

**La teoría del delito en el Código Penal vigente
y su comparación con el Anteproyecto de Código Penal de 2014.**
Especial referencia a la diversa regulación de las formas de culpabilidad.

Ariel Simone¹.

*“Y nadie echa vino nuevo en odres viejos,
porque entonces el vino romperá el odre,
y se pierde el vino y también los odres;
sino que se echa vino nuevo en odres nuevos”.*

(Marcos 2:22 Nuevo testamento)

PALABRAS CLAVES: Teoría del delito / Dogmática Penal / Reforma penal integral / Anteproyecto / Culpabilidad / Error / Dolo directo / Dolo eventual / Culpa temeraria /

SUMARIO: **I. INTRODUCCION.** 1. Las razones de elección del tema. 2. Propuesta. **II. PRIMERA PARTE: Relaciones entre la ley vigente y la teoría del delito.** 1. La teoría del delito como herramienta dogmática. 2. La recepción de la teoría del delito en el Código Penal Argentino. 3. La regulación de los elementos de la teoría en la legislación vigente. **III. SEGUNDA PARTE: El Anteproyecto de Código Penal Argentino de 2014.** 1. Consideraciones generales. 2. La acción. 3. La tipicidad. 4. La Antijuridicidad. 5. La imputabilidad. 6. La Culpabilidad. 6.1. Sobre la faz negativa de la culpabilidad: 6.2. Sobre la clasificación bipartita entre delitos dolosos y culposos. 6.3. Sobre los distintos tipos de dolo. 6.4. La cuestión del dolo eventual. 6.5. La preterintencionalidad. 6.6. Sobre la graduación de la culpa: la culpa temeraria. 7. La Punibilidad. **IV. CONCLUSIONES.** 1. Conclusiones particulares. 2. Reflexión final. **V. BIBLIOGRAFÍA.** 1. Bibliografía general. 2. Bibliografía específica. 3. Material de Internet. **VI. ANEXO: Cuadro comparativo.**

¹ Abogado, Auxiliar Letrado Relator de la Fiscalía de Casación de la provincia de Buenos Aires. Docente Adscripto en Derecho Penal I - UNLP. Trabajo final de la materia Teoría del Delito (Derecho Penal Intensificado III), a cargo del prof. Omar Ozafrain. Especialización en Derecho Penal – UNLP -

I. INTRODUCCION.

1. Las razones de elección del tema.

Ante la existencia de un Anteproyecto de reforma integral del Código Penal, una de las cuestiones que debería suscitar reflexiones desde la Academia, más allá de las discutidas en los ámbitos político y social, es la mayor o menor importancia que aquel le pueda otorgar a la dogmática y al devenir de su evolución.

No obstante que para algunos el proyecto prácticamente haya “nacido muerto” (RUSCONI,2014:13), lo cierto es que a la altura de la finalización de este trabajo, por diversas cuestiones que no es del caso tratar aquí, han disminuido las posibilidades ciertas de que el texto planeado posea estado legislativo. Consecuentemente, resulta altamente probable que nunca encuentre vigencia, al menos bajo la redacción publicada y ante esta coyuntura política y social.

Pero no obstante ello, entendemos que el planteo resulta interesante para analizar la utilidad y la influencia de la teoría del delito en la ley penal; y fundamentalmente en los procesos de reformas, ya sean parciales o integrales.

Por ello es que como una de las maneras de responder a esta inquietud, en este trabajo intentaremos establecer las características distintivas de la legislación actual y las del Anteproyecto de Código Penal de 2014 en relación a la receptividad de los postulados generales de la teoría del delito, como de cada uno de sus elementos. En ese camino, finalizaremos tratando en forma particularizada las ideas dogmáticas, el modo de recepción y las elecciones político-criminales en torno a las diversas formas de culpabilidad.

2. Propuesta.

Para tratar de satisfacer los objetivos de este objetivo, en primer lugar nos referiremos en forma genérica a las relaciones que, según el criterio propuesto, se presentan entre la ley actualmente vigente y la teoría analítica del delito. En ese marco, abordaremos las vinculaciones entre el Código Penal de 1921 y la dogmática como herramienta jurídico-penal.

Luego analizaremos las innovaciones que implementa el Anteproyecto de modo genérico y con respeto a cada uno de los elementos. Dentro de este punto, concentraremos los esfuerzos en establecer el alcance de las diferencias entre los dos ordenamientos en cuanto a la regulación de las diversas formas de culpabilidad o tipos de reproche.

Concluiremos esbozando algunas conclusiones puntuales y reflexionando sobre la problemática planteada.

II. PRIMERA PARTE: Relaciones entre la ley vigente y la teoría del delito.

A modo introductorio, y aunque escape al objetivo de este trabajo, cabe hacer alguna alusión a las diferencias y relaciones recíprocas que se presentan entre la ley positiva y la Doctrina como fuentes del Derecho. Así, mientras la ley es el resultado de un proceso complejo que incluye deliberación por parte de varios poderes del Estado que representan a los ciudadanos ante quienes deben rendir cuenta (ATIENZA:192), la Doctrina no reúne esas condiciones ni resulta obligatoria como las primeras, que se califican por detentar el *imperium* de la ley (DOMENECH,1998).

Pero más allá de las diferencias puntuales que puedan observarse entre ambas, aquí nos interesa destacar la importancia de la dogmática como herramienta teórica frente a la ley y las recepciones generales y concretas que se verifican en el Código Penal actual:

1. La teoría del delito como herramienta dogmática.

Ya sabemos que las diversas teorías del delito no son más que instrumentos conceptuales creados por los penalistas para dar explicación a los fenómenos delictivos como presupuestos para la aplicación de una sanción.

En ese sentido, y sin perjuicio de las agrupaciones efectuadas a lo largo de la historia², no es que haya solamente una (RIQUERT:2), sino que puede haber tantas teorías como autores existan (BACIGALUPO,1998:102).

Ahora bien, es de toda obviedad y no hace a una buena técnica legislativa que las leyes reproduzcan definiciones técnicas, pues en todo caso **“la ciencia no debe promulgar leyes, sino recomendarlas”** (ROXIN,2007:27). Ello porque, cada una de las fuentes del derecho debe actuar de acuerdo a sus propias funciones bien diferenciadas: mientras la teoría propone un universo conceptual con términos precisos y delimitados, la ley procura dar solución a situaciones reales de conflicto

² En ese sentido es que puede hablarse de etapas del dogmatismo: desde Binding y el positivismo jurídico o científico de Beling o Von Liszt, pasando por el normativismo o teleologismo de Mezger y Goldschidt, el neokantianismo, las reformulaciones del causalismo, el finalismo de Welzel, el postfinalismo; hasta llegar a las concepciones más modernas como las del funcionalismo político criminal de Roxin o el funcionalismo sociológico de Jakobs (NUÑEZ:66).

(SERRANO-PIEDECASAS:660). Pero no obstante, las teorías pueden ser elaboradas partiendo de la ley positiva del Estado³, de modo que la definición de delito aparece muchas veces como el resultado de una inducción que surge de aquella (SOLER:278).

Y ello no implica emitir un juicio de valor negativo. En rigor de verdad, la operatividad de la teoría del delito como instrumento conceptual cobra relevancia al momento de efectuar el proceso de adecuación típica y analizar un hecho concreto en relación a los delitos de la parte especial (BACIGALUPO,1998:101). Incluso cabe advertir que como natural consecuencia de ello, las normas de la parte general no tienen más importancia que las de la parte especial.

Pero como lo veremos, en la Argentina, el nacimiento y la reproducción de las teorías ha tenido una historia particular. El problema en nuestro país fue que se “importaron” edificaciones dogmáticas sobre el delito que se construyeron de acuerdo a los contextos y las legislaciones de sus respectivas naciones (SOLER:279).

De todos modos, todas ellas son el resultado de creaciones y opiniones dogmáticas que se si bien se sustentan en la ley no siempre son el reflejo fiel de las consagraciones positivas⁴. Por el contrario, pensamos junto a Nino que un sistema penal debería permitir clasificar fácilmente las conductas delictivas recurriendo a la terminología usada por el legislador (NINO,1973:1075).

Ante todo, debemos tener presente que por una simple cuestión de anacronismo, nuestro Código Penal de 1921 no fue redactado en base a ninguna de las teorías que si bien surgieron y se desarrollaron en Europa por aquellos años, fueron incorporadas tiempo después en la dogmática de la República Argentina. Un país contextualmente inmerso en el positivismo criminológico que sorpresivamente tampoco influyó demasiado en el proceso que concluyó en la redacción del Código de Rodolfo Moreno (h) (CREUS,1985:20).

Soler, ya en 1940, y desde el prólogo a la primera edición de la parte general de su obra, explicitó que la finalidad de la misma era presentar sistemáticamente el Código sancionado como modo de realzarlo, frente a las críticas que le había formulado hasta allí el pensamiento positivista (CREUS,1985:20).

³ Núñez sostiene que “...la teoría dogmática sólo puede alimentarse del derecho vigente”, y que “todas las elaboraciones que se hagan de lege data deben extraerse de la ley”. Para ello alude al aforismo latino “non ex regula jus sumatur se dex jure quo dest regula fiat” que traducido al español significa algo así como “el derecho no procede de la norma sino que de lo que el derecho es se hace la ley” (NUÑEZ:68).

⁴ Al respecto, Soler, en el prólogo a la primera edición de la parte general de su obra, comenzaba aclarando que “...Una cosa es la ley y otra es nuestra opinión; cuando éstas no coincidan, nadie nos privará de decir lo que pensemos; pero debemos saber distinguir lo que es la ley de lo que sólo es nuestro deseo” (SOLER:IX).

En la evolución posterior, cabe destacar que tampoco en ninguna de las modificaciones parciales o las disposiciones añadidas al Código de 1921 se introdujo, ya sea directa o indirectamente⁵, algún aspecto o manifestación concreta que remita a alguno de los elementos de la teoría del delito.

En consecuencia, y aunque escapen a los propósitos de este trabajo, cabría preguntarnos: ¿en qué medida la Doctrina fue fuente del Derecho Penal en nuestro país? Entonces, con respecto a nuestro ordenamiento vigente, y en referencia especial al Código de 1921, la pregunta podría formularse de la siguiente manera: *¿Qué fue primero, la ley o la teoría?* Realizado el interrogante de otro modo: *¿La teoría contaba con ciertos conceptos que la ley receptó?*, o por el contrario *¿La ley puso en vigencia ciertas disposiciones conceptuales que los dogmáticos debieron usar?*

Evidentemente, al menos en nuestro país, ambas fuentes transitaron diversos caminos. La ley se basó en antecedentes nacionales⁶ y no en las teorías tal como se empezaron a desarrollar a fines del siglo XIX y principios del XX, y/o tal cual las conocemos hoy. Prueba de esto es que Rodolfo Moreno (h) en su obra “El Código Penal y sus Antecedentes” no citó ni aludió directamente a las concepciones sistemáticas de los autores contemporáneos⁷. Por su parte, la dogmática estaba aflorando en Europa de la mano de múltiples pensadores⁸, pero en Argentina no estaba desarrollada suficientemente como tal.⁹

Quizá en el viejo continente, y especialmente en Alemania, los doctrinarios se hayan valido primero de la ley, y así contribuido en cierta forma a crear conceptos, y viceversa el legislador haya asumido esas definiciones (ROXIN,1997:197). Pero lo

⁵ Al decir que ni siquiera “indirectamente” en referencia a los elementos de la teoría del delito, queremos decir que más allá de no establecer su alcance y concepto, tampoco se regulan las consecuencias o efectos jurídicos de cada uno de esos requisitos.

⁶ De entre ellos, se destacan como antecedentes las leyes patrias sancionadas hasta ese momento y el Proyecto Tejedor, los proyectos Villegas, Ugarriza y García, el Código de 1886, el proyecto de 1891, el de 1906 y el de 1917 que con reformas desembocó en el texto sancionado en 1921.

⁷ De entre los autores citados por el redactor del Código actual, prevalecen los clásicos como Carrara, Feuerbach, Tejedor, e incluso positivistas (Ferri, Lombroso, Garófalo), junto a los argentinos José Ingenieros, Eusebio Gómez, José Peco, Francisco Ramos Mejía, Rodolfo Rivarola, Luis María Drago y Vucetich). Y si en todo caso citó autores dogmáticos, lo fue según las publicaciones que habían hecho hasta el momento, antes de construir las teorías analíticas, o bien después pero sin otorgarle mayor influencia (ejemplos: Von Liszt; Jiménez de Asúa, etc).

⁸ La teoría del delito, si bien se encontraba desarrollada en Europa, no estaba fuertemente arraigada en Argentina, debido quizá a los obstáculos impuestos por el positivismo criminológico. Al respecto, cabe tener en cuenta que al comenzarse la redacción del Código Penal allá por 1917 se encontraban publicadas y eran conocidas en el ámbito académico las teorías tradicionales o “causalistas” de los primeros autores, como la obra de Beling de 1906 que introduce la consideración sistemática del tipo.

⁹ Cabe aclarar que la recepción de ciertos conceptos de la teoría en la ley se debe más bien al arraigo que ellos tienen desde antaño. Ello porque las primeras teorías analíticas no “descubrieron” nada sino que tomaron y ordenaron los elementos que clásicamente eran constitutos de la estructura del delito, incluso desde la concepción de autores clásicos o naturalistas como Carrara y Feuerbach.

cierto es que en nuestra República el Código se redactó en base a los postulados derivados del derecho penal clásico y los antecedentes patrios y genuinos, mientras que la teoría fue “importada” posteriormente de países con evoluciones e historias diversas¹⁰.

2. La recepción de la teoría del delito en el Código Penal Argentino.

Ya dejamos en claro que la ley vigente no se basó en los postulados de la dogmática sino que la antecedió. Pero no obstante ello, podemos encontrar descriptos o al menos referenciados algunos de sus elementos, de modo que pecaría por desmedido reputarla como una teoría “vacía”.

Con la mera intención de que resulte útil para luego establecer las diferencias con el Anteproyecto, realizaremos un ligero repaso por la legislación vigente.

En primer lugar, debemos dejar en claro que el sistema penal de fondo en la Argentina se apoya sobre un plexo normativo que si bien incorpora tácitamente sus elementos, se pone de espaldas a las estructuras elaboradas, ya sea que aludamos al texto original de 1921 en referencia a los primeros dogmáticos de principios del pasado siglo, o a las posteriores reformas en relación a la evolución posterior de las diversas teorías. Todas esas modificaciones parciales se limitaron a modificar cuestiones relativas a la teoría de la pena¹¹.

