

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Escuela de Estudios de Postgrado.

Maestría en Derecho Penal.



TESIS

“EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN GUATEMALA”.

Por:

Lic. Dumbar Manuel Harris Menjivar.

Guatemala, octubre de 2018.

**Universidad de San Carlos de Guatemala.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Escuela de Estudios de Postgrado.
Maestría en Derecho Penal.**

“EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN GUATEMALA”.



TESIS DE MAESTRIA

**Presentada a La Honorable Junta Directiva de la
Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala**

Por:

Lic. Dumbar Manuel Harris Menjivar.

Previo a conferírsele

**EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO PENAL
(Magister Scientiae)**

Guatemala, octubre de 2018.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR:	Dr. Ovidio David Parra Vela
VOCAL:	Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr. Hugo Roberto Jáuregui
VOCAL:	MSc. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE:	Dra. ANA LAURA MATUTE CALDERÓN
SECRETARIO:	Dr. ALEJANDRO JOSÉ GUTIÉRREZ DÁVILA
VOCAL:	MSc. CÉSAR ROBERTO GUZMÁN CÓRDOVA

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala 17 de octubre de 2018.

Director:

Dr. Ovidio David Parra Vela.

Escuela de Postgrado.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Dr. Parra Vela:

Respetuosamente me dirijo a usted con relación a informar que el maestrando **DUMBAR MANUEL HARRIS MENJIVAR**, quien tuvo a bien someterse a su examen general privado de tesis de maestría en derecho penal, de la tesis titulada **“El error de prohibición en Guatemala”**, quien tuvo como resultado de la evaluación aprobada con recomendaciones, de las cuales yo como parte del tribunal examinador, se me encomendó quedar a cargo de verificar las correcciones de las mismas.

Por tal motivo y habiendo comprobado la realización de las recomendaciones indicadas, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe con el trámite correspondiente.

Me suscribo de usted respetuosamente

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
SECRETARÍA

Cesar Roberto Guzmán Córdova
MSc. Cesar Roberto Guzmán Córdova

44 OCT. 2018

RECIBIDO

CIAL

Guatemala, 25 de octubre de 2018

Doctor Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN GUATEMALA

Esta tesis fue presentada por el **Lic. Dumbar Manuel Harris Menjivar**, estudiante de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar
Revisora

Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 25 de octubre del dos mil dieciocho.-----

En vista de que el Lic. Dumbar Manuel Harris Menjivar aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 53-2018 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN GUATEMALA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Ovidio David Parra Vela

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A DIOS: Quien es mi guía y para quien hago todo, quien es el merecedor de este logro obtenido y de todo lo que realice, por las oportunidades que me ha concedido y por la gracia derramada en mí y en mi familia, a Él dedico mi vida completa.

A mis padres: A Daniel Manuel Harris Garbutt, quien ya no se encuentra físicamente conmigo, pero ha sido mi motor y guía para seguir adelante, ya que sus enseñanzas para conmigo han trascendido de su vida y sé que estarán plasmadas en mi mente y corazón siempre.

A Delmy Amanda Menjivar Guevara de Harris, quien me ha impulsado a seguir con mis metas y me ha enseñado que si me aferro a DIOS con todas mis fuerzas, todo será para bien, quien me ha demostrado que hay que luchar y seguir adelante aunque las cosas no salgan como uno espera.

A mis hermanos: Delmy Olivia y Walter Daniel, por apoyarme en este proceso para poder salir victorioso.

A mis sobrinos: Delmy Daniela e Ian Kaleb, quienes me han demostrado que a veces la vida debe ser sencilla y disfrutar la etapa que estamos viviendo.

A mis amigos y compañeros: Quienes de alguna forma me han motivado a seguir adelante, sin poder dejar de mencionar a mi hermano de travesías, viajes y fiestas Fernando Boche. Y a los que formaron parte de esta etapa de estudio y con quienes decidimos continuar en el camino de la preparación y que fueron mi apoyo para no desmayar.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala: Por las enseñanzas y por los catedráticos que desarrollaron los cursos, quienes con su ejemplo demostraron la calidad de profesionales que son.

En general a todas las personas que formaron parte de este proceso, aunque no los mencione individualmente, gracias por el apoyo.

ÍNDICE



INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

La Teoría del delito en general

1.1. Antecedentes	1
1.2. Escuelas del Derecho Penal	2
1.2.1. Escuela clásica del Derecho Penal	2
1.2.1.1. Postulados de la Escuela Clásica	3
1.2.2. Escuela Positiva del Derecho Penal	9
1.2.2.1. Postulados de la Escuela Positivista	11
1.2.3. Escuela intermedia del Derecho Penal	13
1.3. Teoría del Delito	14
1.3.1. Necesidad de la existencia de la Teoría del delito	15
1.3.2. Concepto de la Teoría del delito	16
1.4. Criterios para definir el delito	17
1.4.1. Criterio legalista	17
1.4.2. Criterio filosófico	18
1.4.3. Criterio natural sociológico	18
1.4.4. Criterio técnico jurídico	19
1.5. El delito	21
1.5.1. Naturaleza del delito	22
1.6. Clasificación de los delitos	24
1.7. Elementos del Dolo	24
1.8. Clasificación de los delitos	26



1.9.	Bienes jurídicos tutelados	
1.10.	La pena	
1.11.	Evolución y origen de la pena	
1.12.	Definiciones de la pena	31
1.13.	Características de la pena	32
1.14.	Fines de la pena	34
1.15.	La pena en Guatemala	36

CAPÍTULO II

Elementos positivos del delito

2.1.	Elementos positivos	43
2.2.	Acción u omisión	43
2.2.1.	Relación de causalidad	45
2.3.	Teoría de la equivalencia de las condiciones	46
2.4.	Teoría de la causalidad adecuada	47
2.5.	Teoría de la imputación objetiva	48
2.5.1.	La creación de un riesgo no permitido	48
2.5.2.	La realización de ese peligro o riesgo en un resultado	49
2.5.3.	La producción del resultado dentro del ámbito de protección de la norma del deber de cuidado	49
2.6.	Tipicidad	50
2.7.	Antijuricidad	53
2.8.	Culpabilidad	54
2.8.1.	Doctrinas sobre la culpabilidad	57
2.8.2.	Elementos de la culpabilidad	58
2.8.3.	Formas de culpabilidad	60

2.9. Punibilidad



CAPÍTULO III

Elementos negativos del delito

3.1.	Elementos negativos	63
3.2.	Falta de acción o ausencia de acción	63
3.3.	Atipicidad	65
3.4.	Causas de justificación	66
3.5.	Causas de inculpabilidad	71
3.6.	Excusas absolutorias	79

CAPÍTULO IV

Error de prohibición en Guatemala

4.1.	El error	81
4.1.1.	Antecedentes	81
4.1.2.	Tipos de errores	82
4.1.2.1.	Error de tipo	82
4.2.	Errores que no excluyen dolo	86
4.3.	Error de prohibición	88
4.3.1.	Clasificación	88
4.3.2.	Concepto	89
4.3.3.	Clases de error de prohibición	91
4.3.3.1.	Error de prohibición directo	91
4.3.3.2.	Error de prohibición indirecto	92
4.3.3.3.	Error de conocimiento y de comprensión	92



4.3.4. Error de prohibición en estado de necesidad disculpante	
4.3.5. Error de prohibición y el error culturalmente condicionado en general	94
4.3.6. Objeción de conciencia	97
4.3.7. Doble error de prohibición	97
4.4. El error de prohibición en Guatemala	98
4.5. Casos en Guatemala	103
4.6. Regulación en otros países del error de prohibición	114
4.6.1. España	114
4.6.2. El Salvador	114
4.6.3. Costa Rica	115
4.6.4. Argentina	116
4.6.5. Colombia	117
4.6.6. Alemania	119
4.6.7. Perú	119
 CAPÍTULO V	
El problema, hipótesis y aporte personal	121
 CONCLUSIONES	125
RECOMENDACIONES	127
REFERENCIAS	129

INTRODUCCIÓN



El presente trabajo de investigación denominado: "Error de prohibición en Guatemala" se abordará desde un enfoque de la ciencia del Derecho Penal y del Derecho Positivo, siendo la ciencia del Derecho Penal la ciencia que tiene por objeto estudiar el análisis y la sistematización de las normas penales, que forman parte de un ordenamiento jurídico penal, y por ello se encuentra íntimamente ligado con el Derecho Positivo, porque como se desarrollara en el transcurso del presente trabajo de investigación, se tiene por objeto demostrar la necesidad que existe para que nuestro Código Penal se actualice para responder a las necesidades que en la sociedad surgen, porque el derecho y las normas jurídicas deben ir de la mano con el crecimiento que la sociedad demanda.

A lo largo del trabajo de investigación se utilizó el método deductivo, iniciando de lo general para terminar en lo particular, y es por tal razón que los cuatro capítulos tienen lógica y cada uno se concatena con el siguiente, para llegar hasta el último capítulo y finalmente permite llegar a conclusiones y recomendaciones sobre la falta de la regulación del error en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, porque no existe regulación concreta sobre el error de prohibición.

El presente trabajo de investigación consiste en realizar un análisis general sobre el error de prohibición, por lo que en el primer capítulo se desarrolla la Teoría del delito en general, en donde se indica que es una parte de la ciencia penal que tiene como objetivo principal explicar qué es el delito, mediante la descripción lógica y secuencial de las características que deben tener todas las acciones para que estas puedan ser consideradas como delito; con este concepto claro, se puede proceder a los análisis de cada uno de los elementos de la Teoría del delito.

El segundo capítulo consiste en analizar todos los elementos positivos de la Teoría del delito, siendo estos una serie de requisitos ordenados que deben de existir para que una acción sea considerada como delito, los cuales, efectivamente, deben existir para que la acción cumpla con los requisitos jurídico penales y la misma pueda ser



considerada por el ordenamiento jurídico como un delito. Los elementos positivos que se desarrollaran son: acción u omisión; tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y por ultima la punibilidad.

El tercer capítulo, en contraposición con el segundo, desarrolla los elementos negativos de la Teoría del delito, que son lo contrario de los elementos positivos, siendo importante destacar que, con la sola existencia de un elemento negativo, la acción no se debe considerar delito. Los elementos negativos de la Teoría del delito son: falta de acción, atipicidad, causas de justificación, causas de inculpabilidad y excusas absolutorias. Dentro del análisis de los elementos negativos, encontramos la culpabilidad, que desde nuestro enfoque de desarrollo del presente trabajo de investigación es en donde se encuentra el error de prohibición, siendo este el elemento negativo de la Teoría del delito, que consiste en el reproche que hace la sociedad al sujeto activo del delito, porque no pudiendo comportarse de otro modo decide no hacerlo y es en este punto en donde se objeta con la interrogante de como se le puede exigir a una persona que actúe de una determinada manera, si en su interior no tiene conocimiento de que su actuar es contrario a derecho porque posee error de prohibición, en cuanto a la ilegalidad de la normativa vigente.

El capítulo cuarto desarrolla el error de prohibición en el Derecho Penal en Guatemala analizado, en el cual se hace un análisis del error penal en general, para llegar a establecer que el error de prohibición radica en el desconocimiento que tiene el sujeto sobre la norma y de que por forma debe ser considerado el mismo toda vez que consiste en que el sujeto carece de los elemento tanto cognoscitivo y volitivo al tener un error en el concepto de la prohibición, asimismo se hace mención de otros países que si contemplan el error de prohibición en materia penal.

Por lo que al hacer este análisis de cada capítulo en ese orden de ideas se puede concluir de una manera concreta que el Código Penal decreto 17-73 del Congreso de la Republica contiene deficiencias en cuanto a la regulación del error en materia penal, que Guatemala, por ser un país unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe, debería regular lo relacionado con el error cultural condicionado, y dentro del presente trabajo

de investigación se citan dos ejemplos de esta clase de delitos, que de existir normativa al respecto podrían ser de fácil solución.

Que la situación de analfabetismo en Guatemala es bastante alta, por lo que se debe buscar mecanismos de sociabilización y comunicación de las nuevas normativas penales, para evitar que las personas que no tienen acceso a esa información estén conscientes de las nuevas disposiciones legislativas.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la regulación más cercana al error de prohibición es la contemplada en las circunstancias atenuantes, siendo esta la de ignorancia, misma que consiste en la falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución. En este sentido y con la legislación penal positiva en Guatemala el error de prohibición debe encuadrarse como una causa de inculpabilidad y que tiene como fin demostrar que el sujeto actuó con desconocimiento de la norma y, posteriormente, hacer el análisis jurídico si el error es vencible o invencible.

En el capítulo quinto se desarrolla el problema de investigación, la hipótesis del presente trabajo de investigación y se concreta el aporte personal del autor del trabajo. Finalmente, se expondrán las principales conclusiones y recomendaciones que se consideraron pertinentes derivadas del presente trabajo.



Todos estos principios son lo que actualmente se utilizan y se consideran como fundamentales para considerar que existe el Derecho Penal, porque los mismos son las garantías básicas de un proceso penal.



1.2. Escuelas del Derecho Penal

Las escuelas del Derecho Penal son un grupo de principios y doctrinas, las cuales tienen por objeto establecer la filosofía del Derecho para poder aplicar una pena, la legitimación de la pena, sustentar la fuerza punitiva del Estado (*Ius Poniendi*), indicar cuál es la naturaleza del delito y cuáles son los fines de las penas.

