

¿EXISTE UNA CULPABILIDAD CIVIL Y UNA CULPABILIDAD PENAL?

Por Justo Laje Anaya.

Mientras el dogmático del C. penal debe conformarse en el sentido de que el delito es un **hecho típico**,¹ **antijurídico y culpable**, cuyo concepto debe extraerlo, y bastante afanosamente del art. 34 del C. penal, ya que el actual Código no proporciona ninguna definición de delito, el dogmático de la ley civil puede partir, sin mayores inconvenientes, de la base de un concepto de delito que a la vez es material y jurídico. Delito es, según el art. 1072, el hecho "cometido a **sabiendas** y con la **intención** de dañar la persona o los derechos de otro".

Esta disposición será el punto de partida, y es la que nos permitirá intentar al menos, la demostración de la unidad de culpabilidad entre ambos Códigos.

Por de pronto, también existe identidad en el sistema, en otro elemento que integra la noción de delito tanto en la ley civil, como en la penal. Nos referimos a la **antijuridicidad**, porque no se concibe esta relación, cuando se hace lo que la ley manda, o se hace lo que la ley permite, o no se hace lo que la ley prohíbe. El principio constitucional se traduce en que todos están o se hallan obligados a hacer lo que manda la ley, y abstenerse de hacer lo que, esta prohíbe. Ni el C. civil, ni el C. penal, pueden disponer otra cosa, no sólo porque la norma primaria es la que debe prevalecer, y efectivamente prevalece², sino porque resultaría una **enormidad**, que alguien pudiera cometer un hecho **lícito** cuando su conducta estuviere prohibida, o no diere cumplimiento a un deber legalmente impuesto³. La licitud de un hecho, no admite que ese hecho sea a su vez ilícito, o que un hecho ilícito pudiera regresar al plano de lo lícito⁴.

¹ Exigencia que viene del art. 18 de la Constitución Nacional.

² Constitución Nacional, art. 31.

³ Se suele decir, precipitadamente, que como el C. civil se funda en la analogía, aceptada por el art. 16, el principio de legalidad, no es estricto. Nos parece que semejante conclusión es errónea porque precisamente en la ley civil ocurre lo contrario. El principio de legalidad se halla estrictamente incorporado en el art. 1066.

⁴ Esto no quiere decir que un hecho que comenzó siendo lícito no pueda, por exceso en los límites de la ley, ingresar al campo de la ilicitud. Sin embargo, en esta materia, no puede hablarse de grados de lo lícito y de lo ilícito. Un hecho es, o no es, lícito o ilícito, a diferencia de lo que ocurre en la culpabilidad donde el dolo es más grave que la culpa.

El delito es, entonces, y desde una perspectiva formal, tanto en materia de derecho privado, como en materia de derecho público, un **hecho**⁵ **antijurídico y culpable**⁶.

Hemos dicho que el Código civil suministra una noción de delito, y que esa noción tiene la virtud de ser al mismo tiempo material y jurídica, porque se halla contenida en una norma jurídica. Se trata, aunque el art. 1072 no lo consigne expresamente, de una definición del **delito doloso**⁷, ya que cuando el mismo C. civil alude al **delito culposo**, emplea una expresión distinta, y se refiere entonces, al cuasi delito. Éste, el cuasi delito, se nutre de otra sustancia. El delito culposo se caracteriza porque el daño ya no es causado a sabiendas y con intención de dañar, sino que otra es la referencia; aquí el hecho por el cual **se causa un daño**, es por culpa o imprudencia (art. 1109)⁸.

Decimos que del contenido del art. 1072, surge la noción de delito, y la noción del delito **doloso**, precisamente por dos notas que hacen a su contenido, cuales son, por un lado, el obrar a **sabiendas**, y por el otro, obrar con **intención**⁹. Desde ya es posible entender que ambas expresiones

⁵ Por su parte, la misma Constitución Nacional habla de **hecho** en el art. 18; en el art. 19 se refiere a las **acciones privadas** que, cuando no ofenden a los bienes jurídicos que enumera, no pueden ser punibles. De ello es posible concluir que acción y hecho son dos categorías jurídicas distintas. El Código penal, se refiere al hecho (art. 34, 35, etc.). El civil también se refiere a él en el art. 913, para referirse al **hecho** exterior manifestado por la voluntad.

⁶ Lo que hace a la tipicidad, nos parece que sólo le interesa al C. penal porque le interesa a la Constitución a los fines de imponer una pena (art. 18). De esta nota puede prescindir el derecho civil, por ser un derecho **reparatorio**, y no un derecho **retributivo**. El daño como tal, y que es el objeto de la reparación, no precisa ser típico. Pero el hecho que lo causa, debe, como está, y como hecho, hallarse prohibido por la ley, para que surja la nota de la antijuridicidad.