Por otro lado, obsérvese que las disposiciones que el Código Penal destina a la teoría del delito son pocas, e incluso cuando trata cuestiones como la tentativa, la participación o los concursos, lo hace para concluir asignándole diversas escalas penales¹². En rigor, toda la estructura analítica se encuentra concentrada en los arts. 34 y 35 del Código Penal; y secundariamente se regulan algunos temas vinculados con la tipicidad en los arts. 42 a 44 (tentativa), 45 a 49 (participación) y 54 a 58 (concursos).

Es que mientras la doctrina *hipertrató* la teoría del delito y desatendió la de la pena, la legislación vigente se visualiza como diametralmente opuesta. Los mismos

¹⁰ Principalmente “importadas” de Alemania e Italia, tal cual lo destaca el propio Soler al comenzar con esta clase de estudios en la Argentina, indicando incluso con respecto a algunos elementos la copiosa bibliografía que se ha desarrollado (SOLER:397).

¹¹ La mayoría, por no decir la totalidad de las numerosas reformas que sufrió el texto originario del Código Penal se vincularon con la teoría de la pena, pues se refirieron a la diversa regulación de disposiciones relativas a las especies de pena y de institutos tales como la reincidencia, la condena de ejecución condicional, la inclusión de la suspensión de juicio a prueba, el decomiso, la libertad condicional, la prisión domiciliar, la forma de computar la prisión preventiva, etc.

¹² De ahí que se considere a la tentativa y a la participación como “escalas atenuadas” y a los concursos como “escalas alteradas”.

redactores del Anteproyecto hicieron alusión a esta disparidad en la exposición de motivos mediante las siguientes palabras: “*También —en homenaje a la verdad— debe observarse que la doctrina ha sido raquítica en su elaboración si la comparamos con la hipertrofia de la teoría del delito.*” (Comentario de la EDM al art. 18 del Anteproyecto sobre “fundamentos para la determinación de la pena”).

Entonces, en el Código Penal vigente, desde un enfoque general, y como lo adelantáramos, no se encuentra receptada la teoría del delito tal como se la conocía en esa época. Sin embargo, podemos encontrar algunos atisbos o clasificaciones que reconocen origen en las teorías, al menos en las precursoras de las que hoy conocemos. Esto, claro está, recordando que incluso las teorías nacidas en Europa tomaron conceptos de las leyes habidas por entonces¹³.

Una forma de ilustrar en forma palmaria la desatención de nuestro Código a la teoría formal - *más allá de la receptividad de algunas de sus calificaciones y elementos* - resulta de analizar de modo genérico el art. 34 del Código Penal. En esta disposición (la más importantes en nuestra temática), las diversas eximentes que la teoría analítica ubica en cada una de las etapas o compartimentos se encuentran reguladas de modo indiferente bajo la nominación omnicompreensiva pero tácita de “**eximentes**”¹⁴. Además, yacen englobadas bajo el rótulo de “**no punibilidad**”; que por lo demás tampoco coincide con el concepto de **punibilidad** que le adjudican algunos autores como último elemento de la teoría de la delito y contracara de la presencia de alguna excusa absolutoria o la falta o extinción de la acción penal (D’ALESSIO:322).

Entonces, el texto legal se muestra como el catálogo de los supuestos de la faz negativa de todos los elementos que conforman la definición del delito, entremezclados entre sí de manera confusa. Ello se enfrenta al rigor analítico que propone la dogmática mediante una sistematización consistente en la cualificación de la conducta delictiva caracterizada por la adición gradual de etapas, estratos o filtros.

Por ejemplo, al igualar en sus incisos la “*fuerza física irresistible*” con la “*legítima defensa*” o con la capacidad para “*comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones*”, la ley asimila diversos supuestos que desde la perspectiva

¹³ Veamos ello mediante un ejemplo: la clasificación tradicional entre delitos dolosos y culposos estaba ya receptada en los escritos de Carrara, y plasmada en las leyes provenientes de ese pensamiento. Y fueron los autores posteriores quienes elaboraron teorías teniendo en cuenta esa distinción que histórica y legalmente plasmaron las leyes.

¹⁴ Concepto que en rigor surge de las legislaciones procesales como el art. 371 del Código de Procedimientos Penales de la provincia de Buenos Aires.

técnica resultan totalmente disímiles y generarían consecuencias diferentes¹⁵.

En muchos de estos casos, mientras la ley le dispensa consecuencias idénticas, la teoría discute la posición en que debe ubicarse una eximente, como ocurre con la obediencia jerárquica (ZAFFARONI,1999:272), que ha desencadenado algunas de las más asiduas controversias en cuanto a su ubicación sistemática (D'ALESSIO:527).

De modo similar, las teorías han logrado encontrar dos tipos de estado de necesidad, uno justificante y otro exculpante, provenientes de diversos incisos del art. 34.

Incluso se ha procedido a desdoblar un único término legal para asignarle a diversas tipologías consecuencias dispares. Así ocurre con la “**inconsciencia**” y su disgregación en “absoluta” y “relativa”: la primera comprendida dentro de la faz negativa de la acción y la segunda en la misma posición pero de la culpabilidad o de la imputabilidad propiamente dicha como su elemento necesario o presupuesto, de acuerdo a la teoría de que se trate (FRIAS CABALLERO:305).

Del ese modo, el concepto restringido de imputabilidad es muchas veces confundido con una acepción más amplia de “*posibilidad de imputar una consecuencia a alguien*” que es al que pareciera aludir el rótulo del Capítulo V del Libro Primero del Código (D'ALESSIO:322); cuando en rigor la regulación de lo que técnicamente las teorías del delito consideran como descripción negativa de la imputabilidad solamente se encuentra en el primer inciso del art. 34 y en la regulación de los primeros artículos de la ley 22.278 sobre el régimen penal juvenil o imputabilidad de los menores de edad.

Incluso el propio Código en otros pasajes utiliza un mismo término para asignarle significaciones totalmente diferentes. Así, a veces se usan las palabras “imputación” o “imputado” en el sentido amplio ya explicado; otras veces como sinónimo de enrostre o acusación de la comisión de algún delito (calumnia) o injuria (arts. 109, 111 y 169); y otras tantas, bajo la impronta *procesalística*, como sinónimo de “procesado” (por ejemplo en los arts. 23, 59, 64, 76 bis y 76 ter).

Otro tanto ocurre con la palabra “acción”, ya que más allá de la evidente e inconfundible ambigüedad que plantea con la “acción penal” como *poder de acusar* o *derecho de peticionar ante las autoridades* de los arts. 59 y ss.; es igualmente

¹⁵ Así, si alguien actúa en legítima defensa, no se conformará ni siquiera el “injusto penal”, y en consecuencia no deberá siquiera responder civilmente por los daños ocasionados; mientras que si se comete un injusto, aunque la persona no pueda ser declarada culpable por alguna causal de inimputabilidad; sus representantes, aseguradoras, etc, podrán ser civilmente demandados.

utilizada en diversos sentidos dentro de los distintos alcances que pueden asignarse a la conducta humana tal como la entiende la doctrina, aún cuando a partir de ella se bifurquen los caminos de las tesis causalistas y finalistas.

Sólo a modo de ejemplo, repárese en el uso que los arts. 227 ter y 119 otorgan a la palabra “acción”, en contraste con el significado que pareciese otorgarse en el art. 41 inc. 1, ambos del Código Penal. Aunque aparezca por demás de sutil, la diferencia radica en que en las primeras disposiciones el vocablo está utilizado como sinónimo de conducta humana como primer elemento de la teoría analítica, o sea lo que la palabra significa para la doctrina. En cambio en la disposición de la parte general no puede referirse más que a una acción en sentido de delito completo, es decir, de la cual se ha verificado además de su tipicidad, también su antijuridicidad, su culpabilidad y su punibilidad; pues solamente resta imponerle el monto de pena a la persona encontrada responsable.

Cabe clarar que a diferencia de lo que venimos afirmando, en la ley procesal – *por ej. la bonaerense* - se observa una impronta diferente, en tanto recepta los compartimentos de la teoría en más de una disposición. Para citar una de las más relevantes, adviértase que en el art. 323 de Código de Procedimientos Penales de la provincia de Buenos Aires de alguna manera se “ordenan” aquellas eximentes. Así, se diferencian las causales de sobreseimiento por falta de punibilidad (inc. 1º), de las de acción (inc. 2º), de las de tipicidad (inc. 3º) y de las relacionadas con la no comprobación de la autoría (inc. 4º); y en especial porque distingue expresamente entre causas de justificación, de inimputabilidad, de inculpabilidad y las excusas absolutorias (inc. 5º).

Ahora bien, volviendo al código de fondo, es importante poner de resalto aquella promiscuidad, ya que tomar como punto de partida el texto de la ley podría generar problemas de interpretación.

Adentrándonos en uno de los ejes de este trabajo, y por más que resulte de toda obviedad, cabe aclarar que la palabra “**culpa**” también es usada de modo ambiguo, porque a veces puede aludir a la *culpabilidad*, la cual no debe confundirse con lo “*culposo*”, de acuerdo a la precisión de los términos que propugna la teoría del delito. Pero incluso en algunos ordenamientos y hasta en disposiciones del mismo Código Penal se utiliza esta raíz para referirse, desde una óptica procesalística, a la persona declarada responsable en un juicio, lo que de por sí lleva

consigo la reunión de todos los elementos de la teoría del delito¹⁶.

Tampoco resulta equivalente la concepción de los doctrinarios con la que pudo haber tenido el legislador en relación a las ultrafinalidades necesarias para la comisión de determinados delitos. Es decir, el codificador ha querido en ciertos casos establecer como requisitos la verificación de otras intenciones distintas a las del dolo, y en otras ocasiones reafirmar la necesidad de que esa figura requiere la voluntad directa. Y para ello ha recurrido indistintamente y en forma confusa a distintas frases o vocablos. Bajo ese contexto, la teoría debería analizar cada una de las figuras para poder determinar en qué sentido están usados. Incluso, nótese que en algunos casos la ley recurre al uso de las palabras “maliciosamente”, “intencionalmente”, o “a sabiendas”¹⁷ cuando en rigor resultaría innecesario desde que el dolo (tácitamente incluido en todas las figuras) se integra con el conocimiento más la voluntad (discernimiento, intención y libertad) como elemento anímico o motivacional (MAGARIÑOS). Más aún, a veces la ley utiliza directamente el adverbio “dolosamente” (Ejemplo: art. 71 del Código de Faltas de la provincia de Buenos Aires).

En conclusión, mientras las teorías intentan asignar un alcance específico a cada uno de los elementos, la ley utiliza, por cuestiones históricas y de operatividad¹⁸, términos que, como derivaciones del lenguaje natural, no coinciden en un todo con aquellos, y que muchas veces son invocados con diversas concepciones.

¹⁶ Así por ejemplo cuando en un juicio por jurados se dicta el veredicto de culpabilidad. (Art. 371 quater de Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires). Del mismo modo, la ley de cooperación en materia internacional N° 24.767, en oportunidad de regular el juicio de extradición, establece que “...*En el juicio no se podrá discutir acerca de la existencia del hecho imputado o la culpabilidad del requerido...*”. En igual sentido, en la ley de estupefacientes N° 23.737, al tratar las medidas de seguridad en el art. 17. En el mismo Código Penal, esta acepción de la “culpabilidad” o del “culpable”, es usada en diversas disposiciones: Arts. 117, 167 quinquie, 174 inc. 6°, 177, 178, 207, 236, 238 inc. 3°, 254, 258, 260, 291 y 298. Cabe advertir que ante una de las referencias en la regulación del estrago culposo, se plantea una duda desde que se usa la palabra “culpable” como relación de imputación a quien comete justamente un delito culposo (art. 189 del Código Penal).

¹⁷ Por ejemplo, la ley usa los adverbios “intencionalmente”: arts. 110 (calumnias e injurias), 142 bis (privación de la libertad seguida de muerte), y 170 del Código Penal (secuestro extorsivo seguido de muerte). Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

¹⁸ Al respecto, y más allá de que el mismo Rodolfo Moreno no plasmara los conceptos delictivos con el mismo rigor que lo hiciera luego la doctrina, debe tenerse en cuenta que en el devenir histórico el “legislador” no ha sido único, y que quien sanciona y emite las leyes nacionales es un ente abstracto, complejo y cambiante. Por otro lado, más de una vez se ha criticado la redacción de las leyes y puesto en tela de juicio la precisión o científicidad de los legisladores en los procesos de reforma penal, acusándoseles de no contar con asesores jurídicos penalistas. Todas estas problemáticas remiten a las cuestiones relativas a la técnica legislativa que exceden los objetivos de este trabajo.

3. La regulación de los elementos de la teoría en la legislación vigente.

Ya vimos en forma genérica cuál es la recepción de la idea dogmática en la ley¹⁹. Ahora pasaremos a considerar de manera particular cada uno de los elementos que comúnmente componen la teoría analítica, como sus manifestaciones o recepciones concretas. Refiriéndonos específicamente a las palabras utilizadas por la ley, nos encontramos con el siguiente panorama:

La **acción** como conducta humana, de acuerdo a sus diversos “cometidos” (ROXIN,1997:233), o en sus diversas expresiones dogmáticas como “*acto, conducta, acción, hecho, comportamiento, actitud y acontecimiento*” (CORTES DE ARABIA:80); salvo por lo que representan algunas pocas referencias indirectas y por el uso indistinto de esos vocablos; no se encuentra descripta o definida como tal en ninguna de sus manifestaciones. Veamos:

- En el **art. 34 inc. 1º** del Código Penal se alude a la capacidad de dirigir las “acciones”, y ello implicaría vincularlo a la teoría en tanto consideremos uno de los grados de la inconsciencia: la absoluta. Asimismo, se hace referencia a ella en el **art. 41**, cuando manda tener en cuenta la *naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla* como criterio para mensurar el monto o *quantum* de la pena a imponer.

- Por otro lado, y en la impronta de tomar la totalidad de la legislación, podemos hacer referencia, aunque con un alcance más amplio quizá, a la utilización de las palabras “hecho” y “acciones” respectivamente en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

- Estas invocaciones se reiteran en oportunidad de consagrarse garantías con fines similares en la *Convención Americana de Derechos Humanos* y en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, instrumentos que utilizan indistintamente los términos “hecho” (humano), “acción” y “delito cometido”, etc.

- Sin perjuicio de ello, cabe destacar que el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica, a la hora de consagrar las garantías derivadas del principio de legalidad y la irretroactividad penal, se refiere a las “acciones” y las “omisiones”, receptando de alguna manera las diversas manifestaciones de la conducta humana como “**modalidades de la acción**” según las teoría del delito, ya sea que estemos

¹⁹ Para analizar cabalmente las manifestaciones de los elementos de la teoría del delito en la legislación actualmente vigente, debemos analizar no solamente el Código Penal sino también la legislación complementaria y el resto del ordenamiento jurídico aplicable.

hablando de los conceptos natural, final o social de este primer elemento (ROXIN,1997:236).