Las escuelas a lo largo de la historia han intentado responder a las incógnitas del Derecho Penal, con ellas se limita el poder de punición que tiene el Estado y que con ello evitar a que se desborde el poder del Estado.

1.2.1. Escuela clásica del Derecho Penal

Esta escuela tiene como su máximo exponente a Francesco Carrara, quien considera que la idea del delito es una idea de relación, y la relación se basa en la contradicción entre el hecho del hombre y la ley, quien para definir delito es citado por Jiménez de Asúa quien sostiene que delito es "La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso". (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 124).

Para la escuela clásica, el Estado se promulgan las leyes con la finalidad de proteger a los ciudadanos ante un posible acto externo de las personas que afecte a la ciudadanía en general, siendo el Estado el garante de todos los ciudadanos. La acción puede ser un acto tanto de acción como de omisión, y este mismo se puede analizar desde dos vertientes de una forma moral incorrecta o políticamente incorrecta.



Es por ello que, para la doctrina clásica el delito es un acontecimiento jurídico que afecta a la ciudadanía en general y que la acción puede ser imputable de forma moral o porque ocasiono un daño. La escuela clásica al mencionar la imputabilidad moral se basa primordialmente en el libre albedrío que ostenta cada persona y es por esa elección que tiene la persona de hacer el bien o el mal, y porque ellos escogen el mal, se les puede hacer un reproche moral por no haber actuado de una forma distinta. Y la pena debe ser proporcional al daño ocasionado. Es importante destacar que para la escuela clásica el fundamento del poder punitivo del Estado (IUS PUNIENDI) es solo la justicia, porque solo ven la necesidad de castigar como un mecanismo de defensa. Por lo que para que a una persona le sea imputable moralmente algún delito necesariamente tiene que existir un daño a la sociedad y que exista una ley que lo prohíbe, con ello podemos observar principios que aún en nuestros días se encuentran vigentes. La escuela clásica se basa en una serie de consideraciones que se les llama postulados, los cuales podemos describir a continuación

1.2.1.1. Postulados de la Escuela Clásica

Cuando se creía que la escuela clásica había alcanzado su nivel máximo con base en las consideraciones y criterios planteados, se sentaron las bases en los que se consideró se debería partir el ordenamiento penal siendo estos los principales. Según el autor De Mata Vela y De León Velasco. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 48)

a. **Respecto al Derecho Penal.** Se consideró que, por ser una ciencia eminentemente jurídica, debía estar limitada que la ley establece, y que el mismo no se puede dejar de manera subjetiva a discreción del juez, su fundamento debe de ser cubrir las necesidades de defensa del sindicado, buscando la efectiva protección jurídica y que esto se conseguiría incluyendo el estudio de tres temas fundamentales para el Derecho Penal como lo son el delito, la pena y el juicio penal.

b. **Respecto al método.** "Consideraron que el método más apropiado para el estudio de su construcción jurídica era el "Racionalista o Especulativo" del cual sirven las ciencias jurídico-sociales" (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 48). Esto parte de la idea que respecto al método debe ser abstracto y racional.



c. **Respecto al delito.** En este aspecto sostienen que lo que debe existir no es un hecho aislado, sino que una infracción a una ley previa por parte del Estado, se consideró que, al definir el delito como un ente jurídico, se establecía un límite de lo prohibido impuesta por el Estado y con ello se deja diferencia entre una infracción a una ley moral o divina y lo que es un delito. Respecto al delito se deja sin lugar a dudas que es delito y que es una falta moral o religiosa.

d. **Respecto a la pena.** Se consideró como algo negativo, como la sanción con la cual se realiza la tutela jurídica, y la pena es la consecuencia del delito. Para los autores De León Velasco y De Mata Vela:

Se consideró que el delito es la infracción de la ley del estado pero que ésta debe adaptarse a la ley natural, con lo que se evidencia que el objeto de análisis no es el Derecho Positivo sino un derecho ideal que debe ser elaborado con ayuda de la razón y del que las leyes estatales han de extraer un contenido. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 48).

Respecto a la pena es la consecuencia jurídica del delito, y que la misma se debe imponer por la ayuda de la razón, porque la pena no puede ser desproporcionada.

e. **Respecto al delincuente.** En relación con el delincuente se estableció que no es más que el autor de un delito, el cual en el ejercicio de su libre albedrío decide ejecutar una acción que conlleva una sanción tanto legal, como moral, y es por ello que la escuela clásica no le dio tanta importancia al delincuente porque era una persona que había transgredido una norma jurídica y en su libre albedrío había decidido actuar de esa manera, cuando tuvo la oportunidad de actuar de una manera distinta, por lo que a

esta escuela del Derecho Penal solo le interesa el acto que comete el delincuente, mas no el delincuente como tal.



“El padre de la Escuela Clásica, Francesco Carrara, consideró que nuestra ciencia (el Derecho Penal) había alcanzado su más alto grado de perfeccionamiento al extremo que aconsejaba a sus discípulos dedicaran sus investigaciones al juicio penal (Derecho Procesal Penal)” (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 49). Se llegó a considerar que con ello estaba abarcado todo el tema del Derecho Penal sustantivo por lo que debían dedicarse únicamente a la elaboración del Derecho Penal adjetivo. A esta etapa también se le conoció como el Derecho Penal clásico.

Cuando la escuela clásica se encontraba en lo más alto del grado de perfeccionamiento, surge la escuela positiva del Derecho Penal, criticando los postulados de la escuela clásica, lo que se llamó la crisis del Derecho Penal clásico. Con lo que se da paso a la escuela positiva del Derecho Penal.

1.2.2. Escuela Positiva del Derecho Penal

Luego que se creyó que la escuela clásica había alcanzado su máximo nivel, y que sus postulados habían sentado las bases definitivas para el Derecho Penal, posteriormente surge la escuela positiva la cual revolucionó la forma de analizar el delito en comparación con la escuela clásica, siendo sus mayores exponentes tres personas, quienes fueron Cesare Lombroso (médico y antropólogo), Enrico Ferri (catedrático y sociólogo) y Rafael Garofalo (magistrado y jurista), y ellos tres en contraposición al pensamiento de la escuela clásica inician con el estudio del delincuente y sostienen que es necesario estudiar al delincuente porque el delito es el resultado de la acción humana misma que va relacionada directamente con la personalidad en este caso del delincuente y por ende descartan la idea de los clásicos al indicar que el ser humano se encuentra en la facultad de elegir entre el bien o el mal, que únicamente puede actuar de esa manera, porque su conducta depende de su personalidad y no de su propia voluntad (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 124).

Los positivistas conciben el delito como una realidad humana como un fenómeno natural o social. Ellos sostienen que el delincuente como ser humano es imputable por el simple de hecho de vivir en la sociedad en la cual trasgrede las normas de conductas, y la pena tenía que ir en relación con la peligrosidad social del delincuente y se utilizaban las medidas de seguridad con la finalidad de prevenir el delito y rehabilitar al delincuente y ellos consideraban que el Derecho Penal no pertenecía al campo de las ciencias jurídicas sino que pertenecía al campo de las ciencias naturales y que el estudio de la misma se debía de utilizar el método positivo, experimental o fenomenalista (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 124).

Para los exponentes de la escuela positiva, es importante analizar el delito desde un punto de vista de un fenómeno social o natural y no, así como lo hacía la escuela clásica que veía el delito como una acción de trascendencia jurídica. La escuela positiva sustenta la teoría que las personas al realizar una determinada conducta considerada delito deben ser sancionadas porque ponen en peligro el orden social preestablecido y la pena que se debe imponer debe guardar relación a la peligrosidad de quien lo cometió y no en relación con el daño causado como lo sostenía la escuela clásica.

La escuela positiva sostiene que lo importante es la personalidad de quien cometió un delito y se ocupa de analizar el motivo, por qué las personas cometen delitos, y es dentro de estas teorías que se crearon las medidas de seguridad, se habla por primera vez de la peligrosidad social, se habla de prevención del delito y de la rehabilitación del delincuente. Esta escuela sostiene que es importante saber porque la persona realiza una acción que es contraria a las acciones socialmente permitidas, y no presta tanta importancia en el resultado de la acción como tal, porque si se logra saber por qué cometió el delito se podría evitar que volvieran a cometer esas acciones y es por ello que son fieles creyentes de la prevención del delito y consideran está como la mejor opción para evitar el delito. La prevención se empezó a aplicar por los rasgos físicos de las personas.

La escuela positiva inclusive sostenía que por determinadas características podrían saber quién era susceptible de cometer delitos y ellos se adelantaban y podían poner medidas de seguridad a las personas para evitar que cometieran acciones que pusieran en riesgo el orden social.



- d. **Respecto a la pena.** Esta escuela considero que la pena no es mas que un medio de defensa social, y que la finalidad de la misma era preventiva, porque al existir un conocimiento de la sanción que existe al cometer determina acción con ello se crea una amenaza a los ciudadanos para que no cometan esa acción, y también se consideró a la pena como una prevención especial porque se considera que no solo existía la pena, porque también existen otra serie de sanciones, prohibiciones y hasta medidas de seguridad, que van a depender de la personalidad del delincuente y es por ello que observamos penas accesorias, que trascienden de la pena de prisión.
- e. **Respecto al delincuente.** La escuela positivista considero al delincuente como una persona anormal, un loco moral y no solo por las características tanto físicas como mentales del mismo, siendo el único responsable de cualquier acción antijurídica que cometiera, y es de esta característica que se considera que el Derecho Penal es personalísimo, porque únicamente se puede procesar a la persona que cometió el delito, y que al momento de la comisión de una acción ilegal la sanción impuesta es una condena social por el hecho de trasgredir los lineamiento impuestos por la sociedad, porque la sociedad debe buscar sus mecanismos de defensa en contra de quienes atenten con la convivencia de los habitantes.

Con los postulados de esta escuela positivista, se creó un gran desequilibrio y con ello indican De Mata Vela y De León Velasco

Se dio el más grande desconcierto del Derecho Penal Clásico y desequilibraron de tal manera el sistema jurídico de aquella época, que las legislaciones de corte clásico se convirtieron en positivistas, arrastradas por aquella corriente que mantuvo en crisis al Derecho Penal durante medio siglo (de 1850 a 1900). (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 54).

1.2.3. Escuela intermedia del Derecho Penal



Como parece ser en todo ámbito jurídico, surge una postura, posteriormente surge otra opuesta y luego aparece una tercera, que recopila lo mejor de ambas, y pues en las escuelas del Derecho Penal no es la excepción, y es por ello que los rezagos más cercanos a la evolución del Derecho Penal actual surge de las contradicciones entre ambas escuelas, entre la escuela clásica y la escuela positivista, porque estas contradicciones dieron lugar a nuevos postulados, concepciones del Derecho Penal, y con ello se construyeron nuevas ramas en el campo jurídico penal criminológico que a su vez fue un punto de partida entre la técnica y dogmática del Derecho Penal, es por ello que podemos indicar que ante las posturas de ambas escuelas surge esta tercera escuela que reúne lo mejor de ambas

Ambas escuelas generan grandes aportes para el Derecho Penal moderno, y lo importante es destacar que como cualquier ciencia tiene grandes aportes y también grandes errores, como lo citan los autores del curso de Derecho Penal guatemalteco al indicar:

Mientras la Escuela Clásica dio un carácter definitivamente científico al Derecho Penal desde el punto de vista jurídico, hilando un sistema de acabada perfección sobre la tesis del delito como "ente jurídico", buscando siempre un criterio de justicia absoluta, olvidó o no quiso recordar (como dice Cuevas del Cid), que el delito antes que una fría creación legal es un hecho del hombre, y postergó el estudio del delincuente. La Escuela Positiva que reivindicó al delincuente exigiendo que se le estudiara más profundamente y que se le tratara con medidas adecuadas a su personalidad, castigando el delito no en relación con el daño causado, sino en relación con la peligrosidad social del delincuente, creando las famosas medidas de seguridad para la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente, postergó al estudio del Derecho anteponiendo el estudio de las ciencias naturales o criminológicas, negando también la libertad moral del delincuente. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 55)

Las escuelas intermedias, como se indicó anteriormente son una mezcla entre la escuela clásica y la escuela positivista, la cual tomo los principios y postulados de

ambas escuelas y dio origen a una nueva etapa del Derecho Penal, que son la base del Derecho Penal que tenemos en nuestros días.



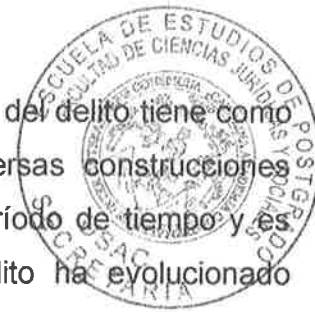
1.3. Teoría de delito

Se le llama Teoría del delito a la parte de la ciencia del Derecho Penal que se encarga de indicar de una forma clara, precisa y concisa las características que debe tener una conducta humana para que la misma sea considerada delito. Es importante indicar que la misma surge de la necesidad que tiene el Derecho Penal de establecer de una forma precisa qué características debe tener una conducta para ser considerada delito.