⁷ En este sentido, Alfredo Orgaz, **La Culpa**, Lerner, Córdoba, 1992, pág. 62.

⁸ En el Código penal las figuras delictivas no se estructuran en base a un obrar a sabiendas, y con la intención de dañar. Pero es significativo que cuando la ley penal quiere referirse al delito culposo, la construcción de la figura contenga una concreta referencia a la culpa; es lo que ocurre, v. gr., con el homicidio culposo del art. 89, y es lo que ocurre en muchos delitos más.

⁹ No es por lo tanto que el dolo deba ser extraído del art. 931 del C. civil, porque éste no se refiere a la estructura del delito doloso, sino a los hechos producidos con dolo, que es cosa distinta, en razón de que el art. 931, y s.s. no se refieren al dolo, y a lo que él es, o de qué se nutre o compone, sino a hechos que son ejecutados con dolo para conseguir algo de alguien, que es inducido a error, mediante maquinaciones, artificios, y aserciones de que lo falso es real, de manera que así sea estimado por quien es engañado. Los penalistas podrían decir hasta que es el dolo de la estafa. Pero el dolo no se encuentra como tal, en el art. 172 del C. penal, sino simplemente que en él se ha previsto el delito de estafa que es doloso. Es posible encontrar en la literatura del Derecho penal, autores que sostengan que el dolo civil, que creen encontrarlo en el art. 931, es distinto al dolo penal. Pero ya veremos cuán equivocada resulta ser esta afirmación que, por otra parte no hemos visto fundada en textos legales. No pasa de ser, a nuestro juicio, nada más que una afirmación.

se refieren, la primera, al aspecto **intelectivo**, y al aspecto **volitivo** la segunda. El dolo pues, se nutre, diremos, en su primera parte, de un conocer, de un saber, y de un propósito o finalidad como sus componentes jurídicos. Al art. 1072 le es suficiente para tener que un hecho ha sido doloso, y que es doloso, cuando el autor ha ejecutado ese hecho a **sabiendas**¹⁰, y con **intención**. El art. en cuestión no ha contraído compromiso alguno con cualquier otro elemento extraño a estos únicos dos, relativos a la inteligencia y a la voluntad.

Mas, y siempre mirando al art. 1072, porque ya hemos dicho que no se puede mirar al art. 931¹¹, para considerar la estructura del dolo, acaso nos podamos preguntar sobre qué, se ha de saber; sobre qué se ha de conocer, para que el elemento intelectual del dolo quede satisfecho. En este punto, el C. civil no dice que es lo que hay que conocer; pero es posible, no obstante ese silencio, concluir que el dolo requiere que se conozca, en primer lugar, para poder obrar a sabiendas, una realidad que no es falsa, sino que esa realidad se conozca ciertamente, o que se conozca exactamente; que se conozca a ciencia segura.

Esta afirmación encuentra su base, en sentido contrario, en el error, y en la ignorancia, porque aquí, o bien se conoce falsamente, o directamente no se conoce. Lo que ocurre en ambas hipótesis, es que el autor cree conocer exactamente, o ignora a su vez, que conoce falsamente. En una palabra, desconoce el **verdadero estado de las cosas**, o cree conocer el **verdadero estado de las mismas**¹². Pero resulta que el art. 1072, no dice que obra con dolo el que **conoce** el verdadero estado de las cosas; dice que hay que obrar a **sabiendas**, y nada más. No obstante ser esto cierto, no es menos cierto que cuando el C. civil quiere imputar un hecho a título de culpa, se refiere concretamente a que obra con culpa, el que por error de hecho, **no conoce el verdadero estado de**

¹⁰ Que en su primera parte, requiere que el intelecto conozca.

¹¹ Conviene insistir en que esta disposición hace referencia a la acción dolosa para conseguir de otro, la ejecución de un acto. En la nota, Vélez Sársfield dice que la definición abraza efectivamente todos los medios que se pueden emplear para engañar.