La **tipicidad** como elemento no requiere mayor análisis porque se visualiza a través de cada una de las figuras previstas en la parte especial o en las leyes.

Sin embargo, para el Código son desconocidas las referencias a los vocablos *tipicidad* o *tipos penales*, los cuales son reemplazados por el término “delito”²⁰ u otras palabras tales como “infracciones”, “hechos ilícitos”, “acciones”, etc...

Aquí debemos recordar que la tentativa y la participación (como formas ampliadas de adecuación típica), y los concursos (como concurrencia de figuras delictivas), aparecen distribuidos sin un criterio organizador en cuyo contexto incluso se inmiscuye un desorientado capítulo sobre la “reincidencia”. Por el contrario, tal como lo veremos más adelante, en el Anteproyecto las tres categorías se encuentran reguladas en la sección “hecho punible”.

La **antijuridicidad**, como adelantamos, está receptada mayormente en los supuestos de faz negativa que como **causas de justificación** enumera el art. 34. Mas en la legislación vigente no se la cualifica ni como elemento ni como un requisito autónomo que coadyuve a la aplicación de una pena, tal como lo propondría una teoría del delito manifestada en el texto legal²¹ y que de alguna manera la construcción de Zaffaroni adelanta cuando trata la **tipicidad conglobante**.

La **imputabilidad**, como también ya lo adelantáramos, en concepción que no coincide con la dogmática, constituye el rótulo del Título V del Libro Primero; y es utilizada en diversos sentidos; mientras que técnicamente sólo alcanza a algunos de los presupuestos del primer inciso del art. 34.

La **culpabilidad**, más allá de la referencia que haremos en cuanto a su alcance y significación, no se encuentra establecida como requisito autónomo en el Código Penal. Pero la clasificación bipartita de sus manifestaciones (juicios de reprochabilidad o formas de la culpabilidad), o más precisamente el reconocimiento de la existencia tanto de delitos dolosos como culposos; se puede observar de

²⁰ A su vez, el “delito” es usado aquí en una de sus posibles acepciones, desde que se trata de una palabra ambigua que puede identificarse meramente como una conducta reprimida (o sea como sinónimo de figura delictiva), o bien como acción típicamente antijurídica y culpable.

²¹ Cabe hacer alusión aquí al Nuevo Código Civil y Comercial, en cuyo art. 1717 pareciese haberse querido lisa y llanamente definir a la Antijuridicidad como “*cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”.

alguna manera receptado en diversas normas:

1.- En el **art. 27** cuando, con otros fines y sin definirlos, la ley da por supuesta la clasificación entre delitos dolosos y culposos, otorgándoles diversas consecuencias jurídicas en relación a la posible procedencia de una segunda condena de ejecución condicional.

2.- En el **art. 35** cuando impone asignar la pena del respectivo delito culposo o por imprudencia - *cuando este existiese* -, a quien hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad.

3.- En el **art. 72** al advertir la existencia de las lesiones tanto culposas como dolosas, a los fines aclarativos, aún cuando esta norma no se asiente expresamente en las previsiones de los arts 89/93 frente al 94, a no ser por obra de la lectura de los penalistas.

4.- En la parte especial, el octavo párrafo del inc. 2 del **art. 189 bis** agrava la pena de la portación de armas de fuego para *"...El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre"*. Cabe aclarar que esta norma fue incluida por la ley 25.886 en 2004 y ha merecido críticas y planteamientos con respecto a su constitucionalidad.

A ello se debe agregar que, aunque no esté reconocido expresamente por la misma ley, gran parte de la teoría finalista encuentra definido al dolo en el **art. 42** del Código Penal que regula la tentativa, cuando alude a la intención como manifestación del fin de cometer un delito determinado.

Por su parte, la doctrina clásica ha entendido que este elemento se extrae de la lectura inversa de los presupuestos de no punibilidad que prevé el texto del primer inciso del art. 34 del Código Penal. Así, aunque de modo insuficiente para la teoría finalista, la culpabilidad como manifestación concreta de la capacidad de ser culpable, se manifestaría cuando hay *"capacidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones"*.

Por lo demás, la clasificación se extrae, naturalmente, a partir de la descripción de cada una de las figuras delictivas. En principio, y como consecuencia de que el dolo es la forma básica del hecho punible (DONNA:47), todas las figuras son dolosas (carácter genérico o residual) en tanto no denoten la comisión de un resultado por *"imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo"* (taxativos o *numerus*

clausus), en cuyo caso será un mero indicador el menor monto de la escala penal frente a la del doloso²². Otras veces, la forma culposa puede determinarse, en ausencia de aquellos parámetros, solamente a través de la previsión de la pena disminuida, lo que por cierto puede dar lugar a no pocos debates. Participan de estas características, por ejemplo, los delitos previstos en los arts. **277 inc. 2** (encubrimiento culposo)²³ y **281 inc. 2** (favorecimiento de evasión culposa)²⁴, y la prisión preventiva ilegal prevista en el **art. 270** del Código Penal, que es la que ha motivado las mayores dudas al respecto²⁵.

En el plano procesal, de alguna manera esta regla se manifiesta mediante la presunción probatoria del dolo, incompatible con la **teoría subjetivista** que más adelante abordaremos al desarrollar la problemática del dolo eventual. En ese marco, cabe invocar la disposición del Código Penal de 1886 que rezaba: “...*toda acción se presume legalmente cometida con voluntad criminal, a no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares de la causa*” (OZAFRAIN:115).

A ello debemos agregar que en determinadas figuras el legislador ha previsto la verificación de ciertos propósitos, conocimientos especiales o estados anímicos específicos que la doctrina ha rotulado como elementos subjetivos distintos del dolo, “ultrafinalidades” o “ultraintenciones”, cuestión sobre la que volveremos al final de este trabajo. Estos elementos subjetivos, más allá de las consideraciones efectuadas al comparar el alcance dado por la doctrina frente a la ley, se manifiestan muchas veces mediante el uso de la contracción “para” o el uso de frases indicativas de esas finalidades, estados o saberes²⁶.

²² Participan de estas características las figuras previstas en los arts. 84 (homicidio culposo), 94 (lesiones culposas), 177 (quiebra culposa), 189 (estrageo o incendio culposo); y algunas de las calificadas atenuadas previstas en los arts. 196, 203, 223, 253 ter, 254, 255, 262, 277 ter, 293 bis del Código Penal.

²³ Este delito se elimina en el Anteproyecto. En la exposición de motivos se dice que “*Se proyecta suprimir el inciso 2º vigente, por tratarse de un supuesto culposo, cuya redacción ha generado frecuentes dudas*” (Comentario a art. 279 del Anteproyecto).

²⁴ Este delito también se suprime en el Anteproyecto, en razón de “...*constituir una anomalía (complicidad culposa) a la que no es conveniente acudir, sin contar con que se trata de una conducta que por su naturaleza corresponde al ámbito del derecho administrativo disciplinario*” (Comentario de la Exposición de motivos al art. 280 del Anteproyecto).

²⁵ Para Soler, Fontán Balestra y Núñez se trataría de una figura culposa; en cambio para Aguirre Obarrio y Molinario estaríamos en presencia de un delito doloso (DOMENECH,2013:39). Por su parte, Creus, tras dar cuenta de la discusión en cuanto al tipo subjetivo, propugna el carácter doloso del delito (CREUS,1992:320).

²⁶ Son: 1) Uso de la preposición gramatical “para”: arts. 80 inc. 7 (“...*para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro*”), 126 inc. 1, 127 inc. 1, 139 inc. 1, 145 ter, 149 bis, 158, 164 (“para procurar su impunidad”) y 174 del Código Penal; art. 5 inc. “a”, “c” y “d” y 13 de la ley 23.737; art. 2 de la ley 24.270; art. 15 ley 24.769. 2) Uso de la preposición “por”: art. 80 inc. 2, y art. 2 ley 23.592. 3) Uso de la frase “con la finalidad de”: arts. 41 quater y 306 incs. “a”, “b” y “c”; art. 2 bis de la ley 13.944 (modificada por las leyes

Por último, la clasificación entre delitos dolosos y culposos no se extrae solamente del Código Penal y las leyes que prevén figuras delictivas, sino también de la legislación complementaria. Por ejemplo, las leyes procesales asiduamente reconocen la clasificación (ejemplo: arts. 148, 284° bis, 338 bis del C.P.P.). Asimismo, en materia de ejecución de las penas privativas de libertad, el art. 85 de la ley 24.660, al establecer el régimen disciplinario, prevé esta distinción al describir como falta grave la comisión de “...un hecho previsto como delito doloso...”. E incluso en la Constitución Nacional se hace alusión a los “*graves delitos dolosos que se cometan contra el Estado*” (art. 36 - texto 1994).

Finalmente, la **punibilidad**, más allá de no ser un elemento unánimemente aceptado por los dogmáticos, no tiene ninguna receptación expresa. La doctrina entiende que esta se manifiesta en la regulación de los diversos modos de extinción de las acciones penales (art. 59) y por la ausencia de las excusas absolutorias de responsabilidad establecidas por razones de política criminal (NUÑEZ:233), que en nuestro código vigente están receptadas en la parte especial en los arts. 43, 88, 111 inc. 3°, 116, 117, 185, 217, 232 y 277 inc. 4°.

III. SEGUNDA PARTE: El Anteproyecto de Código Penal Argentino de 2014.

1. Consideraciones generales.

Sin perjuicio de que al analizar cada uno de los elementos trataremos de establecer las diferencias entre la legislación actual y la proyectada, lo cierto es que desde un punto de vista general se puede apreciar una filosofía diversa en relación a la consideración integral de la teoría del delito en la ley.

Ello puede visualizarse a través de diversos factores:

23.479 y 24.029); art. 2 ley 23.592. 4) Uso de la palabra “fin”: arts. 142 bis, 173 inc. 7, 184 inc. 1, 189 bis, 198 inc. 3, 226, 258 y 309. 5) Uso de la palabra “fines”: arts. 128, 142 inc. 1, 145 bis, 201 y 268 inc. 1 del Código Penal; y art. 5 inc. “c” de la ley 23.737. 6) Uso de la frase “con la intención de”: arts. 130, 306 y 311 del Código Penal. 7) Uso de la frase “con el propósito de”: arts. 80 inc. 12, 81 inc. 1 “b”, 131, 145, 149 bis, 149 ter incs. 1 “a” y “b”, 173 inc. 13, y 182 incs. 1 y 3 del Código Penal, arts. 25 y 26 de la ley 23.737; art. 15 ley 24.769. 8) Uso de “maliciosamente”: arts. 173 inc. 13, 174 inc. 6, 179, 252, 268 (3), 273, 302 del Código Penal y art. 2 bis de la ley 13.944 (modificada por las leyes 23.479 y 24.029). 9) Uso de “sabiendo” o “a sabiendas”: arts. 80 inc. 1 (modificado, decía “sabiendo que lo son”), 117 bis inc. 2, 134, 135, 136, 153 bis, 157 bis, 175 inc. 4, 175 bis, 189 bis, 190, 193 bis, 198 inc.4, 204 quater, 252, 290, 300 inc. 2, 301, 302 y 306 del Código Penal.

a) La teoría y el Anteproyecto:

En primer lugar, justamente en la antípodas de lo que hemos dicho hasta aquí sobre la legislación vigente, el Anteproyecto – o *al menos la parte pertinente* - se redactó a partir de una corriente bien definida sobre la teoría analítica.

Si bien no es del caso analizar aquí cuál o cuáles son las corrientes que resultan gananciosas de acuerdo a la evolución dogmática, resulta evidente el influjo que tiene que haber tenido el pensamiento teórico, criminalístico y político-criminal del Dr. Eugenio R. Zaffaroni como comisionado principal del Poder Ejecutivo y presidente de la comisión redactora, desde cuyas concepciones surgieron las “hipótesis de máxima”²⁷ que luego eran sometidas a discusión en el seno de la comisión²⁸.

Incluso, la exposición de motivos (de aquí en más EDM) fue redactada, tal como si hubiese sido de puño y letra, por el presidente de la comisión. Por lo demás, esta cristalización no es más que la síntesis de un proceso que desde algunos sectores académicos propugnaban una reforma integral oblicuamente contraria a la que se había evidenciado mediante reformas parcializadas como las correspondientes al paquete “leyes Blumberg” (RUSCONI,2014:17).

Esta influencia se puede apreciar en otros ámbitos. Por ejemplo, el Anteproyecto trae como novedad la “eliminación” de la reincidencia tal cual se la concibe en la actualidad²⁹ y la inclusión de una enumeración de principios en su art. 1, que de alguna manera resulta un reflejo de los enunciados por Zaffaroni, en el cap. 4 del Manual de Derecho Penal cuya autoría comparte con Alagia y Slokar.

b) La estructura:

En esa línea, la estructura de la parte general del texto proyectado se visualiza como un poco más organizada; mientras que como vimos, en el código vigente las normas que hacen alusión al delito están mezcladas algunas y muchas

²⁷ Estas intenciones fueron reconocidas por el propio coordinador de la Comisión Dr. Roberto Manuel Carlés en diversas presentaciones y conferencias efectuadas en 2014.

²⁸ La Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación fue creada en 2012 por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto N° 678/2012, que estableció la integración por parte del señor Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eugenio Zaffaroni (como presidente) y los señores diputados de la Nación, Dr. Ricardo Rodolfo Gil Lavedra (por el radicalismo), Federico Pinedo (por el PRO), la Dra. María Elena Barbagelata (por el socialismo) y el Dr. León Carlos Arslanián (por el justicialismo).

²⁹ El presidente de la Comisión, como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, votó en disidencia en fallos propugnando la declaración de inconstitucionalidad de la reincidencia del art. 50 del Código Penal, tal cual como lo había decretado con respecto a la plurirreincidencia del art. 52 en el caso “Gramajo” en 2006. Sin embargo, con disidencia de Zaffaroni, se admitió su constitucionalidad por mayoría en el fallo de la CSJN en “Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154”, recurso de hecho, sentencia del 5 de febrero de 2013 (A. 577. XLV).

otras inmersas en múltiples disposiciones relativas a las consecuencias penales.

El anterior proyecto de 2006 mantenía de alguna manera la estructura clásica y, a drede, la misma numeración que los del Código histórico, fundamentalmente en aquellas disposiciones más conocidas como lo es el art. 34. En ese sentido el proyecto de 2006 fue una suerte de *mix*, desde que utilizando el mismo número de artículo que el código de 1921, tenía redactado un texto muy similar al que años después establecería el Anteproyecto de 2014.

