipo penal, separando lo que se denomina objeto de la valoración –dolo y culpa, violación del deber objetivo de cuidado- y valoración del objeto –la que se concreta en la culpabilidad, precisamente. El dolo y la culpa migraron al tipo en base al concepto final de acción: la acción humana no puede concebirse sin un norte que constituye su referencia diferencial<sup>82</sup>.

### D)

Por fin, tenemos hoy el sistema funcionalista del delito. O bien, predominantemente dentro de la estructura tripartita del delito, con tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, tenemos un enfoque eminentemente normativo: el del funcionalismo.

Esta corriente científica vuelve sobre los pasos del neokantismo, para valorar intensamente. El causalismo quedará relegado a un segundo plano, en todos los elementos del delito. Así, en el ámbito de la acción, los funcionalistas hacen jugar conceptos claramente valorativos como el riesgo permitido, el riesgo prohibido, el aumento del riesgo. Se valen de la teoría de la imputación objetiva, pues. En términos generales, en el ámbito de la antijuridicidad también están a bases normativas entendiendo que las conductas justificadas son aquellas que son socialmente adecuadas. Y en la culpabilidad Jakobs estará a una concepción que busca la estabilidad de las normas, desprendiéndose de preocupaciones metafísicas y Roxin estará a un concepto complejo que llama responsabilidad, donde la culpabilidad es la *conditio sine qua non* de la pena y su límite superior y las razones preventivas son el elemento delimitador de la dicha responsabilidad<sup>83</sup>. Jakobs parece basarse, y llevarlo al extremo, en el principio de que el método determina al objeto, postura que probablemente hoy contara con el repudio pleno de Welzel.

## VI)

### CONCLUSIONES.

En la Prehistoria, Antigüedad, Edad Media, Renacimiento, la ciencia del derecho penal no existió. Es cierto, sin embargo de lo dicho, que en estas sucesivas etapas de la humanidad se fueron acumulando los elementos que luego el hombre reuniría para concretar la ciencia del derecho penal, coronada por el sistema del delito.

En la Prehistoria el delito era una conducta interpretada supersticiosamente y religiosamente. Era un ente metafísico, pues.

En la Antigüedad el delito era una conducta ofensiva de la divinidad y del Rey. Era un ente metafísico pero ya comenzaba a mostrar rastros seculares, políticos.

En la Edad Media el delito era una conducta contra Dios y contra el monarca. El delito tenía una conceptualización religiosa pero también política.

---

<sup>82</sup> Langón Cuñarro, Miguel, Curso de derecho penal y procesal penal, Del Foro 2003 páginas 191 a 193. Welzel, Hans, El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista, Colección Maestros del Derecho Penal nº 4, B de F, 2004.

<sup>83</sup> Roxin, Claus, Culpabilidad y prevención en derecho penal, traducción de Francisco Muñoz Conde, Reus S. A. Madrid 1981 especialmente pág. 147 y sts.

La teoría de la imputación, desde sus antecedentes hasta sus desarrollos se puede visualizar desde la antigüedad hasta principios del S. XIX; esta teoría tiñó el delito de implicancias religiosas pero sobre todo morales y en alguna medida jurídicas.

En los S. XVIII y XIX el delito fue un ente observado y medido desde el plano filosófico y técnico. El delito fue en este lapso una definición, muy influida por el derecho positivo; se analizaron en este estado sus elementos; algunos autores realizaban una auténtica disección del delito, separándolo en sus componentes.

El sistema del delito marca la etapa más científica de todas las vistas. Con el primer sistema del delito, que acusó la influencia de los métodos científico naturales, el reato fue un conjunto de categorías, conjunto que fue analizándose con creciente detallismo. En esta etapa el delito procura un perfil muy técnico y algunas posiciones doctrinarias tratan de alejarlo de afiliaciones éticas.

¿Las nuevas tecnologías, las nuevas penologías, quieren reinstaurar el positivismo italiano con un derecho penal de autor y del enemigo, con un sistema de medidas incluso predelictuales y un implícito planteo de disolución del sistema del delito hacia un derecho penal sin garantías y de extremo funcionalismo? Si es así ya tenemos definido nuestro nuevo frente de lucha a por los principios racionalizadores y reductores de un ius puniendi que no pierde su vocación expansiva.