¹² En la nota al art. 923, se dice: "La noción exacta de una cosa puede faltarnos, ya porque no tengamos ninguna idea, o ya porque tengamos una idea falsa. La apreciación jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma, y desde entonces es indiferente emplear una u otra expresión". De ahí es que podamos decir que aquí, lo que se conoce, es el **estado de cosas**; más no se conoce el **verdadero estado de esas cosas**. Para situarnos en una hipótesis del Derecho penal, podemos decir que si quien se apodera de una cosa que cree, es propia y no ajena, sólo conocerá el estado de cosas, más no el verdadero estado de esas cosas; para llegar a él, deberá saber, además que la cosa es ajena. Sólo así habrá obrado a sabiendas.

las cosas¹³. Esto autoriza al intérprete del art. 1072, a entenderlo en el sentido de que obra con dolo, el que, en primer lugar, conoce el verdadero estado de las cosas. De esto ya se puede extraer lo siguiente: el error como conocimiento, sea que se crea conocer el verdadero estado de las cosas, sea que se ignore que se conoce falsamente, impide imputar el hecho a título de dolo, precisamente, porque no se obra a sabiendas, por la existencia de un vicio que le impide, al intelecto, saber de la verdad, y conocer la verdad. En el Derecho civil, quien obra a **sabiendas**, no obra equivocadamente; de ahí es que obre con dolo, y como dice el mismo art. 1072, cometa un delito.

¿Qué es lo que queda para la culpa? Si el error y la ignorancia son incompatibles en la estructura del art. 1072, podemos decir que la culpa, que se nutre del error, y en él encuentra su base, queda sí, un cierto conocimiento: Queda el conocimiento equivocado; queda la ignorancia del verdadero estado de las cosas, queda un falso conocimiento que, por ser falso, no es verdadero, pero cuya falsedad proviene de una **negligencia culpable**. En este sentido, hasta podríamos decir que obra con culpa, el que ha omitido el deber jurídico de verificar, antes de obrar, si se encontraba frente al verdadero estado de las cosas¹⁴. Si efectivamente ha observado ese deber, pero le ha resultado **imposible** o **muy difícil**¹⁵, captar el verdadero estado de las cosas, ese error ya no lo imputará la ley civil, y el sujeto no habrá actuado con culpa, sino sin ella, y ya entonces, por consiguiente, el hecho no se podrá atribuir subjetivamente porque el C. civil impone la obligación de reparar no solamente cuando el hecho fue contrario a derecho, sino cuando fue **culpable**. Desaparecida la culpa, desaparece la culpabilidad individual, y ya nada se deberá reparar¹⁶. La culpabilidad no es puramente objetiva, sino que, esencialmente, es subjetiva. Y tanto en el C. civil, como en el C. penal.

¹³ Art. 929: "El error de hecho no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable".

¹⁴ En la hipótesis de hurto en la que nos situamos en notas anteriores, si el que creyó la cosa como propia y la tomó, no verificó antes de hacerlo si esa cosa era propia o ajena, y resultó ser ajena, habrá obrado con culpa, por haber incumplido el deber de ser diligente que le impone el art. 929. Es claro que frente al art. 1109, deberá reparar el daño proveniente de un cuasi delito. Mientras, el hecho será impune en el Derecho penal por no hallarse previsto el hurto culposo.

¹⁵ Véase, C. civil, nota al art. 929.

¹⁶ Art. 1109: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...".

En síntesis, para obrar con dolo se requiere que el intelecto, y como primera medida, conozca la verdad; sin ese conocimiento no se obrará pues a sabiendas, porque la culpa le priva a quien obra equivocadamente por error, que conozca la verdad¹⁷. Al desconocimiento del verdadero estado de las cosas se puede llegar por negligencia o por imprudencia, o mediante cualquier otra forma que traduzca que, por estar presente en el momento del hecho, el autor no conoció, por la influencia del error o de la ignorancia, sobre el estado verdadero de las cosas¹⁸.

Desde luego que no todo error determina que el dolo se elimine, y de paso a la culpa; el mismo C. civil indica que la imputación debe ser por culpa, cuando el error sea esencial (art. 924), y cuando sea evitable (art. 929)¹⁹. Si por el contrario es **accidental**, vale decir cuando no recae sobre la naturaleza de las cosas, ese falso conocimiento no impedirá que se conozca, a su vez, el verdadero estado de las cosas²⁰.

El dolo se nutre de un elemento más; se compone del segundo y último elemento: la **intención**; la intención de dañar la persona o los derechos de otro.