En ese esquema, a diferencia del plexo actual, el Anteproyecto de 2014 comienza por regular el hecho punible (causa) para luego abocarse al tratamiento de las consecuencias jurídicas (penas y medidas); lo cual indica un respeto por la estructura de la ley penal.³⁰

Y como no había ocurrido hasta aquí, el Anteproyecto cuenta con un título específicamente destinado al “hecho punible” que se integra con algunas de las secciones hasta ahora desperdigadas en la parte general (tentativa, concurrencia de personas y concursos).

Por otro lado, a primera vista puede observarse que las eximentes se ordenan según el patrón propuesto por la sistematicidad de la teoría del delito (SUEIRO:114).

Sin embargo, y como dato que no es menor, en su art. 5 mantiene el “aquelarre” de supuestos que actualmente padece el art. 34 al que ya hicimos referencia. Así, la disposición central y más importante en cuanto a la temática, prevé similares eximentes a las actuales aunque ahora agrupadas de una forma un poco más organizada³¹.

En este marco, se advierte también que el Anteproyecto rotula cada una de sus secciones y disposiciones, procediendo incluso a subclasificar los párrafos de un mismo artículo de acuerdo a las diversas temáticas. Este temperamento implica aplicar recursos paratextuales que desde el punto de vista expositivo y visual no dejan de configurar una ventaja apreciable. Sin embargo, otros textos como el Anteproyecto de Soler de 1960, eran más avanzados en este sentido desde que separaba las causales de no punibilidad según los estratos de la teoría analítica.

³⁰ En la EDM se explica esta decisión tomada deliberadamente: *“El Código Penal de 1921 adoptó como división de materias de la Parte General una sistemática que hacía preceder las penas al tratamiento del delito. Respondía en general al criterio tradicional de que las disposiciones generales debían ocuparse ante todo de las penas que se conminaban en cada caso en la Parte Especial y de los supuestos de no punibilidad”*. Ante lo cual concluye: *“...De allí que los textos legales contemporáneos opten por considerar antes el delito y luego las penas, sistemática que se adopta en el presente texto”*. (Extracto del Comentario al art. 5 de la EDM del Anteproyecto).

³¹ En el inc. “a” los supuestos de faz negativa de la acción; en los incs. “c”, “d”, “e” y “f” las causas de justificación como faz negativa de la Antijuridicidad; en el incs. “h” las causas de inimputabilidad; en los incs. “b”, “g”, “i”, “j” y “k” las causales de inculpabilidad (errores de tipo y errores de prohibición).

c) El lenguaje utilizado:

Otro cambio profundo se evidencia mediante el lenguaje preferentemente técnico que prevalece en estas regulaciones frente al mayormente coloquial del código histórico, lo cual es reconocido por el propio proyectante³². Al respecto, podríamos efectuar consideraciones que escaparían a la finalidad del presente trabajo. Pero aún así, resulta criticable que una ley que conmina ciertas conductas humanas con sanciones severas, y que por ende está dirigida a los operadores pero especialmente a los ciudadanos³³; utilice tecnicismos propios de la Academia, que como tales se encuentran reservados a los eruditos del derecho³⁴. Esta es una de las razones por la que el Derecho se muestra como un saber esotérico que conspira contra la seguridad jurídica (SERRANO MAILLO:91).

d) El volumen de texto legal:

Finalmente, cabe hacer alguna alusión a la cantidad de texto legal que se destina a la regulación de los contenidos de la teoría del delito.

Como ya lo vimos, el código actual concentra toda la temática en apenas dos disposiciones principales y algunas indirectamente relacionadas.

Ahora bien, como natural consecuencia de lo dicho hasta aquí, podría pensarse que el Anteproyecto debería haber destinado comparativamente mucho más volumen de disposiciones, texto y contenido. Sin embargo, y si bien el Anteproyecto cuenta con un caudal un tanto mayor de disposiciones que tutelan cuestiones inherentes a la teoría del delito; la diferencia no es relevante.

No es poca la sorpresa con que las nos encontramos aquí, puesto que contra todos los pronósticos, también se regula la principal temática (faz negativa) en dos disposiciones. Así, el art. 5 del Anteproyecto, aunque ahora bajo el rótulo manifiesto de “eximentes”, se asemeja al actual 34 y el art. 6 al 35. Allí concluye la regulación de todo lo atinente a los aspectos de la teoría (hecho punible) que no sean los referidos a la tentativa, la participación y los concursos.

³² Al respecto, en la EDM se explica que “...bueno es observar que el texto del Código Penal de 1921 obvió los tecnicismos clasificatorios al enunciar las eximentes” (...) “... es inevitable que la dogmática jurídica tenga un efecto tangencial que se refleje en la evolución legislativa posterior, al poner de manifiesto algunas contradicciones e imperfecciones que es menester corregir, lo que bien puede hacerse sin caer en las exageraciones que se han abierto camino a partir de los textos llamados técnico-jurídicos...” (Extracto del Comentario al art. 5 de la EDM del Anteproyecto).

³³ Recuérdese que como contrapartida de la garantía de legalidad que surge del art. 18 de la Constitución Nacional, existe la ficción legal por la cual la ley se presume conocida por todos desde su publicación y que no se puede alegar el desconocimiento del derecho (art. 18 C.N. y 34 C.P.).

³⁴ Ya decía Hendlér que los penalistas son intolerantes e insoportables por el lenguaje que utilizan (Conf. HENDLER).

Así, en cierto sentido y deliberadamente, todo otro desarrollo se mantiene reservado para la labor doctrinaria y jurisprudencial, como lo ha manifestado más de una vez el mismo Zaffaroni en la exposición de motivos³⁵.

Pasaremos ahora a analizar comparativamente cada uno de los elementos de la definición analítica del delito:

2. La acción.

No hay mayores referencias a la acción que ameriten destacar un trato distinto al dispensado anteriormente, más que no sea por el reemplazo del título por “hecho punible”, término preferido según muchos autores, como por ej. Hassemer.

Asimismo, se reiteran los diversos usos a los que hicimos referencia en relación al código vigente (acción, hecho, etc), aunque se usa con mayor asiduidad el término “conducta”³⁶ desconocido hasta ahora en la parte general de la legislación vigente más que en el inc. 2 del Art. 41; seguramente en virtud de la concepción finalista de la acción que prefiere el uso de esa palabra (CORTÉS DE ARABIA:81).

En cuanto al término “acción”, en el inc. “h” del art. 5 se lo utiliza con el mismo alcance que el art. 34 vigente. Sin embargo, a la hora de establecer las pautas para la determinación judicial de la pena, se prefirió el uso exclusivo de la palabra “hecho” (Arts. 18 y 19 del Anteproyecto).

Lo que resulta interesante plantear aquí es que en el art. 1, en oportunidad de consagrar o reconocer la garantía a la legalidad estricta, el proyectante estableció que *“...Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa...”*. De este modo, y a diferencia del código vigente, se explicita la primera de las clasificaciones sobre las modalidades de la acción.

³⁵ Así, en la EDM se dice que *“...La sobriedad legislativa de nuestro código ha demostrado sus beneficios a los largo de casi un siglo de vigencia, pues ha permitido el desarrollo de una dogmática jurídica de considerable densidad, con interesantísimos debates, lo que indica la conveniencia de no apartarse del modelo, a efectos de permitir el desarrollo futuro de la ciencia jurídico penal, sin atenuar legislativamente su evolución.”* O cuando haciendo referencia a las eximentes se expresa que *“...sin desconocer que configuran la base legal de la llamada teoría del delito, no por ello se hace necesario clasificarlas siguiendo escuelas o corrientes doctrinarias, lo que no es tarea legislativa sino de juristas”* (Extracto del Comentario al art. 5 de la EDM del Anteproyecto). De igual manera en el comentario al art. 9 cuando se hace referencia al principio de accesoriedad en la participación delictiva.

³⁶ Por ejemplo, en innumerables disposiciones de la parte especial y en la parte general en los arts. 2 (ámbito de aplicación espacial de la ley penal), 5 inc. “d” (legítima defensa privilegiada), 11 (concurso ideal), 14 (concurso aparente), 19 inc. 2 “c” (excensión de pena y reducción por debajo del mínimo), 63 inc. “u” (significación de los conceptos empleados en el Código Penal).

Al respecto, se podría considerar que esta cláusula tuvo la finalidad de excluir los modos de “omisión impropia” o de “comisión por omisión” no tipificados expresamente; por la ausencia de un dispositivo de “correspondencia” o equiparación” para que todo delito activo pueda ser sancionado si es ejecutado mediante un “no-hacer” (RUSCONI,2014:41). Sin embargo, puede observarse que el Anteproyecto no incluye nuevas figuras de omisión que reemplacen las que pretende prohibir (RUSCONI,2014:43).

A más de los delitos de omisión específicos que se reiteran en la Parte Especial, cabe destacar que la clasificación aludida también está reconocida en el art. 19 del Anteproyecto cuando hace referencia a las acciones u omisiones delictivas de los funcionarios encargados de la detención de una persona enjuiciada, para fundar una reducción punitiva y la aplicación de pena por debajo del mínimo legal con respecto a esta última.

3. La tipicidad.

Con respecto a este elemento no cabe agregar más que reiterar lo ya enunciado con respecto al código vigente. Sin embargo, debe destacarse que en la cláusula precedentemente aludida se efectúa una referencia genérica aunque tácita a la tipicidad en cuanto para reconocer el mentado principio de legalidad se establece que “...*Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa*” (Art. 1 inc. “a” del Anteproyecto).

No obstante ello, cabe aclarar que según la construcción finalista y especialmente en el pensamiento de Zaffaroni, muchos de los errores sobre los elementos de la figura penal se traducen como errores de tipo que el Anteproyecto recepta en el inc. “b” del art. 5: “*No será punible el que actuare en ignorancia o error invencible sobre algún elemento constitutivo de la descripción legal del hecho*”.

Ello porque en la teoría finalista, al disgregarse el aspecto subjetivo y producirse el traslado de una parte de la culpabilidad al tipo, este elemento se queda integrado con el tipo objetivo más el subjetivo (REYES ALVARADO:519). En consecuencia, lo que es el “tipo” para la teoría causalista es el “tipo objetivo” para la finalista (NINO,1973:1076). En similar sentido, podríamos decir que el dolo pertenece al tipo cuando el legislador lo tuvo en cuenta al describir la conducta prohibida (NINO,1973:1072).

Por otro lado, y siguiendo el esquema propuesto en la primera parte, cabe hacer alusión aquí a las formas ampliadas de adecuación típica y los diversos supuestos que implican concurrencias de figuras delictivas:

En la previsión de la **tentativa** se aclara la cuestión relativa a la pena, pero se mantiene la fórmula histórica en base a la cual se requiere la reunión de los mismos elementos: a) finalidad de cometer un delito determinado, b) comienzo de ejecución del mismo, c) no consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente (Art. 7).

Sin embargo, se introducen modificaciones:

a) Por un lado, se agrega como supuesto de desistimiento el que consiste en impedir la consumación de un delito, como forma de acaparar en forma explícita las posibilidades habidas cuando hay partícipes e instigadores³⁷, o las que pudieran producirse en el marco de una tentativa acabada que la doctrina ha distinguido con la inacabada. En este punto la comisión redactora reconoce la influencia directa de la teoría al decir que “...no se trata más que de retoques técnicos para mejorar la fórmula del texto actual conforme a su interpretación consagrada” (Comentario de la EDM al art. 7 del Anteproyecto).

b) Se aclara la regulación relativa a la **tentativa inidónea**, limitándola a los supuestos que la doctrina siempre ha entendido como encuadrables en ella, esto es, los que se configuran cuando el medio utilizado es inidóneo para causar un daño (Art. 8). De esa manera, queda diferenciada del **delito imposible** (SUEIRO:114).

c) Como correlato de lo anterior, el texto del Anteproyecto afirma que “**no se impondrá pena si faltare el objeto requerido en la descripción legal del hecho**”, a los efectos de dejar en claro que ese supuesto, confundido en el Código de 1921, es técnicamente un ejemplo de falta de tipo como resultado de la falta de concurrencia de algún elemento objetivo del tipo penal. Aquí también se evidencia la influencia de la doctrina y sobre todo del pensamiento del presidente de la comisión, quien en forma similar a la expuesta en la EDM, ya venía propugnando que se trataba de “tentativas imaginarias” o “errores de tipo al revés”. Como ejemplo de esto último la doctrina ha aludido al caso de quien intenta dar muerte a un cadáver, supuesto que presenta características muy diferentes al que protagonizaría quien intenta matar a otro mediante el suministro de una sustancia inócua (azúcar) en lugar de veneno.

³⁷ Zaffaroni en su Manual trató en forma expresa la problemática del desistimiento en relación a la concurrencia de personas.

En el capítulo referente a **la autoría y la participación**, sin ánimo de realizar una acabada respuesta a la problemática por exceder de los objetivos propuestos, solamente destacaremos que:

a) En general, con similares redacciones se replican los diversos grados de intervención habidos en los arts. 45 a 49 de la legislación vigente³⁸, no innovándose en este aspecto (BACIGALUPO,2014:2).

b) Se cambia el rótulo de la sección por “**conurrencia de personas**”, siguiendo indudablemente la terminología utilizada por Zaffaroni en su obra académica, por sobre la del resto de los penalistas que siempre se han referido a la “autoría” y a la “participación criminal” (Righi, Núñez, Fontán Balestra, etc.).

c) Incluye la participación delictual de quien actúe como representante de una persona jurídica o de otra persona.

d) Incluye también, aunque no ya como “partícipes” propiamente dichos, la responsabilidad de las personas jurídicas y la aplicación de sanciones penales a estas.

Finalmente, en los capítulos que regulan separadamente los **concurso**s, deberíamos destacar que el Anteproyecto:

a) Reproduce, en lo pertinente, las soluciones jurídicas ante la presencia de concursos ideales y reales (arts. 11 y 12).

b) Pero recepta expresamente la figura del ***delito continuado*** creado doctrinaria y jurisprudencialmente bajo la vigencia del Código de 1921 que no lo preveía. Así, el art. 13 dice “***Cuando los hechos constituyan delito continuado la pena aplicable será solamente la más grave de las previstas para esos hechos.***” De este modo, el Anteproyecto toma partido por una de las posibles interpretaciones que se ensayan en la actualidad cuando asisten varios hechos pero de alguna manera relacionados entre sí como “unidad de conducta” (identidad de sujetos, causas y figuras).

