



## EL ERROR EN EL DERECHO PENAL Y CIVIL ARGENTINO

### I

La legislación penal derogada, que con el proyecto Tejedor rigió al país desde 1887, no disciplinó la materia del error de un modo especial: el art. 5, que preveía el caso del error sobre "el carácter particular de la acción", quedó derogado por la ley de reformas de 1903.

Empero, estableciendo aquel legislador, en su art. 6, que en la ejecución de los hechos clasificados de delitos se presumía la voluntad criminal, a no ser que de las circunstancias particulares de la causa resultara una presunción contraria, el error quedaba involucrado entre esas circunstancias contrarias a la voluntad criminal, conforme lo explica el mismo Tejedor en su exposición de motivos.

Así concebido el error, legislábase como un eximente de la responsabilidad penal, desde que el fundamento de ésta radicaba en la voluntariedad del hecho; consecuentemente, el título tercero, relativo a "las causas que eximen de pena", preceptuaba en su art. 81: "están exentos de pena... siempre que el acto haya sido resuelto y consumado *en una perturbación cualquiera de la inteligencia*, no imputable al agente, y durante la cual éste no ha tenido conciencia de su criminalidad."

Dentro de este sistema de la responsabilidad penal basada en la voluntariedad del hecho, el error funciona como un eximente de pena, en cuanto constituye y caracteriza un estado de perturbación de la inteligencia.

Relativamente al derecho civil argentino, el error es también un problema de la voluntad jurídica, y dentro de ésta un vicio de la intención; pero, como es lógico, funciona no sólo como eximente

de la responsabilidad legal en los actos ilícitos,, sinó, además, como causa de nulidad en los actos lícitos.

## II

En el sistema penal, como en el civil, el problema del error parte del hecho jurídico voluntario, entendiéndose por tal al ejecutado con discernimiento, intención y libertad; el hecho involuntario es, en ambos sistemas jurídicos, un mero acontecimiento.

En el hecho voluntario civil distínguense los actos lícitos de los ilícitos, y entre estos últimos el delito y el cuasi delito; en materia penal el hecho voluntario calificase de delito doloso o culposo, según que exista dolo o culpa en el resultado. Pero lo esencial, en cualquiera de esas especies de hechos, es que la voluntad así caracterizada — discernimiento, intención y libertad — es la que produce o crea las obligaciones mergentes.

Esta concepción jurídica de una voluntad creadora, se completa con la idea de vicios de esterilidad que afectan a cualquiera de sus tres elementos; tratándose de la intención, ese vicio es de carácter ideológico, y denominase error o ignorancia, según se trate de una falsa noción de las cosas, o de una falta de noción. Empero, ambos estados tradúcense, en definitiva, en “una disconformidad entre las ideas de nuestra mente y el orden de las cosas”, como enseña Giorgi.

La ignorancia y el error, como estados ideológicos, caracterízanse en los términos y conceptos expresados, pero en cuanto a su causa psíquica, enseña Carrara: “L'errore puo nascere da una allucinazione dell'intelletto, di cui l'uomo con lo adoprare cautamente i sensi e la ragione, si poteva liberare; o puo avere causa da un abbaglio che tutta la piú accurata diligenza non potea dileguare.” Programma, pág. 238 — Tomo I. Al primero llama Carrara error vencible, y al segundo invencible, y si bien la distinción es eminentemente metafísica, y jurídicamente inaceptable, ese concepto, en cuanto a la causa psíquica del error, se involucra en el pensamiento del art. 81, ya citado, al comprender entre las causas que eximen de pena, y declarar exento de ella, a los que han resuelto y consumado el acto en “una perturbación cualquiera de la inteligencia”,

durante la cual el agente no ha tenido conciencia de su criminalidad.

### III

El sistema civil y penal construído sobre este concepto de una voluntad jurídicamente creadora, y de vicios de esterilidad que, como el error, la tornan infecunda, es una concepción subjetiva e individualista, cuyas últimas exigencias lógicas pónense de manifiesto en el caso del error de derecho, en el cual, para mantener la premisa de una voluntad creadora, se recurre a un conocimiento presunto.