¹⁷ Decimos en el texto que obra con dolo el que conoce, en primer lugar, el verdadero estado de las cosas. Pero conforme a lo que "**a sabiendas**" significa, resulta ser que esta expresión encierra **algo más**. Quiere referirse, también, a considerar, de manera atenta y detenidamente, el pro y el contra de las decisiones antes de ser adoptadas por uno mismo. En síntesis, diremos que, a la par del conocimiento, se traduce, además, en una cuestión valorativa, porque en esto se traduce los **pro y los contra** de la decisión a tomar, o ya tomada. Con ello, el dolo previsto en el art. 1072, deja de ser un puro saber o conocer, sino que importa una **actitud** que, unida a la intención, le dan al hecho del autor un contenido que importe haber valorado el sentido del hecho, conforme a esos pro o a esos contra. En una palabra, obrar a sabiendas, significa que la decisión tomada en relación al hecho mismo, se halla ligada a una idea de obrar bien o de obrar mal. Señalemos por último, que el referido art. 1072, no construye el concepto de delito en un puro conocer, en un puro entender, o en un puro saber. Si eso hubiera ocurrido, el dolo no estaría relacionado o vinculado con el mal o con el bien. Sería un dolo sin vinculo con los valores. Por eso no nos parece del todo adecuado aquel concepto que se traduce en decir que "obra con dolo el que sabe lo que hace". Ello, en razón de que el que en error obra, también sabe lo que hace; lo que no sabe, es **qué** hace realmente. No obstante, puede parecer algo exagerado, vincular el a sabiendas, con la ilicitud del hecho, en el sentido de que el autor del hecho debiera tener conciencia de que realiza un acto contrario a derecho. En este sentido, Alfredo Orgaz, **La Culpa**, Lerner, Córdoba, 1992, pág. 62.

¹⁸ En cierta forma, cuando se dice que la culpa consiste en obrar con negligencia o imprudencia, no se dice en qué consiste la culpa, sino que se apela a las formas de la culpa que es, desde nuestro punto de vista, otra cosa.

¹⁹ También llamado error vencible.

²⁰ Para situarnos en una hipótesis del derecho penal, el homicidio será un homicidio doloso, toda vez que el autor, por querer matar a una persona, se equivoque, y por error, ultime a otra.

¿Qué es la intención? Lingüísticamente será la determinación de la voluntad en orden a un fin. Dentro del art. 1072, será en orden a dañar la persona o los derechos de otro. Pero, y dogmáticamente ¿qué es? Por de pronto, es un elemento del hecho voluntario definido en el art. 897 del C. civil que precisa, además, y para ser tal, del discernimiento y de la libertad. De manera pues, que si por falta de intención, el hecho deja de ser voluntario, mal se podría hablar de dolo, en razón de que los hechos involuntarios, al estar privados de la intención nunca podrán ser dolosos; ni siquiera son, como lo requiere el C. civil, hechos voluntarios.

Pero, ¿dice el C. civil qué es la intención? Dice, en orden a lo que regula, que el delito es un acto ejecutado con intención; dice que el acto cometido con intención es voluntario, dice que el acto ejecutado a sabiendas y con intención de dañar, es delito doloso, y dice, finalmente, que el acto debe ser considerado practicado sin intención, cuando fuere hecho por ignorancia o error. El error pues tiene un doble efecto; impide saber del verdadero estado de las cosas por una parte, y priva de intención al hecho cometido en tales circunstancias. Si no hay intención, no hay dolo; no hay delito para el art. 1072 del C. civil, aunque pueda existir un remanente culposo cuando el error sea vencible. En este caso, será posible hablar de cuasi delito, o simplemente, de delito culposo. De esto puede deducirse que, además de pertenecer la intención al aspecto volitivo, pertenece al dolo, y que el dolo se verá excluido cuando medie error. También puede deducirse que la culpa, que es la que da lugar al cuasi delito, es absolutamente incompatible con la intención²¹.

Hemos dicho que para que se pueda hablar de dolo, es preciso que el hecho sea, antes, un hecho voluntario. Según el art. 897, es tal, el que, además de ser cometido con discernimiento, es ejecutado con **libertad**. Es que también, sin la presencia de este elemento, el acto será involuntario.

¿Qué es la libertad en relación al acto voluntario? Nuevamente el C. civil no dice en qué casos hay libertad, sino que se encarga de decir cuándo y en qué hipótesis, no habrá libertad. Y en este sentido, la libertad queda excluida, y el hecho será involuntario, cuando el autor del mismo se halle **intimidado por injustas amenazas** (art. 937). Es que cuando se causa un temor fundado de sufrir un mal inminente o grave, la libertad de la voluntad ya no es libre, y se halla coacta. El coacto quiere (**coactus voluit**), pero ya no es libre de querer o de no querer, o de dejar de querer, o de dejar

²¹ Es posible verificar que hasta las palabras de la ley son distintas cuando se trata de un delito doloso, y cuando se trata de un cuasi delito, o delito culposo. Cuando ocurre lo primero, puede decirse, conforme lo autoriza el art. 1072, que la persona o los derechos de otro, **son dañados porque se obra a sabiendas y con intención**. Esto no ocurre, como lo establece el art. 1109, porque cuando se obra con culpa, **se causa un daño o el daño es causado**.

de no querer²². No quiere, eso sí, que se lleve a cabo el mal de la amenaza²³; y sin libertad para no querer, o de no querer, quiere a su vez, el acto impuesto, no ya por la fuerza física irresistible, sino, precisamente por las amenazas de sufrir un mal grave e inminente²⁴. En una palabra, mientras en el error, la nota dominante era el equívoco, la falsedad, o la ignorancia, aquí el aspecto dominante es el **miedo**, caracterizado a su vez en el art. 938, como una fuerte impresión²⁵.