³⁸ Al respecto, se han verificado críticas concretas, tales como las que se refieren a la imprecisión de la “determinación” replicada en la norma, o que se debería reemplazar la frase “tomar parte en la ejecución”; o que el texto debería haber tomado posición en relación al grado de accesoriadad de la participación (BACIGALUPO,2014). En el mismo sentido crítico, se dijo que hubiese sido bueno regular de forma expresa los casos de coautoría y sus requisitos (RUSCONI,2014:28).

c) Llamativamente, y aunque en la EDM se exprese que “...no es corriente que un código penal legisle en materia de **no concursos**”³⁹, incluye la regulación del **concurso aparente** y recepta la clasificación dogmática de sus diferentes supuestos provocados ante la presencia de relaciones de especialidad, subsidiariedad y consunción de diversas figuras delictivas, descritas hasta el momento por la doctrina. En ese marco, en la EDM se justifica su inclusión en el capítulo relativo al Hecho Punible “*porque se trata de instrumentos conceptuales que sirven para delimitar los problemas del concurso*” (Comentario de la EDM al art. 14 del Anteproyecto).

4. La Antijuridicidad.

Como se sabe, las impiccancias y las eximentes que se contemplaban dentro de este elemento como causas de justificación no han encontrado – *salvo con respecto a la obediencia debida* - mayores discusiones entre las teorías, ya sean causalistas y/o finalistas.

En ese sentido, el Anteproyecto no realiza ninguna reforma estructural, salvo en cuanto a que según lo dicho hasta aquí, el nuevo art. 5 (y el 34 del Proyecto de 2006) no prevé casi exclusivamente causales de justificación en sus incisos sino un mayor número de eximentes correspondientes a otros estamentos de la teoría analítica, especialmente en función de la disgregación de los supuestos de error que más adelante trataremos en forma específica.

Solamente cabe destacar que la legislación proyecta, por un lado, la eliminación de una de las causales consideradas por algunos autores como de justificación: la **obediencia debida**⁴⁰.

Y por otro lado, propone el agregado de una especie particular de legítima defensa “*presumida*” (NUÑEZ:170), “*especial*” (NINO,1982:149), o “*privilegiada*”,

³⁹ En la EDM se explica que “...No obstante, la dispar jurisprudencia nacional al respecto e incluso alguna sentencia bastante ilógica que consideró que no tienen base legal y los resolvió como concursos ideales o reales, indican la conveniencia de regularlos expresamente” (Comentario de la EDM al art. 14 del Anteproyecto).

⁴⁰ Al momento de justificar esta supresión, en la EDM se dice que la eximente de obediencia debida del inciso 5º del artículo 34º vigente “...proviene en sus orígenes lejanos del derecho inglés, referida a la inferioridad de las mujeres y menores, o sea, como resultado del patriarcado y con vigencia en el ámbito doméstico, pero desprendida de ese origen y como cláusula general, pasó a través del código imperial del Brasil a España y de allí volvió a América, entendida como obediencia a la autoridad pública. En rigor, se trata de una eximente que no tiene autonomía dogmática, pues se diluye en las restantes cuando es relevante, o sea, que es un mero cumplimiento de deber legal, una justificación por necesidad, una exculpación por error o por inexigibilidad o, bien, fuera de esos casos, no puede eximir de responsabilidad penal. Su innecesaria consagración legislativa tiende más bien a crear dudas, con la desventaja de ser manipulada como pretexto en casos gravísimos, como lo puso de manifiesto su invocación en los peores crímenes de la Segunda Guerra Mundial y en otros más próximos a nosotros” (Comentario de la EDM al art. 5 del Anteproyecto).

mediante la adición de un párrafo en el inc. “d” del art. 5: *“Igual presunción corresponde cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia.”* Esta novedad incluida por la comisión redactora no es más que la recepción expresa de la doctrina emanada del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Leiva”⁴¹;

Finalmente, cabe hacer alusión a la inclusión del supuesto de los *“hechos cometidos conforme a la respectiva cultura originaria”*, previsto en el art. 19, inc, 2 “c” para eximir o reducir la pena. De acuerdo al enfoque de este trabajo, estos podrían reputarse, según se interpreten en uno u otro sentido: como causales de justificación, como supuestos de cierta ausencia o reducción del ámbito de determinabilidad, o bien como excusas absolutorias como faz negativa de la punibilidad.

5. La imputabilidad.

El Anteproyecto reproduce la idea del inc. 1 del actual art. 34 del Código vigente, aunque utilizando una fórmula similar pero diferente: *“El que a causa de cualquier anomalía, trastorno o alteración psíquica permanente o transitoria, no haya podido, al momento del hecho, comprender su criminalidad o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión”*. Lo destacable en esta diversa redacción es que, por un lado, emite una fórmula demasiado amplia; y por otro, suprime las causales que bajo criterios biologicistas, alienistas, psiquiátricos y psicológicos posee nuestra actual legislación (Conf. MERCURIO:259).

Asimismo, resulta una novedad la regulación expresa de la **imputabilidad disminuida** en el inc. 3º del art. 6 que dice: *“Según las circunstancias del caso, el juez podrá disminuir la pena conforme a la escala señalada en el inciso anterior a quien, en el momento del hecho, tuviere considerablemente disminuida la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión”*.

Este instituto ya agregado en el proyecto de 2006 y replicado en el del 2014 con similares presupuestos y consecuencias, tiene receptación en la mayoría de los códigos del derecho comparado, como la tuvo en la mayoría de los antecedentes patrios y en los proyectos habidos bajo la vigencia de nuestro Código Penal. En

⁴¹ Fallo en el caso “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple” (L. 421. XLIV) en el cual la Corte ordenó la absolución de la acusada por haberse comprobado que además de defenderse con un destornillador ante el ataque concreto, estaba inmersa en un contexto de violencia de género y había efectuado al menos una denuncia por maltrato familiar.

base a éste, y por fuera de los supuestos específicamente tipificados⁴², se ve impedida su aplicación por no estar expresamente prevista como dispositivo genérico. De esa manera, en la actualidad, no se podrían perforar los mínimos de las escalas penales para condenar a quienes hayan cometido el delito en un estado de considerable disminución de la autonomía de su determinación.

6. La Culpabilidad.

Como el presente punto pretende configurar el eje de este trabajo, analizaremos por separado las diversas implicancias que acuden ante su presencia.

6.1. Sobre la faz negativa de la culpabilidad.

Sabido es que la doctrina causalista ha incluido dentro de la faz negativa de la culpabilidad a la ignorancia y al error de hecho (Art. 34 inc. 1º) y a la coacción (art. 34 inc. 2 CP). Otros autores, en más o en menos, han agregado a la obediencia debida (art. 34 inc. 5 CP), y con reparos, la “no exigibilidad de otra conducta”.

Ahora bien, en su teoría basada en el funcionalismo conflictivo, Zaffaroni clasificó en forma precisa los diversos supuestos de error: Por un lado, reguló las diversas formas del error de tipo, como encuadrables en las fases negativas de otros elementos. Asimismo, ha desarrollado toda la teoría en torno al error de prohibición invencible como causal que excluye la responsabilidad en forma absoluta, y el error de prohibición vencible, como caso de “inimputabilidad” relativa. Y más precisamente, dentro del primero, subclasificó en error de prohibición directo, error de prohibición indirecto, error sobre la situación objetiva de necesidad exculpante (llamada necesidad exculpante putativa), el desconocimiento de la necesidad exculpante (necesidad exculpante putativa invertida), error puro de comprensión, y error que recae sobre causas que excluyen la punibilidad (ej.: sobre las excusas absolutorias).

Justamente este esquema es llevado parcialmente al texto del Anteproyecto, en donde de alguna manera se plasma el pensamiento del presidente de la

⁴² Los supuestos específicamente tipificados que reconocen su razón de ser en una suerte de imputabilidad disminuida son: a) el caso de los menores de más de dieciséis y menos de dieciocho años (art. 4º, párr. 2, ley 22.278 según ley 22.803); b) Quienes actuasen en estado de emoción violenta (arts. 81, inc. 1.a, CP; y por remisión los arts. 93 y 105, CP); c) los que actuaren bajo las circunstancias extraordinarias de atenuación del último párrafo del actual art. 80 C.P.. Estas últimas dos figuras se replican con una redacción similar en los arts. 78 y 77, inc. 4 del Anteproyecto, respectivamente.

comisión. Así, en el art. 5, principalmente a partir de los incs. “b”, “g”, “i”, “j”⁴³, “k”, se regula el estado de necesidad exculpante y los supuestos de error invencible; y en el art. 6 (inc. 1, 2 “a” y “b”, y 4) los de error vencible, a los cuales se aplica la pena prevista para los hechos culposos.

No es del caso aquí estudiar las implicancias de cada uno de estos supuestos, aunque al respecto nos vemos obligados a realizar algunas consideraciones en relación a la finalidad de este trabajo:

En el estudio de esta temática es donde se observa claramente la influencia de una de las teorías dogmáticas. Mientras el Código de 1921 reservaba una pequeña frase al error, aquí la ciencia pareciese haber volcado toda su construcción al texto de la ley, utilizando incluso los términos propios de aquella creación, mediante un lenguaje que podría ser calificado como esotérico e inentendible para los habitantes de la república destinatarios de la norma.

Al momento de comentar las previsiones sobre el error, la comisión ensayó la justificación del temperamento adoptado manifestando que resultaba inevitable que a esta altura un código penal optara por una teoría dual del error, frente a la unitaria. Y agrega que aquella proporcionaría resultados más satisfactorios en los casos concretos, reconociendo incluso que se trata de una posición que “la doctrina adopta con amplio predominio” (Comentario de la EDM al Art. 5 del Anteproyecto).

En consecuencia, este aspecto es quizá donde la teoría - con sus vicios a cuestas - tuvo una de las mayores influencias en la proyectada legislación positiva; desde que, con su propio lenguaje, en el Anteproyecto se encuentra disgregado el error en todas las posibilidades que una de las teorías analíticas del delito ya había hecho a nivel doctrinario.

6.2. Sobre la clasificación bipartita entre delitos dolosos y culposos.

Como vimos, la legislación actualmente vigente admite - *mejor dicho presupone* – la existencia de una clasificación entre delitos dolosos y culposos, al regular diversas consecuencias para la condena de ejecución condicional o igualar los alcances de las lesiones en relación al tipo de acción penal al que pertenecen.

Sin perjuicio de ello, en el Código Penal de 1921 no se establece una diferenciación expresa entre culpa y dolo, más allá de la propia clasificación que

⁴³ En los incs. “i” y “j” del art. 5 se regulan respectivamente el error directo e indirecto de prohibición, entre los cuales se encontraría por ejemplo la legítima defensa putativa.

pueda surgir a partir del análisis de cada una de las figuras delictivas, tal como lo analizamos más arriba. Allí concluimos en que todas las figuras delictivas son dolosas salvo las que, según su texto, sean reputadas como culposas. Esto es, cuando estén descritas conductas cometidas mediante *negligencia, imprudencia, impericia*, o prevean el *incumplimiento de los deberes a cargo del sujeto que comete el delito*.

Al respecto, cabe destacar que se mantiene la misma estructura típica de los delitos culposos, pero desaparecen aquellos que daban lugar a dudas o debates en cuanto a si pertenecían o no a esta categoría.

Ahora bien. De manera innovadora, el Proyecto de 2006 ya había receptado en su letra las diferencias conceptuales entre dolo y culpa. Así, entre las disposiciones destinadas al “hecho punible”, el art. 33 reconocía expresa y directamente la diferencia entre hechos dolosos y culposos declarando que “...*sólo son punibles las acciones u omisiones dolosas descritas en la ley, a menos que también se disponga pena para las culposas*”. Este proyecto de alguna manera intentó patentizar o hacer expresa la función que cumplen las figuras delictivas y el carácter genérico de estas como conductas dolosas, frente a las enumeradas como culposas de manera taxativa⁴⁴.

Una cláusula similar fue la receptada en el art. 1 Anteproyecto en trato, aunque en un contexto no destinado directamente a ello sino para asegurar el respeto por el principio de responsabilidad derivado del de legalidad estricta. Con esta disposición comenzaremos el tratamiento de las próximas cuestiones dirigidas a esquematizar las subdivisiones en clases de dolo y de culpa.

El Anteproyecto regula además otras consecuencias jurídicas disímiles para una y otra manifestación de la culpabilidad, desconocidas hasta la actualidad:

Por un lado, una diferencia importante es que el Anteproyecto limita a los *hechos culposos* la posibilidad de eximir y reducir la condena ante la presencia de supuestos que conllevan naturalmente una pena⁴⁵. Por su parte, admite la

⁴⁴ Como demostrativo de esto, en la EDM se especifica que “*el texto no admite ningún género de crimen culpae, o sea, que los delitos por negligencia o imprudencia sólo se penan cuando están expresamente previstos, lo que evita absurdos tales como considerar robos o violaciones culposas*”, lo cual debe relacionarse con lo previsto en el art. 6 del Anteproyecto.

⁴⁵ En la EDM la comisión explicita los fundamentos de estas adopciones y del diferente alcance según se trate de hechos dolosos o culposos, en razón de que la ejecución de una conducta planificada con el fin de obtener un resultado lesivo aconseja una mayor prudencia en la facultad otorgada a los jueces. Asimismo, aclara que el primer supuesto “*...Si bien no se reduce a los hechos culposos de tránsito, no es menos cierto que sería en este ámbito donde hallaría su aplicación más frecuente*”, como forma de invocar el caso de Manual en el cual el conductor de un vehículo automotor pierde o

consideración de la “pena natural” para los dolosos⁴⁶ pero limitada a la posibilidad de imponer un monto punitivo por debajo del mínimo legal (*art. 19, incs. 2 “a” y 3 “b” del Anteproyecto respectivamente*).

Paralelamente, en el inc. 3º del art. 42, se adjudica al representante del Ministerio Público Fiscal la posibilidad de no promover la acción o desistir de la promovida – criterio de oportunidad procesal – cuando mediare conciliación o acuerdo entre las partes, siempre que se trate de hechos delictivos con contenido patrimonial y sin violencia sobre las personas, o de **delitos culposos**⁴⁷ sin resultado de muerte.

Otra consecuencia diferenciada está prevista ante el decomiso de instrumentos, en virtud de lo cual el inc. 3 del art. 55 del Anteproyecto establece que “...**el decomiso no será procedente en caso de hechos culposos**”.

Finalmente, en relación a un delito en particular, el Anteproyecto circunscribe a la forma culposa la excusa absolutoria del barto consumado, al establecer en el art. 87 que “...**el aborto culposo de la mujer no será punible**”. Cabe aclarar que no obstante este agregado, mantiene la no punibilidad de la mujer que cometiere el delito de tentativa de aborto doloso, hoy prevista en el art. 88.