A través del tiempo la Teoría del delito ha pasado por construcciones sistemáticas distintas y éstas dependen de la situación en la que se encuentra la sociedad. La concepción clásica tiene como sustento una base sencilla fundamentada principalmente en el concepto de acción como movimiento corporal que produce un resultado en el mundo exterior y que tiene un vínculo llamado causalidad, misma que fue concebida por Beling y Lizst. (Arango Escobar, 2004, pág. xix). La Teoría del delito neoclásica es la que hace una revisión al sistema establecido en la clásica, en la cual se aparta de los conceptos de la Teoría del delito clásica, en donde se establece principalmente que la acción es un comportamiento voluntario por parte del individuo y partiendo de esta idea central de que la acción es por voluntad se establece un elemento dentro de la Teoría del delito como lo es la antijuricidad, siendo esta la acción voluntaria de trasgredir la norma y por ello se entiende como el daño social que se comete con la acción, y al analizar este daño social es en donde se encuentra el origen a las causas de justificación. (Arango Escobar, 2004, pág. xx).

Por su parte, la teoría finalista que tiene como máximo exponente a Welsel quien instituye que la Teoría del delito establece que la acción es la base de la Teoría del delito, porque es un ejercicio de la actividad final y que la intención se ubica dentro de la acción típica y no dentro de la culpabilidad porque esto es la reprochabilidad. (Arango Escobar, Teoría del delito, 2004, pág. xx).

Con lo anteriormente indicado se puede observar que la Teoría del delito tiene como antecedentes que la misma ha evolucionado a través de diversas construcciones sistemáticas, atendiendo a las necesidades actuales en cada período de tiempo y es por ello que se dice que la concepción de la Teoría del delito ha evolucionado conjuntamente con la sociedad.



1.3.1. Necesidad de la existencia de la Teoría del delito

La necesidad de la Teoría del delito se encuentra fundamentada en la pregunta básica del Derecho Penal: ¿en esa determinada acción, hubo delito?, para responder a esta pregunta fundamental, los juristas se han visto obligados a establecer una serie de lineamientos que van dirigidos a responder esta incógnita, y es que por ello de la misma necesidad de respuesta surge la Teoría del delito, con la cual se puede dar una respuesta a esta incógnita, que constituye la base fundamental para el estudio del Derecho Penal.

Raúl Zaffaroni, ante esta necesidad, indica que existe una teoría estratificada y teoría unitaria del delito, en la cual los partidarios del concepto unitario de la Teoría del delito establecen que es una infracción punible, y es por ello que los conceptos unitarios se agotan (Zaffaroni, 1991, pág. 319). Porque no profundizan de ninguna manera en más elementos, claro es cierto que eso es un delito, pero que conlleva más elementos para su estudio. La teoría estratificada es el concepto obtenido por un análisis y no por el delito, por ende lo “estratificado es el concepto que del delito obtenemos por vía del análisis” (Zaffaroni, 1991, pág. 320).

Ante estas dos posturas encontramos que la teoría estratificada del delito es la que analiza de forma sistemática todo el actuar del individuo desde la acción inicial hasta el resultado final y la teoría unitaria es más sencilla, pero ello no indica que la misma sea errónea, sino que la misma se circunscribe a responder de una manera básica a la pregunta de qué es un delito, siendo más compleja la estratificada, la cual pretende detallar cada aspecto de la conducta para determinar si la acción es constitutiva de un delito o no.

La necesidad de la Teoría del delito descansa en la idea de que es necesario que exista una forma lógica y sistemática para poder determinar que una acción es constitutiva de delito y por ende reproachable a quien la cometió, y que la misma previo a su comisión es constitutiva de sanción por las leyes vigentes del país.

1.3.2. Concepto de la Teoría del delito

Para definir qué es la teoría general del delito, existen diversos conceptos y para ello citamos a Muñoz Conde que indica:

La Teoría del delito es un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito. (Francisco & García Aran, 2004, pág. 205).

Con base en este concepto se puede identificar que la Teoría del delito es una serie de pasos secuenciales y categorizados, en los cuales se deben ir analizando uno a uno y con ello se puede indicar que acción es considerada como un delito.

“La Teoría del delito es la parte de la ciencia penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuales son las características que debe tener cada delito en general” (Zaffaroni, 1991, pág. 317).

Según el autor Arango Escobar se puede indicar que la Teoría del delito es aquella teoría que:

Se preocupa del estudio de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de la acción. No implica el estudio de los elementos que describen cada uno de los tipos de delito en particular, sino de aquellos que concurren en todo hecho punible. (Arango Escobar, Teoría del delito, 2004, pág. 5).

Es un método de análisis de distintos niveles, cada uno de estos presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirán la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación. (Bacigalupo, 1994, pág. 67).

Con las definiciones anteriores, se puede indicar que la Teoría del delito es la serie de elementos ordenados de manera lógica que tienen que ocurrir para que una conducta sea considerada como un delito, y que con la existencia de un elemento negativo no se puede considerar a la acción como un delito, es importante indicar que estos elementos servirán para indicar si la acción es constitutiva de delito.



1.4. Criterios para definir el delito

Cada corriente del pensamiento planteada con anterioridad tiene su propia definición de delito, por lo que se analizarán algunos:

1.4.1. Criterio legalista

Desde la denominada Edad de Oro del Derecho Penal a principios del siglo XIX, se deja ver un criterio legalista para definir al delito. El delito es lo prohibido por la ley, concepto que por su mismo simplismo se torna en indeterminado y resulta ser demasiado amplio en la actualidad, porque cuántos actos hay que son prohibidos por la ley, y sin embargo, no son necesariamente una figura delictiva" (Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, 1980, pág. 22).

Con este criterio legalista se puede inferir que durante la edad de oro del Derecho Penal, el delito era lo prohibido por la ley, siempre que la acción fuera contraria a la normativa legal vigente ya se consideraba como un delito, esa fue la concepción más básica de delito que a su vez fue la más compleja porque cualquier acción contraria a la normativa tendría que ser considerada delito, y en la actualidad encontramos que existen acciones que aunque sean contrarias a la ley, no se pueden considerar como delitos. Como por ejemplo existen acciones contrarias a las normas pero que no son constitutivas de delito tal es el caso de Guatemala en la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) institución en la cual, cuando se incumple una obligación de presentar una declaración de impuesto, esa acción es contraria a la norma, pero la sanción que conlleva es una sanción pecuniaria administrativa (omisos),

claro que si se deja de pagar ellos también podría representar un delito, pero en primera instancia la acción es contraria a la norma y si se incumple se sanciona con una multa y no alcanza la calidad de delito.



Este criterio legalista se podría definir de otra manera como la acción contraía a la normativa del Estado la cual tiene la finalidad de regular la conducta de las personas dentro de la sociedad para su convivencia.

1.4.2. Criterio filosófico

Los postulados de la escuela positiva en oposición a la escuela de juristas, los estudiosos del crimen analizaron el delito desde el punto de vista filosófico, tomando en cuenta diversos aspectos entre ellos los morales; los teólogos de esa época que encuadraban al delito como un pecado. Este criterio al momento de no prosperar la idea del delito visto desde un punto de vista moral, mismo que lo pudieron definir como una acción contraía a la moral, o también como una infracción al derecho o una violación al derecho, ambas concepciones han sido superadas en nuestros días, en virtud de que no todas las violaciones al orden jurídico constituyen un delito. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 129).

El criterio filosófico surge como una mezcla de un punto de vista moral, mismo que fue analizado por estudiosos del crimen y por lo tanto los teólogos de alguna forma intentaron encuadrar y definir al delito como un pecado, o visto desde otro punto de vista como acción contraria a la moral y la justicia, desde este análisis se menciona infracciones al deber, que con esta situación crea una obligación de una persona para actuar de determinada forma, porque es su deber actuar de la forma establecida en las normas.

1.4.3. Criterio Natural Sociológico

Estudió al delincuente desde un punto de vista antropológico, los estudiosos de esa rama se vieron en la necesidad de definir qué es un delito, porque sin esta



definición era imposible que existiera el delincuente, y la postura más representativa de esa corriente fue la del magistrado y jurista Rafael Garofalo, quien planteaba la Teoría del delito natural, esta teoría se basa principalmente en dos sentimientos siendo estos el sentimiento de piedad y el sentimiento de probidad, sobre los cuales se define al delito natural como: "ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida en que son poseídos por un grupo social determinado", y con ese mismo criterio tratadistas como Colajani, Durkheim y Ferri creador de la sociología criminal, que le da una orientación sociológica e intenta desvirtuar la Teoría del delito natural, y en ese sentido Ferri considera que el delito se refiere a "acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado". Como vemos allí se tienen ambas definiciones de delito vistas desde puntos de vista de dos positivistas. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 131).

Con base en lo anterior observamos que para definir el delito esté se refiere a cuestiones antisociales que surgen a raíz de motivos personales que alteran las condiciones dentro de un tiempo determinado. Son ofensas a los buenos sentimientos que posee un grupo de personas (la sociedad), que son realizados en un momento determinado.

1.4.4. Criterio técnico jurídico

Este movimiento técnico jurídico nace en Alemania luego de ser superada la crisis del Derecho Penal en la segunda mitad del siglo veinte, y con ella se da la construcción técnica jurídica de la infracción, y De León Velasco y de Mata Vela, (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 131) citando a Puig Peña indican que él desarrolló la teoría jurídica del delito con la cual se alcanza plena relevancia dentro del Derecho Penal. Ésta se ha desarrollado en varias etapas que han sido estrictamente jurídicas, dejando por un lado todas las anteriores. Primero citando a Ernesto Binding quien establece la teoría de las normas; Von Liszt quien en 1881 define al delito como "acción antijurídica y culpable castigada con una pena", esta definición de Liszt se mantiene inamovible hasta en 1906 cuando el profesor Ernesto Beling en su trabajo de Teoría del delito,

elementos que han sido agregados y eliminados por las diversas corrientes de pensamientos.



1.5. El delito

Luego de analizar la Teoría del delito, sus antecedentes, el porqué de la necesidad de la Teoría del delito, su definición, las escuelas a través de las cuales se ha definido, y siendo la figura del delito el objeto central del Derecho Penal es dentro de la misma teoría que se encuentra en esencia el poder del Estado y la actividad punitiva del mismo.

Se puede indicar que a lo largo del tiempo, el significado y los alcances del termino delito han evolucionado de la mano con la sociedad, porque en el derecho del antiguo oriente Persia, Israel, Grecia y Roma primitiva, se empieza a valorar el delito de forma objetiva, y esto se refería a que se castigaba En relación conl daño causado, por lo que se tomaba muy en cuenta el daño producido, recordando que lo que importaba era el resultado gravoso producido, en esa parte de la historia incluso se juzgaba a cosas inanimadas tales como piedras e incluso en la edad media se juzgaba a los animales tal y como lo indican los autores De León Velasco y Mata Vela, citando al profesor Luis Jiménez de Asúa, existió un abogado que se especializaba en defender a las bestias.

Pero fue en Roma en donde por primera vez se dió una valoración diferente al resultado y fue allí en donde se empezó a valorar de forma subjetiva al delito y se empezó a valorar la intención (dolo o culpa), situación que trae su origen y que es la base de la valoración del Derecho Penal en la actualidad (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 121).

En la actualidad, la terminología moderna ha evolucionado el Derecho Penal, y es por ello que se habla indistintamente de delito, crimen, infracción, hecho punible, ilícito penal, hecho criminal o faltas entre otras. Es importante indicar que en Guatemala actualmente en nuestro Código Penal decreto 17-73 emitido por el Congreso de la República de Guatemala, se usa el sistema bipartito y es por ello que la clasificación de las infracciones penales se cataloga únicamente como delitos y faltas (De Leon Velasco



& Mata Vela, 1989, pág. 122). Ante el gran número de palabras que se pueden utilizar para describir una conducta contraria a la normativa penal, el Código Penal guatemalteco, de una forma muy concreta adoptó un sistema que cataloga todas estas acciones únicamente como faltas y delitos atendiendo a la gravedad del actuar y el bien jurídico tutelado y es por ello que se adoptó únicamente delitos y faltas, siendo las faltas las acciones contrarias a la norma leves y los delitos las acciones contrarias a la norma que atendiendo a la peligrosidad y al bien jurídico tutelado se catalogan como más perjudiciales para la sociedad.

1.5.1. Naturaleza del delito

Muchos criminalistas han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva en todos los tiempos y en todos los países para determinar si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas han sido estériles, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de ésta, y por consiguiente, es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa (Muñoz Conde, 1984, pág. 37)

La naturaleza del delito no se puede crear una base que sea constante y de perpetua permanencia en el transcurrir del tiempo, toda vez que los mismo han evolucionado de la misma forma en que evoluciona la sociedad, y que es la misma sociedad la que determinara las conductas que considera lesivas en un tiempo determinado, y así como las conductas han evolucionado muchas otras quedan en desuso.

Para ejemplificar esto de una manera más clara se citan algunos ejemplos para mayor comprensión, anteriormente cuando el uso de las computadoras y el internet no era tan común y accesible, no se encontraban tipificados los delitos informáticos ni electrónicos, porque era innecesario encuadrar esa conducta dentro de un tipo penal, en virtud que nadie cometía esa acción, otro ejemplo sería algún tiempo atrás cuando el dinero en efectivo era la única forma de comprar y de vender dentro de una sociedad no se veían en la necesidad de tipificar el delito informático de clonación de tarjeta de



siguientes desarrollaran los elementos de la teoría tanto los positivos como los negativos para que tener un panorama más claro y amplio de todos los elementos que debe tener una acción que se considera como delito.

1.6. Clasificación de los delitos

La legislación de Guatemala clasifica a los delitos en dolosos y delitos culposos. De conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, establece que: "El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto". Por su parte el artículo 12 del Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, establece que: "El delito culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia".