Cuando se ha amenazado a alguien porque se le han prometido males graves e inminentes, el efecto no es otro que el que determina a su vez el art. 922 del mismo C. civil, en el sentido de que lo que haga el atemorizado, se tiene como un hecho involuntario. A igual que lo que sucedía en el error, el efecto será excluir el dolo, y ya no podrá ser invocado el art. 1072, porque éste supone, en todo caso, que el hecho sea voluntario, y no involuntario.

Formalmente pues, diremos que el delito en el C. civil, es el hecho antijurídico y culpable. Que la antijuridicidad, como su elemento, surge del art. 1066, y que la excepción a ella, se encuentra en el art. 1071, en razón de que el hecho quedará justificado por el cumplimiento de una obligación legal, o el ejercicio regular de un derecho. Que la definición material-jurídica expresada en el art. 1072, hace referencia al delito doloso, el cual se nutre de dos componentes que hacen al aspecto intelectual, y al aspecto volitivo. Que el error tiene el efecto de eliminar el dolo porque impide conocer el verdadero estado de las cosas, e impide al sujeto que lo padece, de observar una actitud valorativa en relación a lo que es malo y a lo que es bueno. Que las amenazas inciden en el plano de la voluntad, e impiden que el sujeto guarde una actitud libre. Que tanto el error, como las amenazas determinan que el acto sea involuntario. Que la base de la culpa se encuentra en el error

²² Es que la amenaza lo seguirá como la sombra sigue al cuerpo.

²³ Es que trata de salvar al bien protegido de que se trata, mediante el cumplimiento de lo que se le exige a cambio. El dilema se halla, y por eso se encuentra violentado, en que si no ejecuta el hecho, el mal de la amenaza se ejecutará en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendiente, o ascendiente (C. civil, art. 937. La nota se encarga de decir que la enumeración no es limitativa).

²⁴ La fuerza física irresistible se halla en el art. 936 del C. civil, que tiene el efecto de privar de libertad al que la sufre. En el C. penal, art. 34, inc. 2º, 1ª parte. Mas la fuerza física irresistible no hace a la culpabilidad; hace a la comisión del hecho, mejor dicho a la no comisión del mismo, y a los problemas de la causalidad.

²⁵ Mientras el error tenía su incidencia en el intelecto, las amenazas tienen su sede en los afectos; particularmente en el miedo. Esto es lo que toma en cuenta la ley civil y la ley penal, que no requieren por otra parte, que los estadios afectivos deban llegar al terror o al espanto, porque éstos, al ser más profundos, inciden en el plano del discernimiento, y conducen, sea por inconciencia, sea por alteración de las facultades mentales, a la pérdida del uso de la razón.

de hecho, cuando éste, además de ser esencial, sea vencible. Que por debajo de la culpa, esto es, cuando el error esencial ha sido **invencible**, no existe responsabilidad subjetiva, y que sin ella, no existirá obligación de reparar el daño, aunque el hecho dañoso resultase contrario a derecho (C. civil, art. 900).

Dijimos al comienzo, que al intérprete del Derecho penal, la tarea de saber qué es el delito en el C. penal, le era hasta cierto punto más difícil, sencillamente porque el Código no suministraba un concepto de lo que es el delito, y que para extraer su concepto debía apelarse al contenido del art. 34, disposición que permitía obtener el siguiente concepto: delito es un hecho antijurídico y culpable. Es el primer objeto de conocimiento del derecho penal²⁶.

A igual que en el C. civil, la antijuridicidad es la relación de contradicción entre el hecho y la ley²⁷, relación que es impedida cuando ocurre una causa de justificación que, a igual que lo que ocurre en aquel Código, encuentra su base fundamental, en el ejercicio legítimo de un derecho, o en el cumplimiento de un deber legal²⁸.

Vamos a detenernos en la **culpabilidad**. En este aspecto, es posible vincular espiritual o subjetivamente al hecho antijurídico a su autor, por medio del inc. 1º del art. 34. En la parte que nos interesa en esta oportunidad, podemos preguntarnos por el dolo, y también por la culpa.