Distínguese en la doctrina y en la legislación el error de hecho y el de derecho, según verse sobre el acto o alguna otra circunstancia del “verdadero estado de las cosas”, o sobre la ley que rige; pero si cuando se trata del primero admítese que no existe la voluntad por falta de intención, y en tal concepto no se genera el derecho o la obligación, por el contrario, cuando se está en presencia del segundo la voluntad del acto se mantiene mediante una ficción de conocimiento. Por qué apelar a esta metafísica jurídica, cuando es más sincero y científico explicar la inexcusabilidad del error de derecho, en los casos en que la excepción es menester, por la existencia de un derecho objetivo y social?

### IV

En el campo civil, los hechos jurídicos voluntarios divídense en lícitos e ilícitos, y los primeros en actos y actos jurídicos, según tengan por fin inmediato crear, modificar o extinguir derechos.

En los actos civiles — lícitos e ilícitos — el error de derecho es, en principio, inexcusable — no obstante no existir la voluntad creadora, por el vicio de la intención — porque exigencias de orden político-social así lo imponen; y las pocas excepciones que expresamente se autorizan, se inspiran en estas mismas exigencias político-social. Existe consagrado, en este aspecto del problema del error, un derecho objetivo y social.

Sin embargo, en el afán de mantener la lógica de un derecho subjetivo e individualista, se ha recurrido, por unos, a la presun-

ción del conocimiento de la ley que rige el caso, en razón de su obligatoriedad, creando una ficción contraria a la realidad de la vida; y, por otros, a la distinción de la ley y la norma, para referir y limitar a esta última aquella presunción del conocimiento. La norma es anterior a la ley escrita, y tiene su origen y formación en un hondo proceso social, del que es su expresión concreta; por tanto, su existencia es de todos conocida. En cambio, la ley escrita es obra del legislador, y, no obstante su proceso de deliberación, sanción y promulgación, puede ser ignorada. Como fácilmente se observa, hay en el fondo de todos estos razonamientos y presunciones una cuestión del conocimiento, y en consecuencia una tesis eminentemente subjetiva e individualista.

Paralelamente al problema de la inexcusabilidad y excusabilidad del error de derecho en los actos civiles — lícitos o ilícitos — explicado por un pensamiento jurídico objetivo y social, en los dominios del error de hecho se va abriendo paso el mismo concepto. En los actos ilícitos civiles, las teorías de la culpa objetiva y del riesgo profesional excluyen la excusabilidad del error de hecho no imputable; en el derecho mercantil la teoría del riesgo industrial elimina la cuestión de la culpa subjetiva y también la excusa del error de hecho.

Debemos reconocer que en la esfera de los actos civiles lícitos, el error de hecho continúa siendo regla de excusabilidad, en cuanto vicia la intención, y consecuentemente la voluntad creadora; pero débese también reconocer que dentro de este sistema jurídico subjetivo e individualista, existen gérmenes de un derecho objetivo y social; tal es el sentido del aforismo clásico “error communis ius”.

En síntesis, el problema del error destaca, dentro del sistema civil imperante, un derecho objetivo-social, cuyos dominios se van ampliando cada vez más.

## V

En el sistema penal consagrado por el código de 1887 estableciendo la presunción de la voluntad criminal, y la exención de pena cuando mediase una perturbación cualquiera de la inteligencia, que impida al agente tener conciencia de la criminalidad del acto, el problema del error aparece teniendo la misma sistemática y técnica que

en materia civil, e idéntica tesis filosófica. Y es obvio: el principio de la obligatoriedad de las leyes, y de que la ignorancia de las mismas no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada, es principio general de derecho común, cuyo imperio comprende a todas las ramas del ordenamiento jurídico.

En el concepto que antecede, también para el legislador de 1887 el error de derecho era inexcusable, pero sin admitir excepción alguna, por cuya circunstancia el criterio penal resultaba mucho más riguroso que el civil, dentro del cual algunas excepciones se autorizan: en los actos lícitos, los casos de pago indebido, transacciones, liberación indebida de deuda, etc. etc., y en los ilícitos, el caso de la posesión de la herencia por el que se cree legítimo propietario de la sucesión.