6.3. Sobre los distintos tipos de dolo.

En cuanto al concepto y los alcances del dolo, expresamente la comisión redactora ha optado por dejar en claro la admisión exclusiva de la forma directa, o sea, técnicamente aquella en la que el autor, reuniendo el elemento volitivo y el intelectual, tiene la intención directa de ejecutar el delito (NUÑEZ:194). Esta tesitura se puede visualizar a través de múltiples normas en la parte general:

Para comenzar, el inc “a” del art. 1 al que ya hicimos referencia, establece que “Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, **realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia**”.

Tal como se extrae de la EDM, la intención de sus redactores fue eliminar

lesiona a un familiar querido por su conducción imprudente (Comentario de la EDM al art. 19 del Anteproyecto).

⁴⁶ En la EDM se brinda como ejemplo posible de aplicación el caso de un robo en que el agente sufre una lesión gravísima que lo incapacita para el resto de su vida.

⁴⁷ La *ratio iuris* se explica aquí en tanto en los culposos “es frecuente que el damnificado se vea obligado luego a acudir a la justicia civil, en un proceso extremadamente complejo y prolongado, al final del cual por regla general obtiene una reparación bastante simbólica y que muchas veces cobran sus herederos” (Comentario de la EDM al art. 42 del Anteproyecto).

toda posibilidad de imputación por responsabilidad objetiva y de *versare in re illicita*, al que califican como “...un principio absolutista según el cual quien quiso la causa quiso el efecto, aunque ni siquiera lo haya podido prever” (Comentario de la EDM al art. 1 del Anteproyecto). Seguidamente, la comisión redactora explica que esa decisión procura dar solución a la problemática del **dolo eventual** que más adelante examinaremos⁴⁸.

Cabe resaltar que este temperamento encontró una disidencia en el integrante de la comisión representante del bloque partidario del PRO. El Dr. Pinedo sostuvo que no compartía el uso de la expresión “voluntad directa”, y en consecuencia propuso una consideración menos interna o subjetivista y más objetiva o “cognositivista”⁴⁹ del dolo; propugnando reemplazar el párrafo que a su criterio debería decir: “a) *Legalidad estricta y responsabilidad. Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con conocimiento y voluntad, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia...*”.

Por último, cabría preguntarnos si la cláusula incorporada elimina la posibilidad de condenar a personas que cometan delitos mediante **dolo indirecto**, también denominado “**dolo de las consecuencias necesarias**”.

Ni del texto del Anteproyecto ni de su EDM surge alguna pauta genérica que pueda indicar la intención del proyectante en este sentido, como sí lo han hecho con respecto al **dolo eventual**.

Solamente podríamos aludir a la expresa receptación de ciertas figuras que resultan supuestos específicos de esa modalidad, como las lesiones al feto (art. 96), que a criterio de la Comisión no deberían quedar impunes cuando la circunstancia

⁴⁸ La EDM agrega: “La jurisprudencia nacional ha sido aún más contradictoria que la doctrina, en particular en los casos de homicidios de tránsito y similares, donde parece que la trascendencia mediática del caso es la que decide la calificación, determinando una diferencia abismal en la pena. Doctrina confusa —más de siete u ocho teorías ensayadas y criticadas se han intentado— y jurisprudencia vacilante cuando se juegan grandes diferencias de pena, no proveen seguridad ninguna” (...) “Además, debemos tener en cuenta que el concepto de dolo eventual puede ser manipulado en cualquier tipo penal, o sea que, lo que se ha puesto de manifiesto con su juego arbitrario en el homicidio y las lesiones, puede extenderse a cualquier ámbito de la materia punible, con alcances tan insospechados como intolerables: estafas, hurtos, delitos sexuales, etc.” (Comentario de la EDM al art. 1 del Anteproyecto).

⁴⁹ En la expresión de fundamentos de su disidencia, el Dr. Pinedo sostuvo que “...Un importante sector de la doctrina jurídico-penal actual otorga preeminencia al aspecto cognoscitivo del dolo, del que deduce la voluntad: “Concorre dolo cuando un sujeto ha actuado pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal” (Ragués i Vallès, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999, p. 519). Se sostiene así que si el autor conoce que su conducta entraña un riesgo de peligro o lesión a un bien jurídico y actúa, lo hace con dolo, por lo que no nos parece adecuado caracterizarlo sólo como voluntad”.

del embarazo de la madre le conste a su agresor⁵⁰. Del mismo modo, el inc. 5 del art. 184 tipifica y agrava la pena para el estrago doloso cuando produjere la muerte o lesiones gravísimas a una o más personas⁵¹.

Estas alusiones, aun cuando surjan de las opiniones de la Comisión, parecerían indicar que el proyectante se volcó por admitir la forma indirecta del dolo, al menos para las figuras delictivas que contemplen conductas expresamente descriptas como compatibles.

Finalmente, y en relación a los propósitos que calificamos como “ultraintenciones” distintas al dolo, sólo cabe acotar que en el Anteproyecto se mantiene su uso indistinto y confuso. A mero título ejemplificativo, citamos la previsión del art. 77 inc. 1º del Anteproyecto que tipifica los homicidios agravados, en donde llamativamente se reinserta la frase “**sabiendo que lo son**” que la ley 26.791 de 2012 había suprimido del actual art. 80 inc. 1º. En la EDM relativa al art. 165 se explica que si bien la expresión “a sabiendas” ha sido criticada por pecar de redundante, se propone mantenerla en muchos delitos con la finalidad de evitar confusiones.

6.4. La cuestión del dolo eventual.

El Anteproyecto, al admitir solamente la voluntad directa, ha pretendido eliminar expresamente el **dolo eventual**⁵² calificado como “arbitrario”, “peligroso” y “escurridizo” en diversos comentarios de la EDM.

Es decir, a diferencia del texto vigente, en su misma letra se excluye intencionalmente la posibilidad de aplicar la teoría del dolo eventual a las figuras dolosas; finalidad cuyas razones y fundamentos se explican en la Exposición de Motivos a la que ya hicimos referencia.

⁵⁰ En la EDM se explica que esa figura adquiere la forma del dolo de las consecuencias necesarias y que “*No debe confundirse este supuesto con el problemático dolo eventual: se trata del clásico ejemplo del que coloca una bomba en un avión para matar un pasajero y cobrar un seguro. Si bien por cierto no le interesa matar al resto del pasaje, sin duda lo quiere y lo incorpora a su finalidad. Aquí sucede lo mismo: si bien no está interesado normalmente en lesionar al feto, el que golpea fuertemente el vientre de una mujer encinta no puede evitar lesionar al pasajero*” (Comentario de la EDM al art. 96 del Anteproyecto).

⁵¹ En la EDM se explica que esta figura “*debe tratarse de un resultado producto de dolo de consecuencias necesarias, o sea que el agente quiso el estrago y quiso las muertes, como su consecuencia necesaria*” (Comentario de la EDM al art. 184 del Anteproyecto).

⁵² De todos modos, podría considerarse, para sus detractores, que el Código nunca lo previó, que como tal es un instituto vacío sin apoyatura legal y que fue solamente una creación doctrinaria y jurisprudencial para “evadir” la aplicación de las figuras culposas en casos que bajo otros parámetros se reputaría como “culpa temeraria”.

En relación al **dolo eventual** es necesario plantear tres cuestiones de interés:

a) Por un lado, la siempre complicada tarea de determinar la frontera concreta entre el dolo eventual y la culpa con representación (Conf. ELMELAJ BERTONA). Si bien podríamos aseverar que a esta altura de la discusión resulta una empresa más o menos fácil discernir entre una y otra, ello lo sería solo desde el punto de vista teórico y abstracto, mas no en relación a las dudas que irremediablemente surgirán ante las vicisitudes de los casos de la vida real⁵³.

b) Por otro lado, se plantea la problemática probatoria en torno al dolo en esta clase de delitos.

Las corrientes mayoritarias, y especialmente las finalistas, sostienen que el dolo, aun cuando se conozca por los actos externamente visibles, debe desentrañarse a partir de la tarea de hurgar en el fuero interno de las personas. Estas son las teorías subjetivistas⁵⁴.

Sin embargo, hoy en día están tomando fuerzas las tendencias que – *sin volver a una teoría causalista de la acción* - se basan en la consideración “cognositivista” que de alguna manera apuntoca el Dr. Pinedo en su disidencia con la finalidad de permitir la entrada del dolo eventual en una hipotética nueva legislación.

Estas tendencias, muchas de las cuales se amparan en los principios e ideas de la **imputación objetiva**⁵⁵, buscan de alguna manera la simplificación de las cuestiones probatorias para imputar la responsabilidad a las personas de acuerdo a lo que objetivamente aconteció y/o según lo que los autores del delito debieron

⁵³ Al respecto, cabe aludir a los casos de “accidentes” de tránsito en donde siempre es dificultosa la tarea de determinar si se trata de un hecho culposo o doloso, especialmente porque resulta necesario inmiscuirse en cuestiones subjetivas reservadas en la mente de los sujetos activos del delito para en definitiva, desentrañar si hubo representación e indiferencia. No tratándose de delitos de tránsito automotor tenidos en cuenta especialmente por la Comisión reformadora para derogar el dolo eventual, también se puede presentar el debate con respecto a otros ámbitos de aplicación: solamente por aludir a casos mediáticamente conocidos, recuérdese que en la causa por el boliche de Cromagnón se sostuvo en primera instancia que se trataba de un delito de estrago culposo, mientras que la Cámara Nacional de Casación Penal casó la sentencia condenando a los implicados por diversos delitos entre los que se encontraban el estrago doloso seguido de muerte. Asimismo, cabe hacer alusión al reciente fallo del Tribunal Oral en lo Criminal N° 4 de La Plata donde se condena, por mayoría de opiniones, a un sujeto por homicidio doloso (con dolo eventual) que se encontraba bajo el cuidado de un perro de raza pitbull que atacó a un niño. Esta sentencia resulta interesante desde que más allá de la posición que se sostenga, desarrolla la problemática de la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación. Tal es el debate en este sentido que ha suscitado voces a favor y en contra. Como ejemplo de las primeras, cabe citar la opinión de Carlos Ignacio Ríos, y de las segundas, la de Adrián tenca, en sendas publicaciones realizadas en La Ley a poco de conocerse el citado fallo.

⁵⁴ Inmiscuirse en el aspecto subjetivo impide además recurrir a la presunción del dolo a la que ya hicimos referencia, pues los hechos internos tienen como prueba únicamente aquella que incumbe al imputado (OZAFRAIN:115).

⁵⁵ Si bien la teoría sobre la imputación objetiva le es adjudica a Jakobs, este en realidad es quien la ha desarrollado y hecho conocer en su versión moderna, pero sus postulados iniciales ya habían sido desarrollados por Richard Honig allá por 1930 (SANCINETTI,2009:105).

haber estimado⁵⁶. El mayor interés en la temática yace en categorías desarrolladas doctrinariamente tales como la de los *deberes de cuidado*, la *posición de garante*, la *creación de riesgos asumidos y permitidos*, la *corresponsabilidad*, etc, que como tales resultan interesantes pero exceden los alcances de este trabajo⁵⁷.

c) En tercer lugar, el dolo eventual nos lleva a la discusión acerca de la falta de armonía o proporcionalidad en las penas que el Código actual prevé, especialmente con respecto al homicidio. Así, mientras el homicidio simple cometido con dolo prevé una escala de 8 a 25 años de prisión y reclusión (art. 79 del CP), el culposo prevé un espectro disminuido que parte de los 6 meses (*o 2 años en caso de conducción de vehículo automotor o víctima múltiple*) para llegar a los 5 años de prisión o reclusión, más la inhabilitación.

Y entonces el problema radica en que al no existir categorías intermedias entre el dolo directo y la culpa, aún cuando esta sea con representación; el juzgador muchas veces ha recurrido a la figura única prevista para el homicidio doloso, que como tal admite como mínimo la imposición de una pena que no roza siquiera con el máximo de la prevista para los culposos.

Por esa razón es que más allá de la previsión de la culpa temeraria que seguidamente veremos, resulta criticable la posición adoptada aisladamente por la comisión redactora, pues incluso podría haberse previsto esta categoría intermedia precisando su alcance y contenido, más no lisa y llanamente proscribirla (DURRIEU FIGUEROA).

En alusión a la disidencia aludida en el punto anterior, si bien el propio Pinedo acompaña las consideraciones realizadas en el seno de la Comisión en cuanto a las dificultades que históricamente ha planteado el dolo eventual; propugnó el cambio del párrafo del art. 1 citado; en cuyo marco podrían llegar a incluirse supuestos de dolo eventual, desde que no requiere la voluntad directa sino solamente el conocimiento más la voluntad⁵⁸.

⁵⁶ Jakobs entiende que el autor de un delito obra con dolo también cuando sabe que las consecuencias accesorias posibles de su conducta no son improbables (GORRA). El dolo eventual es lo que se ha conocido como “recklessnes”, que lleva consigo la elección consciente de correr un riesgo injustificado (FLETCHER:176).

⁵⁷ A mero título de ejemplo, podríamos invocar la tesis de Ingeborg Puppe en Alemania, o las soluciones brindadas por las posiciones sobre la imputación de los resultados en clases específicas de delitos como los imprudentes, los empresariales, los complejos de corrupción o de terrorismo, etc.

⁵⁸ En la fundamentación de su disidencia, el Dr. Pinedo dijo: “*Con todo, compartimos la preocupación acerca del modo en que se suele emplear el concepto de dolo eventual en materia de accidentes de tránsito. Pero creemos que este es un punto que se resuelve adecuadamente con la incorporación de la imprudencia temeraria en los delitos de homicidio y lesiones culposas, y el consecuente aumento en tales casos de la pena básica del tipo culposo (ver arts. 83º, inciso 2º y 95º, inciso 3º).*”

En conclusión, la mayoría de los integrantes de la comisión pretendían derogar el dolo eventual en todos los casos y reservar la culpa temeraria para los delitos de lesiones y homicidio. Mientras tanto, el disidente planteaba que no obstante ello, la problemática de los accidentes de tránsito – *que es donde se plantea en mayor medida esta problemática* – encontraba solución en esa regulación y por tanto debía mantenerse la posibilidad de que el resto de los delitos dolosos admitiesen la modalidad en discusión.

En lo que a la recepción legislativa y regulación del dolo eventual se refiere, el texto plasmado de alguna forma da las espaldas a algunas protestas que desde el ámbito académico, pero sobre todo del social, venían solicitando la regulación expresa del dolo eventual.