Advertimos que este inc. hace referencia al error y a la ignorancia de hecho. En primer lugar, ¿qué dice el C. penal de uno y de otra? Es comprobable que nada dice al respecto, de manera que, si nada ha dicho, el intérprete del Derecho penal deberá recurrir, necesaria, e inexorablemente al C. civil para saber qué es el error, y qué es la ignorancia²⁹. Así, el Código penal, tiene por cierto que el error es el falso conocimiento de las cosas, y que la ignorancia es no tener idea de alguna cosa. La equivocación, y el no saber, impiden que se conozca el verdadero estado de las cosas, y

²⁶ Sin ese conocimiento, será imposible saber, por ej., cuándo un homicidio, como hecho de matar a otro, es **el delito de homicidio**, por ser, ese hecho, un hecho antijurídico y culpable.

²⁷ En sentido lato. No basta que, por ej., que alguien hubiese matado a otro. Ese hecho es típico para el art. 79 del C. penal. Cuando el verdugo mata a otro en el cumplimiento legítimo de su cargo, no comete el delito de homicidio; simplemente comete un hecho típico, previsto como tal, en la ley.

²⁸ C. penal, art. 34, inc. 4º.

²⁹ Después de todo, no es un pecado para ningún intérprete de la ley, recurrir a la misma ley para descubrir conceptos, y descubrir el sentido y el alcance de las normas jurídicas. El pecado sería negar que el conocimiento de las normas jurídicas, y su sentido y alcance pudiera ser extraído por medio de una interpretación sistemática.

que se conozca solamente un estado de las mismas. En el error se cree conocer ese verdadero estado, y se ignora, por lo tanto, que se desconoce el verdadero estado de las cosas³⁰.

¿Cuáles serán los caracteres del error; de este error que menciona el art. 34, inc. 1º? Esta disposición ha mencionado a uno: el error y la ignorancia, han de ser de hecho. ¿Será por ello que para el derecho penal, cuando el error sea **accidental**, tendrá el valor de impedir que el hecho sea punible?³¹. ¿Será que el error de hecho esencial y vencible impide la punibilidad? Evidentemente que ya no, porque el inc. 1º se encarga de establecer que la ignorancia o el error de hecho, no han de ser **imputables**; vale decir, atribuibles. ¿Y cuándo en el C. civil, el error era imputable? En principio, y como regla general, el error de hecho no perjudicaba; pero no podía invocarse cuando el desconocimiento del verdadero estado de las cosas provenía de una negligencia culpable (art. 929). Así como el error invencible no puede ser atribuible, el error vencible es imputable, e imputable tanto en el C. civil, como en el C. penal. Hasta aquí vemos de qué manera funcionan armónicamente y a unísono, las normas civiles y las normas penales. Hasta no habría necesidad de decir que en el C. penal, el error es un vicio del intelecto porque hace al conocer, a igual que ocurría y ocurre en el C. civil.

Habíamos dicho que el saber sobre el verdadero estado de las cosas, era distorsionado por el error, y que es distorsionado también en el C. penal. Dijimos que la definición de delito doloso del art. 1072, se refería a un obrar a sabiendas, y que este "a sabiendas" no se identificaba totalmente con el saber, ni con el conocer, porque si eso hubiera ocurrido, al art. 1072, le hubiera bastado con decir que el delito es un hecho cometido, simplemente con **conocimiento y con intención**. Pero sin embargo, emplea con la suficiente energía, el término "**a sabiendas**", con lo cual -ya también hemos hecho alusión a ello-, la ley civil se refería y se refiere a una actitud **valorativa**, en el sentido de que esa expresión se halla orientada a captar lo que el hecho encierra para el autor, en relación al bien y al mal. Esa actitud valorativa es la que permite el discernimiento. Obraba con dolo en la ley civil, el que sin error, tenía la intención de dañar la persona o los derechos de otro.

Pues bien; ¿Qué valor tiene el error en el C. penal? El error, cuando es de hecho, y esencial, aunque fuere imputable, tiene la virtud de impedirle a quien ejecuta el hecho, que comprenda la criminalidad del acto. Hasta se puede decir que el error, en el C. penal, impide que el sujeto obre a

³⁰ El que se lleva una cosa creyéndola propia, se lleva en verdad, una cosa ajena, ignorando a su vez, que no es propia sino que es ajena.