Para entender de una forma más clara, en Guatemala los delitos pueden ser culposos y dolosos, los dolosos cuando existe voluntad, porque el resultado ha sido previsto, se planea y se realiza: y los culposos son aquellos delitos en los que no se tiene la intención, sino que fue por faltar a los deberes de cuidado, y ocurren cuando hay negligencia, imprudencia e impericia. Y para explicar de una mejor manera los delitos dolosos, se explicarán los elementos del dolo.

1.7. Elementos del Dolo

Los elementos del dolo sirven para determinar cuándo se actúa mediante dolo.

- a) Elemento Cognoscitivo: "Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción, debe saber qué es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción, como la acción típica". (Cauhapé Cazaux, 1998, pág. 29). Este es una de los que la persona que realiza la acción considerada como delito debe tener conocimiento de la acción y que está realizando y así mismo que debe ser extensiva a todo lo

1.8. Clasificación de los delitos

La clasificación de los delitos, se hace de forma doctrinaria para que su estudio sea más práctico, porque desde un punto de vista legal solo se pueden dividir por el bien jurídico que tutelan. La clasificación más común es la siguiente:

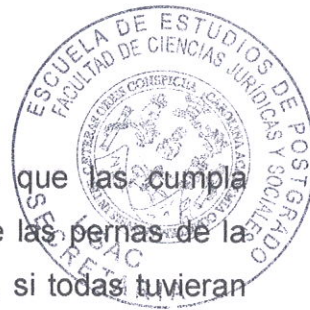
1.8.1. Por su gravedad: se clasifican en delitos y faltas. Siendo los delitos las infracciones graves penadas por la ley penal, y las faltas son infracciones leves a la ley penal, En Guatemala los delitos se encuentran contenidos en el Libro II Parte Especial del Código Penal y las leyes especiales y las faltas se encuentran reguladas en el libro III De las Faltas, y tanto delitos como faltas tiene una sanción diferente, por su parte la legislación penal nos indica que las penas principales son la de muerte, la de prisión, el arresto y la multa, asimismo nos indica que la pena de prisión es la que consiste en la privación de libertad personal, que debe cumplirse en centros penales destinados para el efecto y que la duración de la misma puede ser desde un mes hasta cincuenta años, esta es la sanción para delitos y para las faltas se encuentra la pena de arresto que es la que consiste en la privación de la libertad personal hasta por sesenta días, esta solo se aplicara a los responsables de las faltas, y se debe ejecutar en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión. Con esto vemos los parámetros principalmente que para las faltas la pena de arresto no puede exceder de sesenta días y para los delitos la pena puede ir hasta los cincuenta años de prisión.

1.8.2. Por su estructura. Los delitos se pueden clasificar en simples y complejos. Son delitos simples aquellos que vulneran un solo bien jurídico tutelado, y que están compuestos por el elemento descrito en el tipo penal; y los complejos son aquellos que violan diversos bienes jurídicos tutelados, y que la comisión de los mismos está ligado con una acción propia de violentar dos o más bienes jurídicos tutelados, mediante acciones que están descritas en varios tipos penales.

Los delitos compuestos son aquellos cuando un mismo sujeto activo ejecuta diversos hechos delictivos, en Guatemala son el concurso real, concurso real y delito continuado y esta clasificación es para la aplicación de la pena.

El concurso real se encuentra regulado en artículo 69 del Código Penal, el cual establece: "Al responsable de dos o más delitos, se le impondrán todas las penas





correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves, pero el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración, si todas tuvieran igual duración no podrán exceder del triple de la pena. Este máximo sin embargo en ningún caso podrá ser superior: 1º. A cincuenta años de prisión y 2º. A doscientos mil quetzales”

El concurso ideal se encuentra regulado en el artículo 70 del Código Penal el cual establece: “En caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte. El tribunal impondrá todas las penas que correspondan a cada una de las infracciones si a su juicio esto fuera más favorable al reo, que la aplicación de la regla anterior. Cuando se trate de concurso ideal de delitos sancionados con prisión, de delitos sancionados con prisión y multa o de delitos sancionados sólo con multa, el juez, a su prudente arbitrio y bajo su responsabilidad, aplicará las sanciones respectivas en la forma que resulte más favorable al reo.

El delito continuado se encuentra regulado en el artículo 71 del Código Penal el cual establece: “Se entenderá que hay delito continuado cuando varias acciones u omisiones se cometan en las circunstancias siguientes: 1º. Con un mismo propósito o resolución criminal. 2º. Con violación de normas que protejan un mismo bien jurídico de la misma o de distinta persona. 3o. En el mismo o en diferente lugar. 4o. En el mismo o distinto momento, con aprovechamiento la misma situación. 5o. De la misma o de distinta gravedad. En este caso se aplicará la sanción que corresponda al delito, aumentada en una tercera parte.

Por lo que en Guatemala se observa que los delitos atendiendo a su estructura se dividen en simples y complejos y los complejos son los ya mencionados.

1.8.3. Por su resultado. Se clasifican en delitos de daño y de peligro y delitos instantáneos y permanentes. Siendo los delitos de daño las acciones antijurídicas que por la lesión que producen crean una modificación en el mundo exterior, para ejemplificar de una mejor manera se puede mencionar el homicidio, que causa una modificación en el mundo exterior; el delito de peligro, es el que pone un bien jurídico



tutelado en peligro y en este por ejemplo podríamos mencionar una responsabilidad de conductores, porque no se ha producido una modificación en el mundo exterior pero si es sancionado y porque se pone en peligro un bien jurídico tutelado. Los delitos instantáneos, son los que se perfeccionan en el momento de su comisión, y los permanentes son aquellos que la acción del sujeto se continúa manifestando durante un periodo de tiempo ya sea corto, mediano o largo, pero sus efectos no son inmediatos.

1.8.4. Por su Ilícitud y Motivaciones. Los delitos se clasifican en comunes, políticos y sociales. Siendo los comunes los que lesionan a una persona ya sea individual o jurídica; los políticos son los delitos que están orientados a perjudicar o desestabilizar el orden político de un Estado; y los sociales son los delitos que ponen en riesgo el orden social de un Estado. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 204)

1.8.5. Por su grado de voluntariedad o culpabilidad. Doloso, Culposos y Preterintencionales. Siendo el delito doloso el que se comete con dos aspectos esenciales que es el elemento cognoscitivo y volitivo, que no son más que el conocimiento y la voluntad; por su parte el culposos es el delito que se comete por negligencia, imprudencia e impericia; y por último el preterintencional, que es aquel delito que se comete, pero el resultado que se espera no es tan grave como el que realmente se ocasiono.

1.9. Bienes Jurídicos tutelados

El *Ius Puniendi*, o el poder coercitivo corresponde con exclusividad al Estado, quien tiene el poder soberano y para este ejercicio busca la protección de ciertos valores que considera que son indispensables para el desarrollo de la sociedad y la convivencia pacífica entre sus habitantes y es por ellos que buscar tutelar ciertos valores y brindarles protección y es por ello que doctrinariamente se les reconoce como objeto del ataque del delito. Y es en la búsqueda de esta protección que el Estado se organiza y protege bienes jurídicos tutelados y es de esta forma en que se organiza la legislación penal. El Estado protegerá los bienes jurídicos de carácter públicos, y la defensa de los mismos le corresponde a los tribunales de justicia pero los persigue de oficio el Ministerio Público, en representación de la sociedad.



El Código Penal de Guatemala clasifica los delitos de la siguiente manera y como se observa cada título, protege un bien jurídico diferente, la siguiente calificación es la que hace actualmente el Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala se divide en 3 libros, el libro I es las partes generales, el libro II es la parte especial que a su vez se divide de la siguiente manera:

Título I. De los Delitos contra la vida y la Integridad de la Persona.

Título II. De los delitos contra el honor.

Título III. De los delitos contra la libertad y la Seguridad Sexuales y contra el pudor.

Título IV. De los delitos contra la Libertad y la Seguridad de la Persona:

Título V. De los Delitos Contra el Orden Jurídico Familiar y contra el estado Civil.

Título VI. De los delitos contra el Patrimonio.

Título VII. De los Delitos Contra la Seguridad Colectiva:

Título VIII. De los Delitos contra la Fe Pública y el patrimonio Nacional.

Título IX. De los delitos de falsedad material.

Título X. De los delitos contra la economía nacional, el comercio, la industria y el régimen tributario.

Título XI. De los Delitos contra la Seguridad del Estado.

Título XII. De los delitos contra el Orden Institucional.

Título XIII. De los Delitos contra la Administración Pública.

Título XIV. De los Delitos contra la Administración de Justicia.

Título XV. De los Juegos ilícitos.

Esta es la forma en que se organiza el Código Penal de Guatemala y a través de cada título encontramos una diversidad de delitos que protegen el bien jurídico tutelado al que se hace referencia. Y el libro III es el de las faltas.



1.10. La Pena

Es el resultado por la comisión de una acción considerada como ilegal, luego de que la persona es citada, oída y vencida en juicio por tribunal previamente constituido, los libros de Derecho Penal ilustran cómo ha evolucionado la pena desde castigos inhumanos hasta lo que se tiene hoy en día, siendo la pena máxima en algunos países la pena de muerte, que es la que consiste en quitarle la vida a una persona por la comisión de un hecho, que consideran que afecta grandemente la convivencia en sociedad. La pena es el castigo a un individuo por la comisión de un delito, siendo este el recurso que el Estado para sancionar y evitar que otras personas realicen esas conductas.

1.11. Evolución y origen de la Pena

Estudiaremos que la evolución de la pena ha pasado por cinco grandes etapas en la historia. La primera, la etapa primitiva, la cual simplemente la pena era una venganza, si me cometían algo el agraviado o quien se creyera que era el agraviado estaba facultado para vengarse del autor, pues no era más que una simple venganza; la segunda etapa de las penas paso a que la pena tiene un aspecto puramente religioso, y con ellos se da el derecho a castigar a los sacerdotes, más que al poder civil, en esta etapa el delito era considerado como un pecado y es por ello que se debe sancionar por los religiosos de ese momento de la historia; la tercera etapa, es cuando la pena tiene un fundamento ético; se dice que la pena tiene un sentido ético porque tiene sentido de castigar y moralizar al delincuente, en esta etapa es importante indicar que el castigo va de la mano con moralizar y hacer ver el error que había cometido; la cuarta etapa, la cual fue denominada por Enrico Ferri como que la pena tenía fundamento ético jurídico, porque no solamente tiene los aspectos éticos, porque se busca moralizar al delincuente sino que también va intervenir el mundo jurídico, con base en los principios ya conocidos y que da la Escuela Clásica de Derecho Penal; y la quinta etapa es la etapa social de la pena, el momento en el cual el delincuente es considerado más que como delincuente



como un enfermo social, y por lo tanto la sociedad tiene que hacerse cargo de él, lo que es muy diferente a que la sociedad lo castigue. (Arango Escobar, 2006, pág. 20).

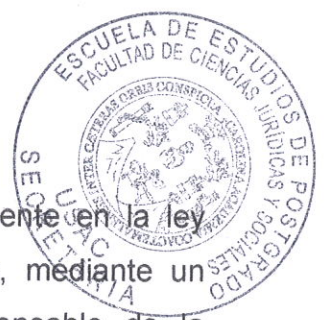
El origen de la palabra Pena: Etimológicamente el termino de pena, se le ha atribuido varios significados en la historia del Derecho Penal, se dice que se deriva del vocablo Pondus, que quiere decir peso, otros consideran que se deriva del sánscrito Punya, que significa Pureza o Virtud; algunos otros creen que se origina del griego Ponos, que significa trabajo o fatiga; y por último se considera que proviene de la palabra latina Poena, que significa Castigo o Suplicio. En cuanto a la terminología jurídica, en nuestro medio y en sentido muy amplio, se habla de pena, sanción, castigo, condena, punición, etc. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 236)

1.12. Definiciones de la pena

Pena es una consecuencia jurídica del delito, que consiste en la privación o restricción de ciertos bienes jurídicos, que impone el órgano jurisdiccional, basado en la culpabilidad del agente y que tiene como objetivo la resocialización del mismo (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 266).

El autor Cuello Calón dice: “es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción” (Arango Escobar, Sanción penal o sanción pedagógica, 2006, pág. 20)

Eugenio Cuello Calón, define pena como una consecuencia eminentemente jurídica y debidamente establecida en la ley, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, que impone un órgano jurisdiccional competente en nombre del Estado, al responsable de un ilícito penal. Es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la personalización. O sea que la pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el Juez en su sentencia condenatoria. (Cuello Calón, 2000, pág. 71)

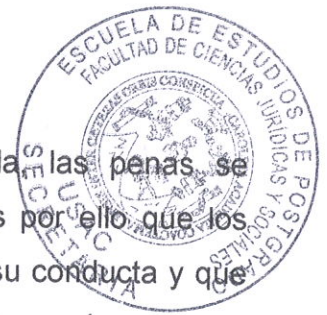


La pena es la consecuencia jurídica del delito, establecida claramente en la ley penal, que va a privar o restringir al sujeto de sus bienes jurídicos, mediante un proceso, que impone un órgano jurisdiccional competente, al responsable de la comisión de un delito por medio de una sentencia, en la cual determina el daño que ocasiono al bien jurídico tutelado.