Este mayor rigor del criterio penal frente al civil, en el error de derecho, se explica no sólo por la función político-social que predominantemente realizan las leyes penales, como lo demuestra el carácter supletorio de su sanción, sino también por el sistema de una responsabilidad criminal basada en la voluntariedad del acto ilícito. Ese mayor rigorismo es la consecuencia lógica de un derecho penal subjetivo e individualista llevado a sus últimos extremos.

Empero, no es solo en el error de derecho donde el sistema penal de 1887 señala una diferencia con el civil, al no consagrar excepción alguna al criterio de su excusabilidad; en el error de hecho puede igualmente señalarse otra no menos fundamental.

En efecto, en el civil, el error de hecho excusa la responsabilidad legal del agente tratándose de los actos ilícitos, solo cuando versa “sobre el hecho principal que lo constituye”; en los actos lícitos puede excusar refiriéndose también a una circunstancia esencial del “verdadero estado de las cosas”, por ejemplo: a la persona, con la cual se forma la relación de derecho, a la causa principal del acto, o a la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, a la cosa u objeto considerada en su individualidad, en su especie, cantidad, extensión, forma, etc. etc.

Tratándose del acto ilícito civil, sólo es tal si existe daño causado, y la responsabilidad del agente, derivada de su dolo o culpa, se agota en la obligación de repararlo. En tal concepto, el criterio para la determinación de la medida y forma de la sanción civil de los ac-

tos ilícitos es eminentemente objetivo — la cantidad y calidad del daño causado — siendo ésta, en definitiva, su función jurídica. Con esta base, es lógico que el único error de hecho, jurídicamente valuable, sea el que recae sobre “el hecho principal que constituye el acto ilícito”, porque es el único que excluye la voluntad del daño causado.

Relativamente al hecho ilícito penal, la responsabilidad del agente emerge de su dolo o culpa, en primer término, de manera que en el supuesto de que no haya daño causado — como en el caso del delito imposible — puede ser objeto de sanción — medida de seguridad —; en consecuencia, el criterio para la valuación jurídica de la responsabilidad es predominantemente subjetivo, correspondiéndole, además, la función jurídica de determinar la forma y medida de la sanción. Derívase de lo expuesto, que no solo el error sobre “el hecho principal que constituye el acto ilícito” es excusable en derecho penal, sino, también, los llamados “*aberratio delicti*” y “*aberratio ictus*”; pero con esta distinción: sólo el primero funciona como eximente de pena — en cuanto excluye toda culpabilidad, dolo o culpa —, en tanto que los últimos sirven para graduarla, fijando la circunstancia que la agrava o atenúa.

Sintetizando, corresponde decir que en materia penal no es el error sobre “el hecho principal que constituye el acto ilícito” el único excusable — como en los actos ilícitos del sistema civil — pero sí, el sólo error que exime de pena.

Caracterizado el error que excluye toda imputabilidad penal, como aquél que versa sobre “el hecho principal que constituye el acto ilícito”, los otros casos de error de hecho — “*aberratio delicti*” y “*aberratio ictus*” — pueden comprenderse dentro de la expresión y el concepto jurídico del “verdadero estado de las cosas”, usado por el sistema civil en los actos lícitos; ésto es, el error sobre la causa eficiente, las condiciones del acto y efectos del mismo. Véase la Voluntad Jurídica del profesor Henoch D’Aguiar. Pág. 163.

## VI

Para que el error sea excusable, no basta que recaiga sobre “el hecho principal que constituye el acto ilícito”, o sobre una circunstancia esencial del “verdadero estado de las cosas”, respectivamen-

te; es menester, además, que no sea imputable al agente; ésto es, que no sea el fruto de su negligencia: que “haya habido razón para errar”. Sólo así el error excluye la responsabilidad del agente en su doble forma de dolo y de culpa, haciendo de su acto un mero acontecimiento fortuito; ésto es, un caso.