Sin embargo, la comisión optó por tipificar figuras específicas de culpa temeraria, en cuyos posibles supuestos pareciera que deberían encuadrar los que hoy discutidamente serían reputados como casos de dolo eventual.

6.5. La preterintencionalidad.

El Anteproyecto, al igual que el texto vigente y la mayoría de los anteproyectos y códigos del derecho comparado, no tiene una cláusula genérica que recepte la preterintencionalidad, sino que la regula con respecto a ciertos delitos en particular, ante lo cual cabe aclarar que por fuera de ello se aplicarán las reglas del concurso ideal, como podría ocurrir con la *aberratio ictus*.

En el texto vigente se prevé esta forma mixta en el homicidio (art. 81, inc. 1 “b”), en el aborto (art. 87), y en el estrago (art. 189 del Código Penal); mientras que en el Anteproyecto, y como modo de seguir la tradición⁵⁹, ocurre lo propio con respecto a las mismas figuras con similares redacciones tipificadas en los arts. 79 (homicidio preterintencional)⁶⁰, art. 86 inc. 1º (aborto preterintencional)⁶¹, y 184 inc.

⁵⁹ En la EDM se aclara que se mantiene la disposición que tipifica el homicidio preterintencional como modo de respetar la tradición legislativa, no obstante no estar generalizada en la legislación comparada y reputarse como un supuesto de concurso ideal entre lesión dolosa y homicidio culposo tipificado expresamente por la ley. Esta reflexión cabe extenderla a los otros supuestos que la legislación proyectada mantiene.

⁶⁰ En la EDM se explica que es un concurso ideal de lesión dolosa y homicidio culposo, resuelto expresamente por la ley, y que si por hipótesis no estuviera tipificado, se resolvería conforme a las reglas del concurso ideal.

⁶¹ La integrante de la comisión representante del Socialismo, Dra. Barbagelata, en disidencia propuso la derogación de las figuras de aborto – antes de las 14 semanas de gestación - pero la previsión de la “Interrupción del embarazo preterintencional” cuyo artículo quedaría redactado así: “*Quien con violencia causare la interrupción del embarazo sin haber tenido el propósito de causarlo, si el embarazo de la mujer le constare o fuere notorio, será reprimido con prisión de dos a seis años.*”. En la EDM la representante del Socialismo explica que prefiere usar la expresión interrupción del

5º, segunda parte (estrageo doloso seguido de muerte o lesiones gravísimas de carácter culposas)⁶²

6.6. Sobre la graduación de la culpa: la culpa temeraria.

Las diversas teorías han clasificado a los hechos culposos en culpa grave o leve, con o sin representación, consciente e inconsciente, etc. Y como lo adelantamos, estas clasificaciones de los hechos culposos según la gravedad del reproche no tuvieron recepción en la letra del Código de 1921, a diferencia de lo que ha regulado desde siempre la ley civil que clasificó la culpa en leve y grave.

El Proyecto de 2006, mediante una cláusula general, decía que *“La culpa será grave o leve. Se entenderá que concurre culpa grave cuando se ha infringido temerariamente el deber de cuidado, introduciendo riesgos importantes para la vida, la integridad física o la libertad, que se concretan en resultados altamente lesivos. La escala penal en estos casos se elevará en UN TERCIO (1/3) del mínimo y la MITAD (1/2) del máximo.”*

Contrariamente, el Anteproyecto 2014, aunque anuncia algo parecido en la exposición de motivos correspondiente al art. 1⁶³, no tiene una cláusula que cumpla la función de dispositivo genérico aplicable a todas las figuras culposas⁶⁴, sino que circunscribe una clasificación semejante que sólo alcanza al homicidio y las lesiones.

En rigor, prevé la graduación de la culpa para ciertas figuras en particular y con respecto a una situación específica. Veamos:

a) El art. 74, al regular un caso de autoría mediata, invoca la imprudencia o negligencia temerarias como provocadoras de una reducción más prudente de la escala penal del delito, frente a la de la negligencia o imprudencia simples.

b) Al tipificar el **homicidio culposo**, el art. 83 prevé elevar la pena hasta tocar el mínimo establecido para el homicidio simple *“...si el resultado fuere plural, o si*

embarazo por sobre la de aborto.

⁶² Esta figura, aun cuando se mantenga su estructura, es la que mayores modificaciones sufre, desde que si bien prevé la consecuencia culposa de muerte, cambia las conductas de poner en peligro de muerte a alguna persona por la de causar lesiones gravísimas bajo la misma forma de responsabilidad.

⁶³ Al momento de justificar la eliminación del dolo eventual, la comisión explica que *“...en los tipos culposos, volver a la vieja fórmula de Feuerbach —fuente de inspiración de Tejedor— y distinguir, según la gravedad de la norma de cuidado infringida, entre una culpa simple y otra temeraria, con una penalidad mayor para esta última, como se verá en la parte especial.”* (Comentario de la EDM al art. 1 del Anteproyecto).

⁶⁴ En la EDM del art. 1 inc. “a”, se expresa que “el texto no admite ningún género de crimen culpae, o sea, que los delitos por negligencia o imprudencia sólo se penan cuando están expresamente previstos, lo que evita absurdos tales como considerar robos o violaciones culposas” (Comentario de la EDM al Art. 1 del Anteproyecto).

la infracción al deber de cuidado fuere temeraria”. En la EDM se explica que se introduce la culpa temeraria que como tal es una forma agravada de la violación de un deber de cuidado.

c) Para las **lesiones culposas** (art. 95), por remisión al inciso 2º del artículo 83º (homicidio culposo con culpa temeraria).

En cambio, no contempla la diferencia entre culpa simple y temerosa en otras figuras como las del aborto culposo (art. 86 inc. 2) que la Dra. Barbagelata pretende suprimir en su totalidad tal como está regulado en el actual Código Penal.

Tampoco se lo hace con respecto al **estrago culposo** (Art. 184). En la EDM expresamente se hace alusión a ello cuando se comenta esta disposición, en cuyo marco la Comisión aclara que se optó deliberadamente por no establecer la diferencia para otorgar mayor margen a los jueces según la gravedad que se registre en los hechos concretos⁶⁵.

7. La Punibilidad.

De la misma forma que con respecto al Código actualmente vigente, para quienes sostienen que se trata de un elemento autónomo, la punibilidad encuentra manifestación en la regulación de la subsistencia de las acciones penales y en la ausencia de las excusas absolutorias de responsabilidad establecidas por razones de política criminal. Los supuestos de estas últimas perviven en los arts. 7 (desistimiento en la tentativa), 87 incs. 2 y 3 (tentativa de aborto y aborto culposo de la mujer), 103 (injurias o calumnias recíprocas), 104 (retractación en los delitos contra el honor), 162 (supuestos de no punibilidad por hurtos, daños, defraudaciones entre parientes) y 279 inc. 3º (encubrimiento), entre otros.

Cabe destacar que al fijar la excusa absolutoria hoy prevista en el art. 185, el proyectante la ha denominado expresamente como **causal de no punibilidad** (Art. 162).

Ahora bien, el Anteproyecto trae consigo una novísima regulación de ciertos criterios de oportunidad expresamente reglados que de acuerdo a la interpretación que se tenga de cada uno de ellos, podrían configurar supuestos de no punibilidad⁶⁶.

⁶⁵ La EDM, en la parte pertinente dice “...Se prefiere no distinguir entre culpa temeraria o simple, como tampoco si el hecho pone en peligro la vida o sólo los bienes, porque bien puede haber peligros de estrago que no pongan en peligro la vida, pero generen grandes riesgos de destrucción masiva (peligro de incendio de bosques, por ejemplo)” (Comentario de la EDM al Art. 184 del Anteproyecto).

⁶⁶ Ello ocurrirá en tanto se los caracterice como eximentes de pena y no como supuestos de archivo o disponibilidad de la acción penal en cabeza del Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, el Anteproyecto también regula esta temática de eminente carácter procesal en el art. 42 y

Así, como criterios para eximir de pena, en el **art. 19** se prevén de modo genérico la **insignificancia**, la existencia de una **pena natural en delitos culposos**, la realización de **hechos según la cultura originaria**, y la presencia de una **previa sanción impuesta en base a la cultura del pueblo originario** al que pertenece el autor del delito.

IV. CONCLUSIONES.

Para concluir, por un lado, expresaré a modo de síntesis, las conclusiones particulares que podríamos extraer a partir de lo analizado a lo largo de este trabajo.

Por otro, efectuaré alguna opinión general a modo de reflexión final.

1. Conclusiones particulares.

El Anteproyecto de reforma integral del Código Penal, se destaca por sus similitudes con respecto al Código de 1921:

- Mantiene la regulación escueta aunque suficiente de las disposiciones relativas a la teoría del delito frente a las más extensas y detalladas de las diversas especies de pena y sus implicancias.

- Evita las definiciones de sus elementos.

- Regula de modo complejo y conjunto las eximentes de pena bajo el rótulo omnicompreensivo de “no punibles”.

- Persiste en la utilización imprecisa y ambigua de términos elaborados por la teoría del delito.

Sin embargo, a diferencia del texto vigente, el Anteproyecto:

- Toma en cuenta los desarrollos de las diversas teorías del delito habidas hasta la actualidad.

- Invierte la estructura de la parte general del Código Penal ordenando las disposiciones relacionadas con el “hecho punible” frente a las de la teoría de la

concordantes; temperamento que el legislador de todos modos ha empezado a tomar desde la sanción de la ley 27.147 del 18 de julio de 2015 que reformó los arts. 59, 71, 73, 75 y 76 del Código Penal.

pena.

- Ingresa parámetros paratextuales al rotular cada una de las disposiciones.
- Utiliza un lenguaje menos coloquial y más técnico.

Más precisamente, se destaca por las siguientes reformas que propone:

- Diferencia la tentativa inidónea del delito imposible.
- Regula expresamente el delito continuado y los concursos aparentes.
- Elimina la obediencia debida del catálogo de las eximentes.
- Incluye la imputabilidad disminuida.
- Agrega un supuesto específico de legítima defensa “privilegiada”.
- Cristaliza en el texto legal el desarrollo de las teorías sobre el error elaboradas por la dogmática (faz negativa de la culpabilidad).

Finalmente, en cuanto al eje temático propuesto en este trabajo (diversas formas de culpabilidad), el Anteproyecto presenta las siguientes novedades:

- Expresamente limita los alcances del dolo a una de sus especies: el dolo con voluntad directa.
- Consecuentemente, excluye la posibilidad de aplicar la teoría del dolo eventual a las figuras dolosas (con disidencia del Dr. Pinedo).
- Incluye la culpa temeraria como clase agravada de ciertas figuras culposas (lesiones y homicidio).

2. Reflexión final.

Desde nuestra perspectiva académica, la todavía fresca presencia de un Anteproyecto, como cualquiera de sus antecesores que pudiesen citarse, debería motivar el debate en torno a la importancia que los procesos de reforma brindan a la dogmática y de qué modo se procede a la integración y regulación de sus elementos.

En la legislación recientemente proyectada, y a diferencia de la impronta manifestada por Rodolfo Moreno, se ha verificado una fuerte influencia de la academia, aún cuando la parte general no se estructurara en base a ella ni fueran definidos de manera expresa algunos de sus elementos.

Sin embargo, como lo adelantamos en la introducción, a esta altura existen casi nulas posibilidades de que la reforma integral proyectada cobre estado

parlamentario o vuelva a ser sometida a la discusión social y universitaria.

Al respecto, debe advertirse que los cuestionamientos principales se relacionaron con circunstancias relativas a la teoría de la pena y la filosofía reductora del poder punitivo con que se lo tachaba desde algunos sectores.

Así las cosas, el Anteproyecto se muestra como un antecedente que al menos desde los ámbitos académicos nos tiene que llevar a reflexionar sobre los diversos procesos de reforma y las adaptaciones que el código vigente necesita a nivel de la teoría del delito (ya sea en cuanto a su estructura, su organización, la delimitación de sus elementos o bien la inclusión de institutos que con gran ventaja traía aquel).

De todos modos, los debates políticos y sociales que surgieron apenas conocido el Proyecto, lo sometieron a una agonía que hoy lo ha abandonado en el olvido; quizá, por haberse pretendido imponer una idea para la cual - *tal como ocurre con el vino nuevo en odres viejos* - la sociedad no estaba preparada.

V. BIBLIOGRAFÍA.

1. Bibliografía general.

ATIENZA, Manuel, Capítulo VI “Nacionales y extranjeros. Las (sin) razones de una discriminación” (los niveles de racionalidad), En *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona, España, Ariel S.A., 1993.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal: Parte General*, segunda edición, Buenos Aires, Hammurabi S.r.l., 1987.

-----, Parágrafo 8 “Elección de la teoría del delito a utilizar” y “La teoría y la práctica en la actividad de los juristas”, en: *Técnica de resolución de casos penales*, 2º edición ampliada, notas complementarias de referencia al Código penal Argentino de Silvina Bacigalupo, Madrid, Hammurabi, 1998.

BELING, Ernest von, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito tipo*, Buenos Aires, Depalma, 1944.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, 3º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1992.

-----, Ideas penales contemporáneas, Buenos Aires, Astrea, 1985.

D’ALESSIO, Andrés José (Director) y Mauro A. DIVITO (Coords.), *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*, tomo I, parte general (arts. 1 a 78), 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009.

DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal Argentino Comentado: Parte General*, Buenos Aires, De Palma, 1997.

DONNA, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, tomo II, Buenos Aires, Astrea, 1995.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal: Introducción y Parte General*, Actualizado por Guillermo A. Ledesma, 17º edición reimpresión, Buenos Aires, LexisNexis, 2002.

FRIAS CABALLERO, CODINO, CODINO, *Teoría del Delito*. Argentina, Hammurabi, De Palma editor, 1993.

LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho Penal* (Traducido de la 18ª edición alemana y acondicionado con la Historia del Derecho Penal en España, por Quintiliano Saldaña), tomo I, Madrid, Cañizares, Hijos de Reus editores, 1914.

MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus Antecedentes*, Buenos Aires, H.A. Tommasi editor, 1923.

NUÑEZ, Ricardo C, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 5º edición actualizada por el Dr. Roberto E. Spinka, Buenos Aires, Lernet Editora S.r.l., 2009.

RIGHI, Esteban, *Derecho Penal: Parte General*, reimpresión, Buenos Aires,

LexisNexis, 2008.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, tomo I: *Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Civitas, 1997.

-----, *La teoría del delito en la discusión actual* (Trad. De Manuel Abanto Vásquez), Lima, Perú, Grijley editora jurídica, 2007.