1.13. Características de la Pena

La pena analizada como la sanción o el castigo por excelencia de la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, tiene las siguientes características:

1. Es un castigo, esta característica deviene de la idea de que la pena se convierte en un castigo para el condenado que sufre al momento de sufrir la privación de libertad y la restricción de sus bienes.
2. Naturaleza pública, se indica que es de naturaleza publica porque únicamente es a través del Estado que se puede imponer y ejecutar la pena.
3. Consecuencia jurídica, es una consecuencia jurídica toda vez que la imposición de una pena es posterior a identificar que existe una conducta humana, típica, antijurídica, culpable y es posteriormente a esta lógica que se vuelve punible a través de una norma que debe estar previamente determinada por la ley penal, que debe ser impuesta por un tribunal competente y previamente establecido, al responsable de una conducta ilícita, luego de haber agotado el debido proceso.
4. Personal, es importante indicar que una de las características de la pena es que solo se impone a las personas individuales, es aquí en donde surge la idea que nadie puede ser castigado por delitos cometidos por otras personas, y con ello se puede indicar que la pena es personalísima y esta premisa se sintetiza en el principio de la personalidad de la pena.



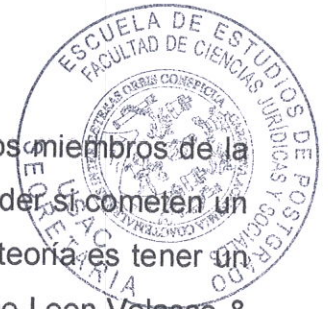
5. Determinada, la pena debe ser determinada, en Guatemala, las penas se encuentran contempladas entre un mínimo y un máximo y es por ello que los sentenciados no pueden sufrir más de la pena impuesta para su conducta y que la misma debe ser limitada, y es ante esta característica que se observa una contradicción con la cadena perpetua, porque para algunos juristas consideran que la determinación de esa pena es la vida del sindicado, mientras otros juristas consideran que al ser cadena perpetua no existe la determinación de la pena.
6. Proporcional, la pena debe ser proporcional al daño causado, esto quiere decir que la gradación de la pena debe ser proporcional al daño causado en relación con el bien jurídico tutelado que vulnera, y también pasa por la proporción de la pena a imponerse porque se deben tomar en consideración diversos factores como la personalidad del delincuente, su reincidencia y en fin cada aspecto de la conducta realizada ayudara a que la sanción sea proporcional con su acción.
7. Flexible, en la característica de la flexibilidad establece que la pena pueda ser objeto de una revisión, porque toda vez que es una actividad humana puede existir error y es por ello que De Mata Vela y De León Velasco citando a Sebastián Soler indican: "la pena es elaborada y aplicada por el hombre, por lo cual supone siempre una posibilidad de equivocación y por ello debe haber la posibilidad de revocación y reparación, mediante un acto posterior" (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 242). Ante esta característica se determina que la flexibilidad se refiere a las revisiones que puede tener la pena en relación poder ser objeto de evaluación en un futuro.
8. Ética y Moral, esta característica se refiere a que la pena debe ser en beneficio del delincuente, y en ningún caso se debe considerar como una venganza por parte del Estado por haber cometido una acción en contra de la sociedad, y buscando la ética y moral de la pena es que la misma busca la rehabilitación y reinserción de la persona a la sociedad, y es de aquí de donde sale la finalidad de la pena.

1.14. Fines de la Pena



Para mencionar los fines o la finalidad de la pena es importante indicar que la pena debe tener una utilidad social que se puede traducir en asignarle una utilidad social a la imposición de la pena, misma que se puede indicar que es la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente, estas dos son las características principales que debe tener la pena. Por su parte el autor Cuello Calón indica: "la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente al de la prevención del delito" (Cuello Calón, 2000, pág. 582). Para entender de una manera más clara estudiaremos las diversas teorías de los fines de la pena.

- **Teoría de la Retribución.** Esta se sostiene en una tradición idealista y cristiana, y tiene su fundamento en que la culpabilidad del autor se debe compensar mediante la imposición de un mal, un castigo o una sanción y que esta imposición debe tener como finalidad alcanzar la justicia. Esta se basa en el castigo-retributivo. En esta se indica que la pena debe causar un sufrimiento y ser aflictiva para la persona que cometió un ilícito, y que con ello se alcance la amenaza penal y que con ello los demás habitantes vean el castigo que conlleva la realización de esa acción. Esta teoría indica de una manera precisa al indicar que si la personas comete un delito debe ser castigado para que se cumpla la amenaza penal y que con ello se pueda aplicar la ley.
- **Teoría Relativa.** También es llamada teoría utilitaria, Esta teoría es la que persigue los fines fuera de las propias normas, porque la misma consistente en evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, ya sea por la colectividad o sea por los miembros de una comunidad, o por el propio individuo que ya ha delinquido. Y es de esta teoría que se clasifica la prevención general y la prevención especial que a su vez la divide en positiva y negativa. (Rodríguez Barillas, 2003, pág. 526)
- **Teoría de la prevención general.** Esta es la que sostiene que la pena debe transmitir una intimidación personal y de tipo general para todos los miembros



de una comunidad, y la forma en la que debe actuar con los miembros de la comunidad es a través de advertir de lo que les puede suceder si cometen un delito, por lo que se puede indicar que la finalidad de esta teoría es tener un efecto intimidatorio para los miembros de la colectividad. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 246)

- **Teoría de la prevención especial.** Esta teoría nace con el positivismo italiano y luego es desarrollada por Franz Von Liszt y esta teoría sostiene que la intimidación es individual por lo que recae únicamente en el delincuente y que tiene la única finalidad que el mismo no vuelva a delinquir, y que la finalidad es la prevenir la comisión de nuevos delitos. Por su parte De Mata Vela y De León Velasco citando al profesor de la Barreda indican

La teoría de la prevención especial conduce a una consecuencia inocultable, con independencia de que seamos culpables o no de un delito, todos podemos ser corregibles, o, al menos, se nos puede inhibir, y si ello se hace sin tomar en cuenta la culpabilidad, para los fines correccionistas propugnados, se abre la posibilidad de la pena ilimitada temporalmente, y luego se hace una segunda objeción, si no existe peligro de que un delito se repita, por grave que sea, ningún sentido tiene la pena. Y finalmente dice, la idea de corrección indica un fin de la pena, pero no la justifica (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 246)

Esta teoría recae sobre el sujeto delincuente, la pena es un medio para intervenir en la vida del infractor de la norma. Esta intervención se justifica como forma de prevenir futuros delitos. El fin de esta teoría es evitar que la persona que cometió el delito lo vuelva hacer. Esta teoría a su vez se divide en dos: a) Prevención especial positiva o de la corrección: donde la pena tiene como finalidad corregir al reo y que tiene como fin rehabilitarlo y b) Prevención especial negativa o de inocuización y que tiene como finalidad neutralizar al reo.



1.15. La pena en Guatemala

La legislación guatemalteca divide la pena en dos grandes grupos que son las penas principales y las penas accesorias. El artículo 41 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la Republica establece: "Son penas principales: la de muerte, la de prisión, el arresto y la multa". Y el artículo 42 del Código Penal indica: "Son penas accesorias: Inhabilitación absoluta; inhabilitación especial; comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito; expulsión de extranjeros del territorio nacional; pago de costas y gastos procesales; publicación de la sentencia y todas aquéllas que otras leyes señalen".

Es importante indicar que son: "principales las penas que gozan de autonomía en su imposición de tal manera que pueden imponerse solas, prescindiendo de la imposición de otra u otras, por cuanto tienen independencia propia" (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 262).

La pena de muerte se encuentra regulada en el artículo 43 del Código Penal, e indica: "La pena de muerte, tiene carácter extraordinario y sólo podrá aplicarse en los casos expresamente consignados en la ley y no se ejecutará, sino después de agotarse todos los recursos legales.

No podrá imponerse la pena de muerte:

- 1o. Por delitos políticos.
- 2o. Cuando la condena se fundamente en presunciones.
- 3o. A mujeres.
- 4o. A varones mayores de sesenta años.
- 5o. A personas cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

En estos casos y siempre que la pena de muerte fuere conmutada por la de privación de libertad, se le aplicará prisión en su límite máximo".

La pena de prisión se encuentra regulada en el artículo 44 del Código Penal y establece: "La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y deberá



cumplirse en los centros penales destinados para el efecto. Su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años.

A los condenados a prisión que observen buena conducta durante las tres cuartas partes de la condena, se les pondrá en libertad en el entendido que, si cometieren un nuevo delito durante el tiempo que estén gozando de dicho privilegio, deberán cumplir el resto de la pena y la que corresponda al nuevo delito cometido.

La rebaja a que se refiere este artículo no se aplicará cuando el reo observe mala conducta, cometiere nuevo delito o infringiere gravemente los reglamentos del centro penal en que cumpla su condena”.

Es importante señalar que el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala indica que:” El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas:

a) Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos;

b) Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado;

c) Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad.

La infracción de cualquiera de las normas establecidas en este artículo, da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados y la Corte Suprema de Justicia ordenará su protección inmediata.

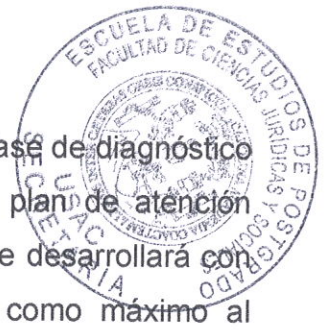
El Estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este artículo”.



Para entender de una mejor manera me permito citar la opinión consultiva emitida a solicitud del Organismo Legislativo. Gaceta No. 3, expediente No. 170-86, página No. 2, resolución: 28-01-87, que índico

"...El espíritu del artículo 19 Constitucional se refiere expresamente a "readaptación social", esto es, a un eficaz tratamiento del recluso orientado a su readaptación social y reeducación. Para la readaptación han existido distintos sistemas, entre ellos, el progresivo, a través de un seguimiento de la conducta y el de individualización científica; pero ambos casos se refieren a sistemas a practicar en los establecimientos penitenciarios. Lo que aquí decimos coincide exactamente con el texto del mismo artículo 19 comentado que finaliza diciendo: '...y a la reeducación de los reclusos y cumplir con EL TRATAMIENTO de los mismos...' Las normas mínimas para ese tratamiento, las desarrolla la Constitución en los incisos a), b) y c) del comentado artículo 19, y ninguno de ellos se refiere a reducciones en las penas sino a tratamiento institucionalizado. No es a través de una rebaja general de penas, como pueden alcanzarse las condiciones mínimas que permitan la reeducación y re inserción social del condenado a la pena privativa de libertad, y aunque no sea esta pena la panacea que va a resolver el problema de la antisocialidad, por el momento nuestra política criminal no tiene más remedio que seguir recurriendo en gran número de casos a este tipo de sanción..."

Y es por ello que se indica que la finalidad de la pena de prisión es un tratamiento orientado para la readaptación social y reeducación de los reclusos. Para esta finalidad la ley del régimen penitenciario, Decreto 33-2006 del Congreso de la Republica establece: "Art 56. El Régimen Progresivo es el conjunto de actividades dirigidas a la reeducación y readaptación social de los condenados mediante fases, en donde se pone de manifiesto el progreso de su readaptación. Art 57. Fases del Sistema Progresivo. El Sistema Progresivo comprende las fases siguientes: a) Fase de Diagnóstico y Ubicación; b) Fase de Tratamiento; c) Fase de Prelibertad; y, d) Fase de Libertad Controlada.



En relación con estas cuatro fases del régimen progresivo son a) fase de diagnóstico y ubicación: cuyo objeto será definir la ubicación y establecer un plan de atención técnica para la persona reclusa. b) Fase de Tratamiento: esta fase se desarrollará con el apoyo de la subdirección de rehabilitación, y deberá, concluir como máximo al momento que la persona reclusa cumpla con la mitad de la condena. c) Fase de Prelibertad: es la fase donde se otorga el recluso, el beneficio de afianzar su vinculación familiar y su relación con la comunidad exterior, para lograr su readaptación y así lograr que pueda realizar trabajos fuera del centro penitenciario. d) Fase de la Libertad controladora: su objetivo es que el recluso, obteniendo su libertad bajo control del Juez de ejecución, desarrolle algún trabajo o estudie fuera de centro, cuando haya cumplido la mitad de la pena. (Madrado Mazariegos & Madrado Mazariegos, 2006, pág. 163)

Por su parte, la pena de arresto se encuentra regulada en el artículo 45 del Código Penal y la misma establece: “La pena de arresto consiste en la privación de libertad personal hasta por sesenta días. Se aplicará a los responsables de faltas y se ejecutará en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión”. Actualmente, en Guatemala, no se cuenta con la infraestructura para separar de alguna forma a los que están en arresto, en prisión o en prisión preventiva, regularmente son los mismos centros de detención.

La pena de multa consiste en el pago de una cantidad de dinero que el juez fijará, dentro de los límites legales. La multa tiene carácter personal y será determinada de acuerdo con la capacidad económica del reo; su salario, su sueldo o renta que perciba; su aptitud para el trabajo, o capacidad de producción; cargas familiares debidamente comprobadas y las demás circunstancias que indiquen su situación económica. La multa deberá ser pagada por el condenado dentro de un plazo no mayor de tres días, a contar de la fecha en que la sentencia quedó ejecutoriada. Previo otorgamiento de caución real o personal, a solicitud del condenado, podrá autorizarse el pago de la multa por amortizaciones periódicas, cuyo monto y fechas de pago señalará el juzgador teniendo en cuenta las condiciones económicas del obligado; en ningún caso excederá de un año el término en que deberán hacerse los pagos de las amortizaciones.