Por el contrario, si el error proviene de una negligencia, le es imputable, y con él el acto, también, a título de culpa; la culpa en el error hace culposo el acto, por lo que la teoría del error se vincula a la de la culpa. En este concepto, la culpa en el error se juzga con los mismos criterios — objetivos y subjetivos — que rigen la culpa en general.

Pero la responsabilidad a título de culpa, cuando no había razón para errar, es lógica en los actos ilícitos civil o penal; tratándose de los actos civiles lícitos, cuando “la ignorancia del verdadero estado de las cosas” proviene de “una negligencia culpable”, la validez del acto y las obligaciones y derechos emergentes no pueden decirse la obra de la voluntad individual jurídicamente creadora, sino la expresión de un derecho objetivo y social.

## VII

El nuevo derecho penal argentino, definido por el código de 1922, no ha traído innovación alguna sobre la materia del error, salvo la de simple forma. Eliminada del texto de la ley la presunción de la voluntad criminal en la ejecución de los actos calificados de delitos — que según se ha constatado preceptuaba el art. 6 del proyecto Tejedor — la comisión del Senado, a indicación del profesor González Roura, propuso prever entre los casos de exención de pena del art. 34, el del error de hecho.

No pueden estar más claramente definidos los límites y requisitos del error, como causa de inimputabilidad: solo el error de hecho es excusable, y a condición de que impida al agente, en el momento del hecho, comprender la criminalidad del acto, y, además, que no le sea imputable; ésto es, que verse sobre el “hecho principal que constituye el acto ilícito” — pues solo así impedirá comprender la criminalidad del acto — y que “haya habido razón para errar”.

Al limitar la inimputabilidad, en los casos de error, únicamente

al de hecho, y solo en cuanto éste impida *comprender la criminalidad del acto*, defínese por el legislador una responsabilidad penal basada en la voluntad: el error de derecho no excusa, porque supone la conciencia de la criminalidad del acto, y por tanto su voluntariedad. Y esta presunción *jure et jure*, corresponde a la lógica de un derecho penal subjetivo e individualista, no exento de cierta metafísica.

### VIII

Para el principio de defensa social, la excusabilidad es un atributo del error, ya se trate de un error de hecho o de derecho, porque no hay antinomia. Si el error reúne las condiciones de excusabilidad, en sentido de excluir el dolo y la culpa en la ejecución del acto, el principio de defensa social impone la justificación del hecho, por haberse realizado “*non contra jus*”.

Y si el principio de defensa social se integra con el de la peligrosidad criminal, como criterio jurídico para determinar la forma y medida de la sanción, se comprende que el error pueda y deba ser causa de justificación, ya sea de hecho o de derecho: en ambos casos, cuando el error no proviene de una negligencia y sí de circunstancias de fuerza mayor, exclúyese no solo la culpabilidad en su doble forma de dolo y de culpa, sino también, la peligrosidad del agente.

Lógico a las exigencias de un derecho objetivo y social, el proyecto Ferri ha disciplinado el error distinguiendo: el error por engaño o dolo de terceros y el auto error; y en este último: el error relativo a la ley penal y el error de derecho — extra-penal —; y finalmente el error de hecho.

En cuanto a los requisitos de excusabilidad, exígese: en el caso del error por dolo de tercero, que el engaño que determinó “la buena fé” del agente sea “invencible”; en el caso de “ignorancia que el hecho era prohibido por la ley penal”, que ella derive de “fuerza mayor” por ejemplo: grave enfermedad, prolongada ausencia, vida de aislamiento en territorios deshabitados, analfabetismo no por propia culpa; en los de error de derecho extra-penal y error de hecho, que sea “sustancial” y que no provenga de “negligencia”.

Las condiciones de “invencibilidad del engaño”, y falta de “ne-

glicencia”, para los casos de error por dolo de tercero y auto error, de derecho extra-penal y de hecho, equivalen en el concepto jurídico a la “razón para errar” requerida por el derecho civil argentino; y el requisito de “sustancial” que debe revestir en esos mismos casos el error, corresponde al “del hecho principal que constituye el acto ilícito”, del derecho argentino.