³¹ ¿Podrá decirse que cuando un sujeto mató a una persona y luego resultara que mató a una persona distinta, ese error impide la punibilidad?

sabiendas, porque obrar a sabiendas, como actitud referida a lo que es malo, es comprender la criminalidad del hecho³². Así como no obra a sabiendas quien se equivoca por efecto del error, y por ello no obra con dolo, tampoco obra a sabiendas quien estima, por no conocer el verdadero estado de las cosas, que obra bien, cuando en realidad, objetivamente, obra mal. A este obrar malo, el C. penal se refiere con la expresión "criminalidad del hecho". Nadie puede comprender la criminalidad del hecho u obrar a sabiendas, cuando obra en error o en ignorancia de hecho.

¿Cuándo el error ya no será imputable? El C. penal tampoco se detiene en esto. Pero no quiere ello decir que el intérprete carezca de la posibilidad de recurrir, nuevamente, a la ley civil. El error de hecho ya no es imputable, cuando el desconocimiento del verdadero estado de las cosas ha sido **invencible** (C. civil, art. 929), o insuperable. Y así como el error de hecho esencial e invencible, tenía la virtud de eliminar hasta la culpa en el C. civil, otro tanto ocurrirá en el penal porque en ese caso, ya no será imputable; y por no serlo, no habrá culpa, y el hecho no será punible.

A la culpa la habíamos encontrado en el C. civil, en el art. 929, cuando esta norma, refiriéndose al error de hecho, lo declaraba alegable, a condición de que el desconocimiento del verdadero estado de las cosas no fuera atribuible a una negligencia culpable. ¿Determina el C. penal, qué es la culpa o cuál es su base? El C. penal se refiere a la culpa en más de una disposición de la Parte Especial. Pero no nos dice, no da respuesta a la pregunta, en razón de que, para reprimir un hecho a título de culpa, utiliza las **formas** en que la culpa puede manifestarse; así, habla de negligencia, imprudencia, etc.

¿Cuál es entonces la **base** de la culpa en el C. penal? No habrá otra posibilidad de admitir que la base se encuentra en el error de hecho vencible, porque en este caso, el mismo es imputable; elimina el dolo, pero es imputable porque el hecho se habrá cometido con culpa. Y de esto resulta ser que lo que eliminaba el dolo en el C. civil, sirve, precisamente, para eliminar el dolo en el C. penal.

En síntesis, en el C. civil, el dolo queda excluido por el error de hecho vencible, porque éste le impedía al sujeto, que obrase a **sabiendas**. El mismo error de hecho vencible sirve en el C. penal, para que el autor del hecho no comprenda la criminalidad del acto. Cuando se obra a sabiendas, no

³² El Código civil no pudo, según nuestro criterio, incluir en el art. 1072 la referencia a la criminalidad del hecho, en razón de que sólo se ocupa de la reparación, y no de la retribución. Recuérdese que el error de hecho en el art. 34, es impedir la criminalidad del hecho, expresión propia del Derecho penal.

se padece de un error de hecho esencial; cuando se comprende la criminalidad del acto, ocurre exactamente igual: no se padece de un error de hecho esencial³³.

Dijimos casi al comienzo, que el art. 1072 del C. civil hacía referencia expresa a un elemento intelectual, y a un aspecto volitivo. Hemos verificado que el art. 34 inc. 1º hace referencia a un aspecto intelectual. Veamos ahora si el C. penal contiene al restante.

Ese aspecto se halla previsto no ya en el inc. 1º, sino en el inc. 2º, seg. parte, cuando la ley penal establece que no es punible, el que hubiese sido **violentado**³⁴ por amenazas de sufrir un mal grave e inminente³⁵. Se halla previsto pues, el aspecto volitivo; el que mira, a igual de lo que ocurre en el C. civil, a la libertad de la voluntad, o a la libertad de la dirección de las acciones. El individuo ya no gobierna su voluntad cuando alguien, un tercero, le ha infundido miedo; es decir, se ha valido de las amenazas para coaccionarlo, ya que aquéllas le han causado una **fuerte impresión** (C. civil, art. 938).

¿Indica el C. penal que las amenazas del inc. 2º, sean distintas de las amenazas del art. 937 del C. civil? Si se repasan nuevamente los arts. 77, y 78 de aquél, se verificará que, al respecto, la ley penal no ha dicho absolutamente nada en tal sentido. Y si ello es así, el intérprete del inc. 2º del art. 34, deberá ocurrir otra vez a la ley del derecho privado para extraer de ella el sentido y el alcance de estas amenazas de la ley penal. En la ley penal, un sujeto se halla intimidado, es decir, violentado por la amenaza -que no le priva de la comprensión del hecho, pero lo violentan en su libre voluntad-, cuando los males prometidos, sean inminentes, graves e injustos, de manera tal que hubiesen podido, racionalmente, causar en el destinatario, una fuerte impresión.