Las penas accesorias son las que por el contrario no gozan de independencia o autonomía en su imposición, porque necesariamente deben anexarse a una principal,



porque no se pueden imponer por si solas. Las penas accesorias, de conformidad con el artículo 42 del Código Penal son: la Inhabilitación absoluta; inhabilitación especial; comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito; expulsión de extranjeros del territorio nacional; pago de costas y gastos procesales; publicación de la sentencia y todas aquéllas que otras leyes señalen. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 262).

La inhabilitación absoluta comprende: 1o. La pérdida o suspensión de los derechos políticos. 2o. La pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque proviniera de elección popular. 3o. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos. 4o. La privación del derecho de elegir y ser electo. 5o. La incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor. (Artículo 56 Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala).

La inhabilitación especial consistirá, según el caso: 1o. En la imposición de alguna o algunas de las inhabilitaciones establecidas en los distintos incisos del artículo que antecede. 2o. En la prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación. (Artículo 57 Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala)

La suspensión de derechos políticos es una pena accesoria porque la pena de prisión lleva consigo la suspensión de los derechos políticos, durante el tiempo de la condena, aunque ésta se conmute, salvo que obtenga su rehabilitación. (Artículo 59 Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala)

El comiso consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho. Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado. Los objetos decomisados de lícito comercio, se venderán y el producto de la venta incrementará los fondos privativos del Organismo Judicial. (Artículo 60 Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala)



La publicación de la sentencia es pena accesoria a la principal que se imponga por los delitos contra el honor. A petición del ofendido o de sus herederos, el juez, a su prudente arbitrio, ordenará la publicación de la sentencia en uno o dos periódicos de los de mayor circulación en la República, a costa del condenado o de los solicitantes subsidiariamente, cuando estime que la publicidad pueda contribuir a reparar el daño moral causado por el delito. En ningún caso podrá ordenarse la publicación de la sentencia cuando afecte a menores o a terceros. (Artículo 61 Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala).





CAPÍTULO II

Elementos positivos del delito

2.1. Elementos positivos

La Teoría del delito establece que existe una serie de requisitos ordenados que deben existir para que una acción sea considerada como delito y esos son los llamados elementos positivos, los que efectivamente deben existir y al hacer falta alguno de ellos la acción deja de ser considerada como delito; los elementos negativos son todos los elementos contenidos en la ley penal por medio de los cuales, al existir alguno la acción ya no puede ser considerada delito, y respetando los principios del Derecho Penal no se puede sancionar como tal.

Por lo que se puede indicar que la Teoría del delito establece que necesariamente deben cumplirse todos los elementos positivos del delito para considerar a la acción relevante en el mundo jurídico.

Los elementos positivos del delito son:

- 1.1. Acción u omisión.
- 1.2. Tipicidad.
- 1.3. Antijuridicidad
- 1.4. Culpabilidad
- 1.5. Punibilidad

2.2. Acción u omisión

En el texto *Manual de Derecho Penal* se indica que "se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser

penalmente relevante. La voluntad implica siempre una finalidad". (Muñoz Conde & García Arian, *Manual de derecho penal parte general*, 1998, pág. 228). La acción se refiere a cualquier actividad que depende de la voluntad del ser humano, o también dicho en otras palabras es todo acto que tiene una consecuencia en el mundo exterior y que la misma acción se realiza para alcanzar un fin específico y que esa acción puede o no resultar relevante para el Derecho Penal. En términos generales al referirse a la voluntad va de la mano con la finalidad que tiene la persona que realiza la acción, por lo que podemos indicar que la acción siempre está encaminada a un fin específico que nos da el elemento volitivo (voluntad).

Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco De Matta Vela, en su libro *Curso de Derecho Penal guatemalteco, parte general*, dentro de los elementos positivos del delito refieren a la acción como:

Es una manifestación de la conducta humana consciente (voluntaria), o inconsciente (involuntaria) algunas veces; positiva (activa) o negativa (pasiva) que causa una modificación en el mundo exterior (mediante un movimiento corporal o mediante su omisión) y que está prevista en la Ley. (De León Velasco, 1996, pág. 143).

Podemos indicar que, para efectos del presente trabajo de investigación, que se tomará como parte integrante del vocablo acción como un acto humano, porque únicamente los humanos son susceptibles de crear una acción que va encaminada a un determinado fin específico y que puede tener repercusiones y trascendencia en el ámbito jurídico penal. Por eso se analizará como acción a un acto humano exclusivamente.

La conducta humana tiene dos aspectos que hay que tener en cuenta siendo estos el querer y la voluntad, siendo el querer la fase interna el desearlo y la voluntad la fase externa en la cual el autor pone en marcha lo pensado a través de la selección de medio para realizar determinada acción (Muñoz Conde & García Arian, 1998). Las dos fases de la acción las podemos ejemplificar con la idea de que una persona tiene un arma de fuego, piensa y planea salir a la calle con el arma, al encontrar a una persona sacarle la pistola, amenazarla y luego quitarle su teléfono celular, allí se termina la primera fase (planeación) porque él pensó que quería un teléfono celular, y planeo



como obtenerlo, con ello cumple toda su fase interna o de preparación y luego en la segunda fase (ejecución) salió a la calle, establece quien será su objetivo, sigue a la persona, cuando considera que es el momento oportuno, le habla para que detenga su marcha, le enseña el arma de fuego, lo amenaza y luego lo despoja de su teléfono móvil, toda la ejecución es la segunda fase de la acción, que es la fase externa. Con esta ejemplificación se observa que la acción para el Derecho Penal va de la mano con la voluntad.

En Guatemala, el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda. Con base en este artículo se establece que en Guatemala no podemos mencionar únicamente a la acción como un elemento del delito, sino que también la omisión, porque por omisión también existen delitos de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico penal vigente. Dicho de otra manera, en Guatemala es de especial trascendencia para el Derecho Penal lo que se hizo (acción), como lo que dejó de hacer (omisión). Estas conductas se pueden mencionar como conductas activas (acción) o pasivas (omisión), que pueden tener trascendencia en el mundo jurídico (principio de legalidad)

Para hacer referencia a la acción es necesario hacer referencia a la relación de causalidad.

2.2.1. Relación de Causalidad

La relación de causalidad es el vínculo que existe entre la conducta realizada y el resultado producido por esta conducta. Esta relación de causalidad es aplicable a la acción u omisión porque en ambas acciones definitivamente pueden tener un resultado en el mundo exterior y que puede o no representar una consecuencia jurídica.

En Guatemala, el artículo 10 del Código Penal establece: Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del

respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta. Existen varias teorías que explican la relación de causalidad por la importancia que representan para el Derecho Penal.



A continuación, explicaremos las teorías por medio de las cuales se intenta explicar la relación que debe existir entre la acción u omisión y el resultado importante para el mundo del Derecho Penal. Las teorías más aceptadas para la explicación de la relación de causalidad son las siguientes:

2.3. Teoría de la equivalencia de condiciones

La teoría de la equivalencia de las condiciones indica que la base que es causa del resultado, es toda condición que ha intervenido en su producción con independencia de su mayor o menor proximidad temporal. Y que por tanto todas las condiciones del resultado se consideran equivalentes (Gomez de la Torre, Arroyo Zapatero, Ferré Olivé, Ramón, & García Rivas, S/A, pág. 138). Esta es la teoría que establece que un resultado es causado por una condición que se dio previamente a que se haya causado un resultado sin importar el mismo, por lo que todas las acciones que van encaminadas a obtener unos resultados se consideran equivalentes, porque una es necesaria de la otra. Y que la misma se puede sintetizar en el aforismo citado por el autor Girón Palles que indica: "el que es causa de la causa, es causa del mal causado" (Girón Palles, 2013, pág. 19). Con esta cita el autor indica que sin importar que tan atrás de la causa nos acerquemos al final es resultado de esa causa.

Para describir esta teoría se utiliza el típico ejemplo en el cual el sujeto A atropella al sujeto B, luego el sujeto A llama a una ambulancia y cuando el sujeto B va de camino al hospital en la ambulancia, la ambulancia tiene un accidente y fallece el sujeto B a causa del accidente, entonces, en la primera declaración el fiscal imputa al sujeto A el delito de homicidio culposo y le dictan prisión preventiva por homicidio culposo, y por la teoría de la equivalencia de las condiciones, el juez fundamenta su resolución con base en que si A no hubiera atropellado a B, B nunca se hubiera subido a la ambulancia y, por

lo tanto, el vehículo no hubiera chocado y B no hubiera perdido la vida en el accidente (Girón Palles, 2013, pág. 19).

En la actualidad, esta teoría ha perdido aplicabilidad por el paso del tiempo, porque se puede establecer que es arbitraria y, por lo tanto, no se puede aplicar en un Estado de derecho, porque los sujetos únicamente se les pueden acusar por lo que ellos cometieron, y su utilización es únicamente para evitar su aplicación a futuro.

2.4. Teoría de la causalidad adecuada

La Teoría de la causalidad adecuada es aquella que indica que “no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino solo aquella que generalmente es adecuada para producir un resultado” (Muñoz Conde & García Arian, Manual de derecho penal parte general, 1998, pág. 244). Es la teoría que establece que la única acción que se debe considerar relevante para el Derecho Penal es la acción que va enfocada a producir un resultado concreto en el mundo jurídico y que las acciones que no tienen repercusión en el mundo jurídico no deben ser consideradas para la Teoría del delito. Y para ejemplificar de mejor manera continuamos con el ejemplo de que el sujeto A atropella a el sujeto B quien fallece camino al hospital por un accidente de la ambulancia en la cual estaba siendo trasladado, en este ejemplo conforme a la Teoría de la causalidad adecuada al sujeto A no se le puede condenar por homicidio culposos en virtud de la causalidad adecuada, toda vez que la misma establece que la acción del sujeto A únicamente ocasiono lesiones al sujeto B al atropellarlo y que lo que haya sucedido después no es culpa del sujeto A, porque su acción en ningún momento fue la adecuada para producir el resultado que se ocasionó (muerte).

Guatemala adopta la Teoría de la causalidad adecuada, porque el artículo 10 del Código Penal se establece: Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta. La legislación de Guatemala es clara, que las



acciones deben ser consecuencias de una acción u omisión idónea para producir un determinado resultado, y también otorga la alternativa que la ley expresamente establece una conducta como una consecuencia directa de determinada acción, el legislador se reservó la facultad de establecer la causalidad de determinadas acciones a resultados concretos.

2.5. Teoría de la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva, es la teoría que se refiere principalmente a los delitos de resultado, porque los delitos de actividad se pueden encuadrar fácilmente dentro del tipo penal. Para esta teoría los delitos de resultado se refieren a la comprobación del nexo causal. En el ámbito jurídico para imputar objetivamente un resultado a una persona que lo causó, son necesarios tres criterios:

1. La creación de un riesgo no permitido.
2. La realización de ese peligro o riesgo en un resultado.
3. La producción del resultado dentro del ámbito de protección de la norma del deber de cuidado.

2.5.1. La creación de un riesgo no permitido

Se indica que existe la creación o incremento de un riesgo no permitido cuando un agente crea condiciones que crean un peligro y que van más allá de lo permitido. Para el autor Girón Palles, indica que "serán imputables las acciones peligrosas que crean un riesgo jurídicamente desaprobado, o incrementen un riesgo existente más allá de lo permitido" (Girón Palles, 2013, pág. 21)

Existen actividades que llevan implícito un riesgo permitido, y que para que una persona tome ese riesgo permitido existen normativas que se deben de cumplir para que ese riesgo sea disminuido, pero no con ello garantizan que el riesgo sea eliminado, sino que únicamente se encuentra regulado ya sea por disposiciones penales o por



disposiciones administrativas, para la reducción del mismo. Como por ejemplo el boxeo, a pesar de que es un deporte físico violento, existe una normativa reglamentaria que establece que no se pueden dar patadas, que los guantes deben de ser de determinado material, con determinado grosor, la protección bucal que debe usar cada boxeador, entre otras, en ese ejemplo observamos que al momento de incumplir con esa normativa se está incrementando el riesgo de sufrir un daño más severo, porque ese deporte por su naturaleza conlleva cierto grado de riesgo, pero si se cumplen todas las disposiciones establecidas ese riesgo se disminuye drásticamente. En consecuencia, si un boxeador no se ocupa de esas medidas de seguridad está creando un riesgo no permitido.

Otro ejemplo que se puede citar es el conducir un vehículo, porque por el simple hecho de manejar conlleva un riesgo permitido, y que existe toda una normativa para la reducción de ese riesgo. Si el conductor aumenta la velocidad permitida, comete una infracción a una disposición y por lo tanto está aumentando el riesgo permitido, al exceder los límites de velocidad en determinado lugar.

2.5.2. La realización de ese peligro o riesgo en un resultado

Esta circunstancia consiste en que no es suficiente la incrementación del peligro, porque el resultado debe ser producto del incremento del riesgo que él creó. Este aspecto consiste en que el incremento del riesgo por parte del sujeto debe de reflejar como resultado la acción como tal, porque no basta solo con incrementarlo, sino que también se debe ver como un resultado el incremento que realizó.

2.5.3. La producción del resultado dentro del ámbito de protección de la norma del deber de cuidado

Este aspecto es sumamente importante porque adentra sobre los deberes de cuidado, que no son más que todas las precauciones que debe tener en cuenta una persona cuando realiza una determinada acción, para no aumentar el riesgo permitido.