## VI)

### **BIBLIOGRAFÍA.**

Aller, Germán, Co - responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo, Carlos Álvarez Editor, Montevideo 2006.

Beccaria: Marques de Beccaria, Tratado de los Delitos y de las Penas, Editorial Atalaya, Buenos Aires 1945.

Binding, Karl, La culpa en derecho penal, B de F Montevideo – Buenos Aires, Colección Maestros del Derecho Penal n° 30, 2009.

Cogliolo, Pietro, Completo Trattato Teórico e Prático di Diritto Penale secondo el código único del regno d'italia, publicatto da Pietro Cogliolo, volume primo parte prima, Milano 1888.

Cury Urzúa Enrique, Derecho Penal parte general, tomo I, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile 1992.

Derecho penal del enemigo, autores varios, Cancio Meliá – Gómez – Jara Díez Coordinadores, Edisofer – B de F 2006 dos tomos.

Estrada Vélez, Federico, Derecho Penal parte general, segunda edición, Temis, 1986.

Fernández, Gonzalo D, Culpabilidad y teoría del delito, B de F 1995.

Fernández, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito, B de F 2004.

Fletcher, George P, Conceptos Básicos de Derecho Penal, tirant lo blanch, Valencia 1997.

Florian, Eugenio, Dei Reati e delle pene, casa editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, sin año.

Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal, Introducción y Parte General, 4ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961.

Garraud, R. Droit Criminel, onzième edition, Paris 1912.

González, Teodosio, Derecho Penal tratado bajo el doble aspecto científico y legislativo, Editorial La Colmena S.A, Asunción, 1928.

Hruschka, Joachim, Imputación y Derecho penal, estudios sobre la teoría de la imputación, B de F 2009.

Hungría, Nelson, Comentarios ao Código Penal, Vol. 1 arts. 1 a 27, Revista Forense, Río de Janeiro, 1949.

Jakobs, G, Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad Thomson Civitas 2004.

Jakobs, G, Derecho Penal parte general Marcial – Pons 1997.

Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, tomo V, La culpabilidad, cuarta edición actualizada, editorial Losada S.A, Buenos Aires.

Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, volumen VI, segunda edición, Editorial Losada, Buenos Aires.

Langón Cuñarro, Miguel, Curso de derecho penal y procesal penal, Del Foro 2003.

Mezger, Edmundo, Tratado de derecho penal, tomo II, traducción de la segunda edición alemana de 1933 y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, tercera edición, adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés, Abogado Fiscal del Tribunal Supremo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Ortolán, M, Tratado de Derecho Penal, según la ciencia racional, la legislación positiva y la jurisprudencia, con datos de estadística criminal, por M. Ortolan, Profesor de la Facultad de Derecho de París, Madrid, Librería de Leocadio López, editor, 1878.

Pacheco, Joaquín, Derecho Penal, conferencias dictadas en el Ateneo de Madrid entre 1939 y 1840. Sin año.

Rieiro, Blanca, La antijuridicidad, en Revista Judicatura tomo 61 noviembre de 2016.

Rivarola, Rodolfo, Derecho Penal Argentino, Parte General, tratado general y de la legislación actual comparada con las reformas proyectadas y con la legislación de lengua española, por Rodolfo Rivarola, Buenos Aires, Librería Rivadavia, Florida 359, 1910.

Romagnosi, Giandoménico, Génesis del Derecho Penal, Temis 1956.

Rossi, M. P, Tratado de Derecho Penal, tercera edición, traducción de D. Cayetano Cortés, Madrid 1883.

Rossi Masella, Blas E., Manual de Derecho Romano, FCU 1978.

Roxin, Claus, Culpabilidad y prevención en derecho penal, traducción de Francisco Muñoz Conde, Reus S. A. Madrid 1981.

Roxin, Claus, Política criminal y estructura del delito Iura – PPU Barcelona 1992.

Sánchez Ostiz, Pablo, Imputación y teoría del delito, B de F 2008.

Vidal, Georges, Cours de Droit Criminel et de science pénitentiaire, cuarta edición, Paris, Arthur Rousseau editor, 1910.

Von Feuerbach, Paul Anselm Ritter, Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Editorial Hammurabi – José Luis Depalma Editor, Buenos Aires 2007 –edición original de Giesen, Alemania, 1801.

Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Editorial Reus S.A.

Welzel, Hans, El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista, Colección Maestros del Derecho Penal nº 4, B de F, 2004.