A nuestro entender, llegamos pues a verificar que en uno y en otro Cuerpo legal, tanto el error como las amenazas pertenecen a la estructura del dolo, porque inciden en el intelecto o en la voluntad.

¿Podemos intentar un concepto formal de dolo? En tal sentido, podemos decir que obra con dolo el que sin error de hecho ni coacción, ha obrado a **sabiendas**, y ha dirigido **libremente** su voluntad. ¿Podemos intentar un concepto formal de culpa? Obrará con culpa el que, al momento del hecho, por error esencial pero vencible, no ha podido obrar a **sabiendas**, mas ha causado un daño

³³ Damos por cierto que en ambos Códigos, el error accidental no elimina ni el obrar a **sabiendas**, ni la comprensión de la criminalidad.

³⁴ Esta enérgica expresión no comprende al temor reverencial. C. civil, art. 940.

que debe reparar. ¿Podemos decir cuándo un sujeto no ha obrado con culpa? Podemos decir al respecto, que ya la culpa desaparece, cuando la persona ha obrado en error de hecho esencial e invencible (C. civil, art. 929).

¿Podemos construir un concepto de dolo en el C. penal? Podemos decir que un sujeto obrará culpablemente con dolo, cuando sin error de hecho, y sin coacción, comprendió la criminalidad del acto y dirigió libremente sus acciones. ¿Podemos construir un concepto de culpa en el C. penal? Obrará con culpa quien, por error de hecho esencial pero vencible, no ha podido comprender la criminalidad del acto. Finalmente, ¿cuándo un sujeto no obrará con culpa? Podremos decir, al respecto, que no hay culpa, cuando un sujeto obró en error de hecho esencial e invencible.

Pues bien; ¿qué resulta de todo esto? Resulta que en el sistema del C. civil, y en el sistema del C. penal, el concepto de culpabilidad es uno y único; es unitario. La prueba de ello la proporcionan tanto el error como la coacción, que sirven, cada uno y en su caso, para privarle al sujeto, obrar a sabiendas o comprender la criminalidad del acto, y para privarle al sujeto, del gobierno de la libre voluntad. Si estas dos causas sirven para obrar culpablemente, y para que la culpabilidad sea dolosa, o cuando media error, que la culpabilidad sea culposa, ¿Puede quedar algo todavía para decir que el dolo penal es distinto al dolo civil y viceversa, o que la culpa penal es diferente a la culpa civil, o viceversa ?³⁶.

Después de todo, ¿qué queda para los que ven que la culpabilidad requiere todavía un juicio de reprochabilidad fundado en la exigibilidad o de no exigibilidad de otra conducta?³⁷. ¿Qué es lo

³⁵ Aunque la redacción pueda guardar alguna semejanza con el estado de necesidad, la diferencia sistemática está en que el amenazado comete un hecho ilícito; el que actúa en estado de necesidad, el hecho queda justificado.

³⁶ Cuando un sujeto sea condenado por haber cometido un homicidio culposo, ¿mandará la sentencia civil del tribunal penal, que la reparación de daños sea por haber cometido ese hecho en los términos del art. 1072 del C. civil? ¿No será cierto que la sentencia civil que pronuncie un tribunal del crimen fundará esa sentencia civil en el art. 1109? Cuando un sujeto sea absuelto en sede penal por haber obrado sin culpa, en razón de que el error de hecho fue esencial e invencible, ¿podrá aplicarse en el aspecto civil el art. 1109? Cuando un sujeto sea condenado penalmente por haber matado con dolo, ¿podrá el tribunal mandar la reparación civil por aplicación del art. 1109?

³⁷ Ya no será suficiente, en este sentido, que el autor obre a sabiendas y con intención. Puede ello ocurrir, y sin embargo, aquél no ser culpable porque otra conducta no le era exigible. En este sentido, ¿le era exigible al náufrago que arrebató al otro náufrago la tabla, y el que estaba a salvo muere en el mar por ello? ¿Le era exigible que se dejara morir? Como la respuesta se hace francamente negativa, no se podrá reprochar este hecho, y entonces y por ello, la conducta será impune. Pero, y nos preguntamos ¿en qué norma jurídica se apoyará esta solución? No parece que en alguna porque nuestro derecho no contempla, como causal de no punibilidad este criterio suprallegal.

que queda para aquellos que consideran al dolo como intención, como el querer? Quedará, como dicen, un dolo avalorado, conclusión que es incompatible con la estructura de esta forma de culpabilidad.