Por ejemplo, al conducir un vehículo dentro de los límites de velocidad establecida, todos sus ocupantes con cinturones de seguridad, con una previa revisión de frenos, luces, llantas y todo lo necesario para el buen desempeño del vehículo, el riesgo de colisionar o atropellar a alguien se reduce grandemente. En caso contrario sino se realizan todas estas cuestiones previas y sin ningún tipo de revisión y mantenimiento del vehículo se maneja rápido y como consecuencia los frenos le fallan, el riesgo de sufrir un accidente se incrementa, por lo que lo que realizó el agente es faltar a sus deberes de cuidado que no son más que todas las precauciones que se deben de tomar para la realización de una determinada acción.

En este ejemplo citado con anterioridad es que el sujeto A atropella al sujeto B y cuando los bomberos le dan la noticia a la madre de B que su hijo ha fallecido, cae con un infarto fulminante la madre de B al saber que su hijo ha fallecido. Dentro del Derecho Penal, es entendible que al sujeto A se le juzgue por homicidio culposo mientras que de ninguna manera se le puede imputar la muerte de la madre de B, porque el afecto fue directamente a B y no así a la madre de este.

La imputación objetiva forma parte esencial de la Teoría del delito porque consiste en que cuando un sujeto ha creado un riesgo no permitido, aumenta la posibilidad que su acción conlleve a una acción típica, basándose en el supuesto que toda acción tiene un resultado y a esta unión que existe entre acción y resultado se llama relación de causalidad.

2.6. Tipicidad

Es la cualidad que tiene una conducta ya sea por acción u omisión de encuadrar dentro de un tipo penal. La acción de tipificar es la realización de un ejercicio mental que realiza un juez por medio de la cual puede determinar si la descripción de la acción encuadra dentro de un tipo penal concreto. Es importante indicar que existe la acción típica y atípica. Siendo la típica cualquier acción que encuadra dentro de un tipo penal, y la acción atípica es cualquier acción u omisión que no encuadra en ningún tipo penal, sino que simplemente es una acción que no trae consecuencia alguna en el mundo jurídico. Los autores De León Velasco y De Mata Vela citando a otros autores indica

que la tipicidad es: “la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible” (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 156)

Para el autor Madrazo Mazariegos “La acción ha de ser típica, porque ha de coincidir con las descripciones del delito de las reunidas en la parte especial del Código Penal” (Madrazo Mazariegos & Madrazo Mazariegos, 2006, pág. 171).

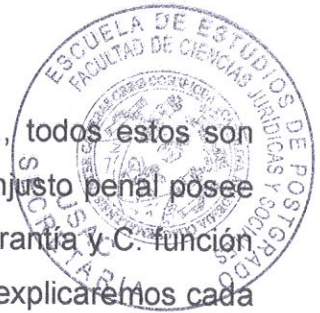
Es la característica a través de la cual la conducta ya sea de hacer (acción) o de dejar de hacer (omisión), encuadra dentro de una conducta descrita previamente por un tipo penal. La acción de tipificar en Guatemala durante un proceso se realiza por varios sujetos, pero la única tipificación que debe tener relevancia es la que hace el juez o un tribunal. Porque cuando una persona es detenida, muchas veces los agentes captadores le dicen a los detenidos que se encuentran en esa condición (detención) por determinado delito, les hacen firmar una boleta en la cual establecen que se le hicieron saber sus derechos y ellos mismos (policías) indican porque delito, posteriormente en audiencia el Ministerio Público indica que para ellos (fiscalía) la acción encuadra dentro del delito de X o Y, y finalmente el juez de primera instancia, es quien establece en que delito provisionalmente pudo haber participado el detenido. Pero es hasta dentro del debate oral y público en el cual el tribunal califica de forma definitiva que delito cometió la persona.

Toda acción u omisión que no se encuentra prohibida por ninguna ley penal es una acción atípica; mientras que la acción que es considerada como un delito si debe necesariamente encontrarse la descripción de la misma y con esa condición se puede indicar que esa es una acción típica y por consiguiente puede ser considerada como un delito.

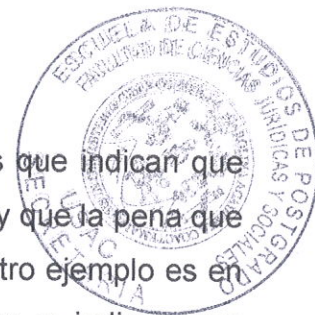
Doctrinariamente a la tipicidad se le han asignado otras funciones, porque la misma se ve como todo un instituto penal, por lo que esas funciones son esencialmente tres, siendo estas: función fundamentadora; función sistematizadora y función garantizadora. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 159).

El autor Girón Palles indica que es importante que la descripción de la conducta dentro de la norma que hace el legislador la debe hacer mediante verbos rectores, y tal y como lo vemos dentro de nuestro ordenamiento jurídico los delitos contiene los verbos rectores los cuales se utilizan para encuadrar determinadas conductas dentro de los

supuesto penales descritos, por ejemplo: robar, portar, estafar, etc., todos estos son acciones que se desarrollan en verbos. El autor indica que el tipo o injusto penal posee una triple función que es: A. función seleccionadora, B. función de garantía y C. función motivadora. (Girón Palles, 2013, pág. 29), por lo que a continuación explicaremos cada una de ellas.



- A. Función seleccionadora, es la función que consiste en la selección que hace el Estado de indicar que conductas considera lesivas para la convivencia pacífica y armónica de los habitantes de un Estado determinado. Es la selección de bienes jurídicos tutelados que realiza el Estado a través de la creación de normas para su debida protección y con ello vemos por qué el Derecho Penal debe ser dinámico y no estático, porque cada día el Estado debe velar porque la convivencia pacífica de los ciudadanos y es su deber y cuidado regular cada conducta que ponga en peligro la convivencia social, misma que realiza mediante la selección de conductas para ser consideradas como delito.
- B. Función de garantía, es la función que otorga garantía a los ciudadanos en la cual se establece que para que una conducta sea considerada como delito o falta, previamente debe estar considerada como tal y es a través de esta función que se rigen los principios de que no hay pena sin ley anterior (*nullum poena sine lege*) y tampoco puede haber proceso sin ley anterior (*nullum proceso sine lege*), con los cuales observamos que es en esta función de garantía en la que descansan los principios de legalidad, que se encuentran contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Código Procesal Penal de Guatemala y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), la cual lo contempla como Principio de legalidad y de irretroactividad.
- C. Función motivadora, es la función que tiene como principal objetivo enseñarle a los ciudadanos que determinadas conductas que pueden realizar conllevan una sanción, tal y como lo dice su palabra deben motivar a los ciudadanos a no realizar determinadas acciones por la pena en la que podrían incurrir al momento



de cometer esa acción. Por ejemplo observamos advertencias que indican que presentar documentos falsos en alguna oficina estatal es delito y que la pena que conlleva es de una determinada cantidad de años de prisión; otro ejemplo es en oficinas estatales indican que es el delito de cohecho activo e indican que quienes mediante dadas, presentes, ofrecimientos o promesas intentaren cohechar o cohecharen a los funcionarios o empleados públicos, será sancionados con una pena y con ello se motiva a que las personas no hagan esas acciones si no quieren tener consecuencias penales, como la privación de libertad e imposición de multas respectivamente.

2.7. Antijuricidad

En primera instancia es importante indicar que en sus inicios fue concebida como un elemento autónomo del delito, porque la misma se analizaba como elemento independiente y distinto de la acción y de culpabilidad. Con base en esta diferencia se busca encontrar e indicar que la antijuricidad corresponde a los elementos objetivos y a la culpabilidad como los elementos subjetivos. (Arango Escobar, 2004, pág. 19).

Para los autores de Mata Vela y De León Velasco, indican:

Que formalmente se dice que antijuricidad es la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal o bien la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico penal establecido previamente por el Estado y que materialmente se dice que es la acción que encierra una conducta antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado" (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 165).

Visto desde otro punto observamos que para poder hablar de la antijuricidad la misma se puede hacer desde tres puntos de vista, tomando en cuenta el aspecto formal, material y tomando en cuenta la valoración y desvaloración hacia la norma. Desde su punto de vista formal nos indica que Von Lizst, quien es citado por Arango Escobar que "el acto es formalmente contrario a derecho, en tanto que es una transgresión a una norma antisocial". (Arango Escobar, Teoría del delito, 2004, pág. 20). Desde el punto de vista material significa que el acto es ilegal porque representa



una conducta contraria a las normas de convivencia dentro de la sociedad, porque es el Estado en su finalidad de búsqueda del bien común que se toma atribuciones para mantener la paz y armonía entre todos los habitantes.

Desde el punto de vista material, la antijuricidad es necesario hablar de bienes jurídicos tutelados que son tutelados por el Estado y que desde esta perspectiva es de suma importancia en política criminal.

Tomando en cuenta su valoración se puede analizar como una forma positiva indicando que es así porque es una conducta que no es aquella que la sociedad demanda y que tiene un aspecto negativo en virtud que la acción colisiona directamente a un bien jurídico tutelado, que no es más que un elemento que los legisladores consideraron se debe respetar para lograr vivir en armonía dentro de la sociedad.

2.8. Culpabilidad

Para efectos del presente trabajo de investigación, la culpabilidad es uno de los elementos más importantes a destacar y que se analizará más a profundidad, toda vez que el autor considera que es esta fase de la Teoría del delito en donde se encuentra la deficiencia y que con el error de prohibición se debe poder desvanecer este elemento del delito.

La culpabilidad se remonta al derecho romano como un elemento de subjetividad que tiene como base la responsabilidad, en el derecho anterior a las doce tablas pareciera que existe una distinción entre acto doloso y no doloso, y esto se remonta históricamente con el Rey Numa, quien hace una distinción entre la calificación de homicida y parricida, porque en ese tiempo era parricida quien diere muerte a cualquier hombre libre sin importar si era o no familiar, sino que lo que daba el estatus de parricida era ser hombre libre, y si la persona daba muerte a un hombre libre (parricidio) sin saber que era libre bastaba la aplicación de otra sanción (sacrificio de un carnero) mientras que si a sabiendas que era un hombre libre correspondía la muerte. Asimismo dentro de las doce tablas, trataron los actos dolosos y no dolosos, y para algunos

autores es en esta etapa en donde se encuentra con mayor preponderancia el elemento subjetivo.

Partiendo de la lógica que se va desarrollando para la Teoría del delito, en primer lugar, se debe determinar que debe existir una conducta humana, típica, antijurídica y luego si cumple esos requisitos se debe verificar que exista culpabilidad por parte del autor. En esta parte es importante mencionar sobre el fin de la prevención de la pena que radica en imponer un castigo como una forma de demostrar que cuando se realiza una conducta el Estado a través de sus cuerpos coercitivos actuarán para reprimir ese comportamiento mediante una sanción, que puede ser de tipo administrativa o de carácter penal, aunque la sanción sea a manera de ejemplo, de castigar al autor culpable, y en este punto se toca el tema de que basta que exista validez del consentimiento de querer cometer la acción.

Este es el elemento (culpabilidad) de la Teoría del delito que ha causado más controversias y es que por ella aun en la actualidad no se encuentran totalmente definidas las posturas sobre el mismo, por lo que haremos el mejor de los esfuerzos por dejar plasmada nuestra postura.

No basta con que una conducta sea calificada como delito, ni tampoco que sea típica y que además lesione el interés de un ordenamiento jurídico, sino que debe existir una voluntad dirigida a realizar esa acción y que la misma produzca un determinado efecto dentro del mundo jurídico y que debe responder por el mismo. La responsabilidad es la que determina que la persona o el autor es responsable y que la sanción (pena) que se le imponga es la adecuada, necesaria y previamente establecida en la ley penal para evitar que el agente y otras personas más cometan esa misma acción y en este sentido es importante indicar que el agente tenía que ser capaz de comprender el mandato contenido en la norma y que el agente tuvo la posibilidad de comportarse conforme a lo que la legislación vigente espera.

El autor José Adolfo Reyes Calderón, indica que: la ejecución del hecho típico y antijurídico por alguien que lo hizo como resultado de operación mental en la que intervinieron consciente y libremente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad, es lo que se conoce con el nombre genérico de culpabilidad y por tal fenómeno se origina en el psiquismo del hombre que realiza la conducta,

se habla de él como un aspecto subjetivo del delito. (Reyes Calderón, 2001, pág. 3)



Con este primer concepto de culpabilidad podemos observar que se destacan elementos importantes porque se mencionan las esferas intelectivas, afectivas y volitivas, situaciones que partiendo de la concepción deben ir de manera interna dentro la acción que realiza el sujeto.

Para explicar cuál es la naturaleza de la culpabilidad, esta se debe considerar desde el punto de vista del sujeto que comete la acción delictiva, porque esta puede surgir desde dos puntos de vista, siendo el primero el psicológico y el punto de vista normativo. Siendo el psicológico el que sostiene que la culpabilidad es la relación entre el autor y el resultado, porque establece que el lazo que une al agente con el hecho delictivo es puramente psicológico, e indican que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad por lo que debe poder discernir y comprender la norma jurídica y de acatarla o no y que de aquí responde por su conducta porque el sujeto decidió no actuar conforme a derecho. (Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 1980, pág. 413). Desde el punto de vista normativo es sostiene que no basta la relación psíquica que existe entre el autor y el acto, sino que ésta da lugar a una valoración normativa, porque la misma se representa como un reproche que hace la norma (reproche normativo) al autor de determinada acción que no quiso actuar de conformidad lo que la normativa establece.