Para el caso de “la ignorancia *de que el hecho sea prohibido por la ley penal*”, ésto es, para el caso del error de derecho propiamente dicho, el proyecto Ferri exige — para que sea excusable — que derive de “fuerza mayor”. Esta fórmula no puede ser más feliz y adecuada para deslindar los límites de su excusabilidad, en materia penal, así como lo es la fórmula “razón para errar” adoptada por el derecho argentino en el error de hecho, en materia civil.

La diferencia de contenido jurídico de ambas formulas, es bien perceptible, y revela los distintos dominios en que rigen: la fórmula civil “razón para errar”, — aplicable también al error de hecho en materia penal — comprende aquellas circunstancias que son el resultado del curso ordinario de la vida regular y común; la fórmula ferriana “fuerza mayor” — aplicable tan solo al error de derecho en materia penal — comprende, únicamente, aquellas circunstancias de orden excepcional o extraordinario, que no pueden superarse: grave enfermedad, prolongada ausencia, vida de aislamiento en territorios deshabitados, analfabetismo no por propia culpa, etc. etc.

Las circunstancias pertenecientes a la primera categoría que constituyen la “razón para errar”, pueden y deben ser valuadas en sí mismas y también con relación a la persona que sufre su influencia; ésto es, con criterio objetivo, extrínseco, y también con criterio subjetivo, intrínseco. De aquí que su valuación sea relativa, variable, contingente: trátase de explicar y justificar esa “perturbación de la inteligencia” que psicológicamente caracteriza el error, según hemos visto.

Por el contrario, las circunstancias de carácter extraordinario o excepcional, que integran la fórmula ferriana “fuerza mayor”, tienen una valuación eminentemente objetiva, extrínseca, porque rigen *erga omnes*. No tratan de establecer el grado de intención del sujeto o la mayor o menor perturbación de su inteligencia, sino de justificar la necesidad de la defensa social frente a su peligrosidad. Tan-

to es así, que en los casos de “delitos naturales, en que por sentido moral congénito y por educación familiar, escolástica o social, cada ciudadano sabe y siente que son acciones ilícitas”, no rige el principio de la excusabilidad de las circunstancias de fuerza mayor, que mantuvieron al sujeto en “la ignorancia de que el hecho fuera prohibido por la ley penal”. La excepción justifica la regla.

## IX

Por distinto camino teóricos como Binding, han llegado también a la excusabilidad del error de derecho, considerando que todo error es de hecho, sin más distinción que la relativa a la de hechos circunscriptos por el legislador y exaltados a la categoría de jurídicos.

Separando la ley de la norma, y limitada aquella a la simple *sanción penal*, Bindig hace del precepto prohibitivo un hecho jurídico, cuya ignorancia constituye un error de hecho; así se llega a la unificación del error de hecho y de derecho.

Empero, la unificación de Binding es puramente formal; en el fondo la distinción subsiste siempre, y con ella el problema de la diferente excusabilidad. Tanto es así, que el error sobre aquellas normas que presuponen la conciencia de lo ilícito en el agente, no obstante ser un error de hecho, es inexcusable. Adviértase, además, que la norma — el precepto prohibitivo — está implícitamente comprendido en la ley penal, por manera que el error sobre la norma es un error sobre la ley penal; ésto es, un error de derecho.

## X

En las fórmulas “razón para errar” y “fuerza mayor” precedentemente explicadas, se satisfacen todos los casos de error de hecho y de derecho, respectivamente, sin perjuicio del principio de la obligatoriedad de las leyes penales y sus exigencias político-social; ésto es, de la defensa social. Porqué la reforma penal argentina de 1922 no receptó este progreso del pensamiento jurídico — en lo que respecta al error de derecho con la fórmula “fuerza mayor” — manteniendo sus antiguos moldes, a pesar de haber receptado la fórmula de la “peligrosidad” y con ella el principio de la “defensa so-

cial'' como fundamento y fin de la pena? Estas contradicciones íntimas de la reforma, son las consecuencias de su eclecticismo técnico e ideológico, del cual la materia del error es una prueba reveladora.

PABLO MARICONDE

---