-----, *Política criminal y sistema de derecho penal* (Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde), 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

SERRANO MAILLO, Alfonso, *Ensayo del derecho penal como ciencia. Acerca de su construcción*, Dykinson, 1999.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo I, actualizado por Guillermo Fierro, 10ª reimpresión total, Buenos Aires, TEA Tipográfica Editora Argentina, 1992.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Parte General*, Parte primera: "La Estructura del delito y la naturaleza del autor", Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado De Derecho Penal. Parte General*, Tomo IV, Buenos Aires, Ediar, 1999.

-----; Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Manual de Derecho Penal; Parte General*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 2005.

2. Bibliografía específica.

ÁLVAREZ, Ricardo Carlos María y otros... (et. al.), *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, VI Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal en Homenaje al Prof. Enrique U. García Vitor, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2007, ISBN 978-950-574-230-1.

Anteproyecto de Código Penal del Dr. Sebastián Soler Decreto 729. edición oficial. Subsecretaría de Justicia, Ministerio de Educación y Justicia, Buenos Aires, 1960.

BACIGALUPO, Enrique, *Autoría y participación en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014*, Publicado en: LA LEY 02/05/2016, 02/05/2016, 1, Cita Online: AR/DOC/1273/2016.

BESSIA, Carolina y Matías EIDEM, "Bien jurídico, dominio del hecho y sus soluciones", en: Intercátedras, I, II y III Encuentro 2011-2012 (Directores Javier DE LUCA y Daniel ERBETTA), Buenos Aires, Nº 1, Año 2013, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, 2013, ISSN 2314-3185, págs. 147 a 167.

BIRRIEL, Viviana y otros (et. al.), *Crisis y futuro de la legislación penal*, VII Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2007/2008, ISBN 978-950-574-240-0.

DOMENECH, Ernesto E, *Dogmática Penal: funciones y prácticas*, La Plata, Material de la Especialización en Derecho Penal, Fac. de Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 1998.

DURRIEU FIGUEROA, Roberto, *Eliminación del dolo eventual en el Anteproyecto de Código Penal*, en Tomo La Ley 2014-B, Año LXXVIII N° 59 (Dirección de Jorge Horacio Alterini), Buenos Aires, marzo 2014, ISSN 0024-1636.

FLETCHER, George, *Conceptos básicos de derecho penal* (Trad. Francisco Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

HENDLER, Edmundo Samuel, *El lenguaje de los penalistas*, Buenos Aires, Nueva Doctrina Penal”, 2005/B, Editores del Puerto, septiembre 2005.

JAKOBS, Gunther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, 1º reimpresión, Buenos Aires, AD HOC Srl, 1997.

LEZCANO, Juan Manuel, “Vinculaciones entre la diversidad cultural y la teoría del delito: error de comprensión moralmente condicionado”, en: revista de Derecho Penal y Criminología (Director Eugenio Raúl Zaffaroni), Buenos Aires, La Ley, Año II, N° 6, julio 2012, págs. 12 a 20.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Cap. 15 “Parte objetiva del tipo en delitos de resultado: causalidad e imputación objetiva”, y Cap. 16 “Parte subjetiva del tipo. Elementos subjetivo del tipo. El dolo”, en *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Universitas, 1996.

MERCURIO, Ezequiel y Viviana A. SCWEIZER, “Vientos de cambio: comentarios en torno a Proyecto de modificación del Art. 34, cinc. 1º del Código Penal Argentino”, en: *Derecho Penal. Delito, culpabilidad y locura* (Directores: Alejandro ALAGIA, Javier DE LUCA y Alejandro SLOKAR), Buenos Aires, Año II, N° 5, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, 2014, ISSN 2250-7558, págs. 259 a 283.

NINO, Carlos S, *Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica*, Valencia, 1979, que también tienen otra versión resumida en: NINO, Carlos S. *Los límites de la responsabilidad penal*, Ed. Astrea, Bs. As., 1980.

-----, *La Legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Astrea. Buenos Aires. 1982.

-----, *La pequeña historia del dolo y el tipo*, en: Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1973, tomo 148, Sección Doctrina, págs. 1063 a 1067.

OUVIÑA, Guillermo. *La presunción del dolo en los votos del magistrado Bustos*. Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la INLP. Conferencia pronunciada en el Colegio de abogados de La Plata en el homenaje realizado en memoria del doctor CÉSAR BUSTOS al cumplirse un año de su desaparición.

OZAFRAIN, Omar, “Reflexiones sobre algunos aspectos de la prueba en el proceso penal de la provincia de Buenos Aires” (“La presunción del dolo”), en *Homenaje al Dr. César*

A. *Bustos*, *JUS Revista Jurídica de la provincia de Buenos Aires* (Director Augusto M. Morello), La Plata, Editora Platense Argentina, 1969, pág. 135.

REYES ALVARADO, Yesid, “La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito”, en: *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Legis, 2005, págs. 517 a 540.

RÍOS, Carlos Ignacio, *¿Dolo eventual o imprudencia?*, Fallo comentado: Tribunal Criminal Nro. 4 de La Plata, del 25 de abril de 2016 “González, Horacio Fernando s/ homicidio simple cometido con dolo eventual”, Publicado en: LA LEY 13/05/2016, 13/05/2016, 5, Cita Online: AR/DOC/1425/2016.

-----, “Los delitos contra la vida en el Anteproyecto de Código Penal”, en *Revista ADLA - Anales de la Legislación Argentina* (Director Luis F. P. Leiva Fernández), Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, Año LXXIV, N° 25, septiembre 2014, págs. 365 a 371.

RUSCONI, Maximiliano y Mario VILLAR, *La reforma del Código Penal ¿Qué derecho penal nos espera? Análisis de la Parte general del Anteproyecto de Código penal de la Nación Argentina*, 1º edición, Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2014.

-----, *Imputación, tipo y tipicidad conglobante*. 1º edición, Buenos Aires, AD HOC, 2005.

SANCINETTI, Marcelo A (Compilador), *Causalidad, riesgo e imputación: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, 1º edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

-----, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, 1º edición, Buenos Aires, AD HOC, 1997.

SPROVIERO, Juan Horacio, *Dolo. La voluntad como presupuesto de la sanción*, Buenos Aires, Ghersicarozzo editores, 1986.

SUEIRO, Carlos Christian, “Las principales ventajas jurídicas del anteproyecto de Código Penal de la Nación”, en: *Derecho Penal. Anteproyecto de Código Penal de la Nación* (Directores: Alejandro ALAGIA, Javier DE LUCA y Alejandro SLOKAR), Buenos Aires, Año III, N° 8, Infojus, SAIJ, 2014, ISSN 2250-7558, págs. 109 a 127.

TAVOSNANSKA, Norberto, “Anteproyecto del Código Penal: Algunas consideraciones”, en: *Derecho Penal. Anteproyecto de Código Penal de la Nación (parte II)* (Directores: Alejandro ALAGIA, Javier DE LUCA y Alejandro SLOKAR), Buenos Aires, Año III, N° 9, Infojus, SAIJ, 2015, ISSN 2250-7558, págs. 153 a 169.

TENCA, Adrián M, *Dolo eventual y derecho penal de autor*, Fallo comentado: Tribunal Criminal Nro. 4 de La Plata, del 25 de abril de 2016 “González, Horacio Fernando s/ homicidio simple cometido con dolo eventual”, Publicado en: LA LEY 13/05/2016, 13/05/2016, 5, Cita Online: AR/DOC/1399/2016.

3. Material de Internet.

CORTÉS DE ARABIA, Ana María, La importancia del lenguaje en la teoría del delito, Anuario (no. 6 2001-2002), Córdoba, CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC, 2003,

<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Argentina/cijs-unc/20110806061200/sec6001e.pdf>

Disponible en: <https://www.yumpu.com/es/document/view/14530586/la-importancia-del-lenguaje-en-la-teoria-del-delito-titulo-clacso> [consulta: 01/07/2016]

DOMENECH, Ernesto E, “[Art. 269 a 272 Prevaricato](#)” y “[Art. 273 a 274 Denegación y retardo de justicia](#)”, En *Código Penal Parte Especial Virtual Comentado de la Revista virtual Pensamiento Penal*, Dirección de Gabriel Vitale, Coordinación técnica: Patricia Garberi y Fernando Avila, Asociación Pensamiento Penal, ISSN N° 1853-4554, 2013, disponible en:

www.pensamientopenal.com.ar / www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado / cpcomentado@pensamientopenal.com.ar

[consulta: 01/07/2016]

ELMELAJ BERTONA, María Cecilia, La frontera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, Tesis Máster de Especialización en Derecho Penal Universidad de Sevilla, agosto de 2012, Mendoza, Argentina, Disponible en:

<http://master.us.es/cuadernosmaster/4.pdf> [consulta: 01/07/2016]

GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M, La estructura del dolus eventualis la distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo, en: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia N° 5, Sistema Argentino de Información jurídica, Id SAIJ: DACF040063, 2004. Disponible en:

<http://revista.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38753-estructura-del-dolus-eventualis-distincion-entre-dolo-eventual-y-culpa-consciente> [consulta: 01/07/2016]

GORRA, Daniel Gustavo, *Teoría del dolo eventual, análisis doctrinario y recepción en la jurisprudencia cuyana*, Doctrina del día, La Ley Gran Cuyo 2012 (septiembre), Thomson Reuters, 5 diciembre, 2012, Artículos de Opinión, disponible en:

<http://thomsonreuterslatam.com/2012/12/05/doctrina-del-dia-teoria-del-dolo-eventual-analisis-doctrinario-y-recepcion-en-la-jurisprudencia-cuyana/> [consulta: 01/07/2016]

HERZBERG, Rolf Dietrich, *Reflexiones sobre la teoría final de la acción*, Ruhr-Universität Bochum, Traducción de Sergi Cardenal Montraveta Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194 RECPC 10-01, 2008, RECPC 10-01 (2008) <http://criminet.ugr.es/recpc> ISSN 1695-0194.

MAGARIÑOS, Mario, *El límite entre el dolo y la imprudencia (Síntesis)*, Disponible en: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/l%C3%ADmite.pdf

[consulta: 01/07/2016]

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/dolo-como-reproche.pdf> [consulta: 01/07/2016]

RIQUERT, Marcelo Alfredo, *Enseñanza del Derecho Penal: algunas reflexiones desde la experiencia regional*, Universidad Nacional de Mar del Plata, Disponible en: <http://www.aapdp.com.ar/wp-content/uploads/2016/03/04riquert.pdf> [consulta: 01/07/2016]

RITTER, Claudio Javier, *Un panorama sobre las distintas estrategias de atribución de responsabilidad en los delitos empresariales*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 30 de octubre de 2014, Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/?p=353> [consulta: 01/07/2016]

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. *El conocimiento científico del derecho penal*. Disponible en: <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/38.pdf> [consulta: 01/07/2016]

SIMONE, Ariel H, *Un poco locos. La imputabilidad disminuida en el Anteproyecto de reforma del Código Penal*, Ponencia, Diciembre de 2015, Libro XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal pág. 313, Infojus, Id SAIJ: DACF160087, Disponible en: <http://www.saij.gob.ar> [consulta: 01/07/2016]

VI. ANEXO: Cuadro comparativo.

Criterio	Código Penal de 1921	Anteproyecto de 2014
Consideraciones generales		
Influencia de la Teoría	Casi nula. Antecedentes autores clásicos / Contexto del positivismo.	Fuerte influencia de las teorías, especialmente las finalistas.
Estructura	Desordenada / primero se regulan las diversas especies de pena y luego las eximentes.	Relativamente más ordenada / regula en primer término todo lo relativo al hecho punible
Volumen de disposiciones relacionadas	Escaso: prima la regulación de la teoría de la pena por sobre la del delito.	Escaso aunque levemente mayor: también prima la regulación de la teoría de la pena por sobre la del delito.
Lenguaje	Preferentemente coloquial: se usaron términos clásicos conocidos hasta el momento.	Preferentemente técnico: se introducen tecnicismos propios de la academia.
Eximentes	Desordenadas en el art. 34	Relativamente ordenadas sistemáticamente en el Art. 5.
Elementos de la estructura del delito		
Acción	Se prefiere el uso de los vocablos "hecho" y "acción". Las conductas omisivas se detectan en base a las figuras que las tipifican. No hay regla que prohíba la configuración de delitos de comisión por omisión.	Se refiere el uso de la palabra "conducta". Se reconoce expresamente y en forma genérica la diferencia entre acciones y omisiones. Se intenta desechar la omisión impropia.
Tipicidad	No se explica más que por la regulación de las diversas figuras delictivas.	Regula el principio de legalidad (Art. 18 C.N.) Incluye algunas ideas creadas a partir de la tipicidad conglobante.
Tentativa	Define a la tentativa según la concurrencia de sus requisitos. Prevé el desistimiento de manera confusa. Contempla la tentativa inidónea y le asigna penas según la peligrosidad.	Mantiene la caracterización de la tentativa. Incluye el desistimiento del partícipe que impide la consumación del delito. Elimina la referencia a la peligrosidad y especifica los alcances de la tentativa de delito imposible: medios.
Participación	Establece las diversas categorías: autor, partícipe primario, partícipe secundario, instigador, etc.	Mantiene las mismas categorías. Incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
Concursos	Regula las consecuencias jurídicas de los concursos ideal y real.	Incluye la regulación expresa del delito continuado. Incluye la regulación específica de los concursos aparentes.
Antijuricidad	Enumera las causas de justificación en el art. 34 y sus posibles excesos en el art. 35. Establece la legítima defensa común, la de terceros y dos privilegiadas.	Enumera las causales sistemáticamente y de manera un poco más ordenada en el art. 5. Elimina la obediencia debida como eximente. Agrega un tipo especial de legítima defensa basado en el marco de violencia doméstica.
Imputabilidad	Prevé como causales la insuficiencia en las facultades, las alteraciones morbosas de las mismas y estado de inconciencia. No prevé la imputabilidad disminuida.	Elimina algunas causales y simplifica los supuestos. Incluye la imputabilidad disminuida.
Culpabilidad	Engloba los supuestos de error o ignorancia. Reconoce en forma indirecta la existencia de delitos dolosos y culposos. Prevé delitos dolosos, culposos y algunos pretenintencionales. No niega expresamente la posibilidad de dolo indirecto ni eventual. No clasifica la culpa en grados.	Minimiza la ignorancia y clasifica los supuestos de error. Reconoce expresamente la existencia de delitos dolosos y culposos. Prevé delitos dolosos, culposos y algunos pretenintencionales. Establece que únicamente debe reputarse el dolo directo. Clasifica la culpa en simple y temeraria.
Punibilidad	Prevé excusas absolutorias y regula en materia procesal sobre acciones penales.	Prevé excusas absolutorias. Desarrolla los principios de oportunidad.