A manera de definir que es la culpabilidad citamos a los autores de Mata Vela y De León Velasco, quienes indican que la culpabilidad: "Es un comportamiento consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente" (De León Velasco, 1996, pág. 170). Con este concepto claro podemos destacar que es el reproche que hace la sociedad a quien pudiendo y debiendo resaltando las palabras pudiendo y debiendo, actuar de modo diferente, en este concepto viendo esas palabras pudiendo, porque estaba en la posibilidad y debiendo, porque tenía otra opción, porque para deber hacer algo es necesario que se tenga ese conocimiento sobre la ilegalidad de ese actuar. Esta es la concepción más utilizada por diversos autores sobre la culpabilidad. Este concepto



descansa en el libre albedrío que tiene la persona sobre su actuar porque el sujeto decide si actuar de una o de otra forma.

El autor Palacios Motta, indica que la culpabilidad: "es la actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de un hecho típico antijurídico". (Palacios Motta, 1980, pág. 76). La definición de este autor deja de manifiesto que debe existir una voluntad del agente de cometer una acción contraria a la normativa jurídica.

2.8.1. Doctrinas sobre la culpabilidad

Para una mayor comprensión sobre la culpabilidad es importante mencionar sobre las doctrinas que tocan el tema de la culpabilidad siendo estas dos principalmente que son: a) el libre arbitrio y b) teoría determinista. Ambas teorías tienen como finalidad explicar desde que aspecto se debe analizar la culpabilidad.

- A) El libre arbitrio, que es la teoría que indica que se estudia la culpabilidad analizándola como que el sujeto ha de ser responsable y culpable de sus acciones y que para ello requiere que para la ejecución del hecho tenga no solo la capacidad, sino que también el discernimiento de sus actos. Tiene la facultad de escoger entre lo bueno y lo malo. (Arango Escobar, Teoría del delito, 2004, pág. 72). Esta teoría del libre arbitrio no es más que la libertad que tiene el hombre de escoger entre lo bueno y lo malo, y si lo vemos desde un punto de vista religioso, en la biblia existen una lista de acciones que como cristianos debemos cumplir mas no existe quien este físicamente velando para que les demos cumplimiento a las mismas, pero en ese libre albedrío (capacidad de elegir entre lo bueno y lo malo), como creyentes saben que el incumplimiento de los mandamientos llevará una consecuencia a su vida eterna.
- B) Teoría determinista, con esta teoría se descarta de forma total la cuestión religiosa que es preponderante en la teoría del libre arbitrio, y es una concepción científica que niega la existencia del libre arbitrio en la voluntad y que indica que la voluntad de las personas se encuentra sometida por completo a las influencias de orden psicológicos y físicos, por lo que esta indica que la reprochabilidad



penal es producto de la responsabilidad social, por lo que establece que el hombre es imputable única y exclusivamente por el hecho de vivir en sociedad (Arango Escobar, Teoría del delito, 2004, pág. 74).

Para determinar la culpabilidad de una persona se debe tener en cuenta ciertos elementos de la culpabilidad, porque ellos indican que la conducta puede ser típica y antijurídica, pero si la persona no tiene la capacidad de motivarse por sí solo, o por no comprender esa conducta, si el sujeto no tiene conocimiento del contenido de la norma, y no le es exigible actuar de otra manera, el sistema sancionatorio y la fuerza coercitiva del Estado no tendrá ningún efecto sobre el sujeto. Y por ello se determinan ciertos elementos de la culpabilidad.

2.8.2. Elementos de la culpabilidad

Doctrinariamente existen elementos que se deben cumplir para considerar la culpabilidad de una persona. Los elementos de la culpabilidad son (Girón Palles, 2013, pág. 74) :

- a. Capacidad de culpabilidad.
- b. Conocimiento de la antijuricidad.
- c. Exigibilidad de la conducta.

Al concurrir estos elementos se puede determinar la culpabilidad y dan paso al siguiente elemento de la Teoría del delito que es la punibilidad, pero previamente se debe determinar la culpabilidad por medio de estos elementos.

- a. Capacidad de culpabilidad, este elemento se refiere a la capacidad tanto mental como psíquica que puede o debe tener una persona al momento de realizar una acción, según el autor Girón Palles citando a Bacigalupolo indica que: "La capacidad de motivación, es la capacidad de motivarse por el cumplimiento del deber. Esta capacidad requiere a) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico penal, y b) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión". (Girón Palles, 2013, pág. 75), este elemento es sumamente



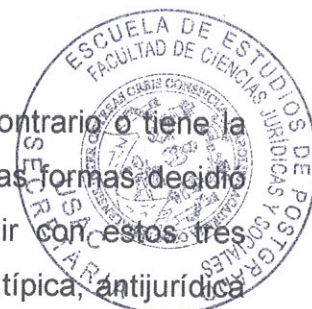
importante porque exige que cuando la persona realice una conducta debe estar en plena comprensión de su ilicitud.

- b. Conocimiento de la antijuricidad, es indispensable que el autor de una acción típica y antijurídica, tenga pleno conocimiento del contenido de la normativa penal o dicho de otra manera del tipo penal, y que tenga en su conocimiento el alcance de su conducta y que sepa que la misma se encuentra prohibida por la ley. Es en este apartado en el cual se viene a determinar que para que exista una culpabilidad del sujeto debe estar dentro de la esfera de su conocimiento que su actuar es contrario a la norma penal y que por consiguiente al actuar de esa manera estaría incurriendo en una acción que tendrá consecuencias jurídicas para su persona. En esta etapa del conocimiento de la antijuricidad es posterior a que tiene la capacidad (mayor de edad) y la comprensión (sin enfermedades mentales), esta etapa se encarga del conocimiento que tiene o puede tener el agente en relación con una acción en concreto y no debe ser totalmente necesario que tenga conocimiento completo y extenso de la norma, sino que con que simplemente tenga el conocimiento de que la misma está prohibida, eso debería de ser suficiente para que el agente actué de otra manera. Dicho en otras palabras, no es necesario que la persona que realice una acción tenga el conocimiento de todo el tipo penal descrito y de la sanción a imponer, sino que únicamente con tener una noción de que su actuar es contrario a la ley es suficiente para que sepa que es prohibido, este requisito es un elemento puramente jurídico, porque se enmarca dentro de la idea del conocimiento de que su actuar es contrario a la normativa jurídica penal vigente.

Dentro de este elemento encontramos el error de prohibición que será objeto de estudio en el último capítulo del presente trabajo de investigación, pero es aquí en donde surge el tema central objeto del presente análisis.

- c. Exigibilidad de la conducta, así como en la Teoría del delito, dentro de los elementos de la culpabilidad, los mismos se van sumando y tiene que ir uno consecutivo del otro, por lo tanto en este nivel de culpabilidad el sujeto es una

persona capaz, que tiene conocimiento de su actuar que es contrario o tiene la noción que el mismo está prohibido por la ley, pero el de todas formas decidió actuar de la manera en que lo hizo, por lo tanto al concluir con estos tres elementos se puede indicar que la persona realizo una acción, típica, antijurídica y culpable, y con ello solo falta que el Estado a través de su poder punitivo lo haga efectivo y haga punible la acción.



2.8.3. Formas de culpabilidad

Según los autores de Mata Vela y De León Velasco indican que "La culpabilidad como manifestación de la conducta humana dentro del delito, encuentra su máxima expresión en dos formas básicas, que son el dolo y la culpa" (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 171). Para estos autores la forma de manifestación de la conducta del agente se resume básicamente a dos cuestiones fundamentales y elementales del delito, que es el dolo y culpa, por lo que atenderemos cada una de ellas.

De Mata Vela y De León Velasco, quienes citan a Jiménez de Asúa indican que dolo es: "conciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito" "Voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso" (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 171). Partiendo de este concepto de dolo se observa que intrínsecamente conlleva la conciencia y voluntad de la comisión de una conducta delictiva, por lo que los elementos del dolo analizado desde el punto de vista de la culpabilidad exigen el conocimiento de que su actuar sea contrario a una norma vigente. Dentro de sus elementos se encuentra el saber cómo un elemento intelectual o cognoscitivo y el querer como un elemento volitivo, porque depende de la voluntad.

Por su parte, el otro elemento que es la culpa se define como: "Es el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley". (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 171). En este elemento encontramos que la culpa se reduce al actuar bajo negligencia, imprudencia e impericia por parte del agente. Es importante indicar que tanto el dolo como la culpa se encuentran regulados dentro de la normativa sustantiva penal y que los delitos que son culposos son



únicamente los establecidos dentro de los diversos tipos penales, porque todos los demás delitos que no tienen esa denominación, son considerados como dolosos.

2.9. Punibilidad

Para iniciar a hablar sobre este elemento es importante indicar que debe existir una acción humana, típica, antijurídica y culpable, ya partiendo de la idea y de esa construcción ideológica de una acción de un agente, para completar la Teoría del delito únicamente es necesario que exista la imposición de una pena. La punibilidad como elemento del delito consideran que para que la misma exista debe necesariamente que la conducta sea sancionada con una pena y que es por esto que se cumple el objetivo de la Teoría del delito que no es más que la realización de todo el proceso mental desde su inicio para concluir en la imposición de una pena.

La punibilidad también es conocida como penalidad, y la misma se refiere a una serie de circunstancias necesarias para la imposición de una pena, entendiendo que la imposición de las penas debe guardar estrecha relación con los aspectos criminales que conlleva la imposición de la misma. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 171). Con este último elemento positivo del delito se puede indicar que, para la existencia de que la acción de un agente sea considerada como delito, la misma debe tener este recorrido partiendo de que debe ser una acción humana, porque solo los seres humanos son susceptibles de cometer delitos, típica porque la misma se tipificada o codificada dentro de una normativa vigente, antijurídica en virtud que la misma es contraria a una norma, eso la convierte en antijurídica, culpable en virtud de que el agente tiene conocimiento de su ilicitud y por lo tanto se esperaba que actuara de otra manera y punible porque esa acción está sancionada con una pena previamente establecida en la ley. Estos son los pasos lógicos y ordenados que debe tener una conducta para ser considera delito. Y con la solo inexistencia de una, no se puede considerar como un delito esa acción.

En contraposición a que los elementos positivos de la Teoría del delito deben necesariamente encontrarse todos y cada uno de ellos y que la ausencia de uno conlleva a la no comisión de un delito, existen los elementos negativos que con la solo

existencia de uno podemos indicar que la acción cometida por el agente no es delito. Los elementos negativos del delito se analizarán de forma individual, tal y como se realizó con los elementos positivos.





CAPÍTULO III

Elementos negativos del delito

3.1. Elementos negativos

Los elementos negativos del delito son los elementos que tienden a destruir la configuración técnica del delito y por consiguiente tienden a eliminar la responsabilidad penal del sujeto. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 184). En contraposición a los elementos positivos de la Teoría del delito, los elementos negativos son los elementos que con el simple hecho de existir uno, la acción no se puede contemplar como delito, toda vez que existe una causa por lo cual se realizó esa acción y esta puede ser de tipo física (exterior) o interna (conocimiento), de la prohibición de la norma.

Los elementos negativos de la Teoría del delito son:

- 1.1. Falta de acción o ausencia de acción.
- 1.2. Atipicidad.
- 1.3. Causas de justificación.
- 1.4. Causas de inculpabilidad.
- 1.5. Excusas absolutorias.

Con estos elementos veremos cómo actúa la Teoría del delito en sentido negativo, porque por la existencia de uno de ellos se puede considerar que la acción no puede ser sujeta de sanción o que el grado de participación debe ser disminuido y por lo tanto la pena debe ser diferente.

3.2. Falta de acción o ausencia de acción

Este es el primer elemento negativo de la Teoría del delito que algunos doctrinarios lo llaman como ausencia de acción o falta de acción. El autor Raúl Eugenio Zaffaroni indica que: "para hacer este análisis hay que centrarse en la distinción de los hechos

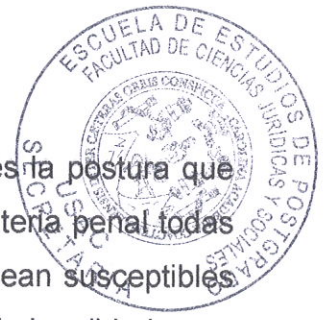


humanos voluntarios e involuntarios porque únicamente serán importantes en que participe en hombre sin voluntad” (Zaffaroni, 1991, pág. 359). En este aspecto es importante destacar que por ser el elemento negativo es que se está analizando, la falta de acción es la que se da sin voluntad del sujeto.

Por lo que este aspecto indica que el sujeto no hace ninguna acción y que con ello ya conlleva cierta responsabilidad penal, recordemos que, como elemento positivo esta la acción y la omisión, la omisión vista como dejar de hacer algo que ya es una acción y en cambio este elemento como falta de acción es no hacer nada. En Guatemala se puede citar el contenido del artículo 156 del Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala que establece: Quien, encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años de edad, a una persona herida, invalida o amenazada de inminente peligro, omitiere prestarle el auxilio necesario, según las circunstancias, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal, será sancionado con multa de veinticinco a doscientos quetzales. Este tipo penal siempre ha llamado la atención en virtud que el bien jurídico tutelado por el Estado a través de los legisladores es el abandono de niños y de personas desvalidas, y en atención a proteger tanto a los niños como a las personas desvalidas es que se creó este tipo penal.

Actualmente, en Guatemala basta con salir a la calle para que dentro de la ciudad capital de Guatemala, se vea tanto a menores de diez años, limpiando vidrios o pidiendo dinero, como a alguna persona desvalida o que posee alguna enfermedad en la misma situación de pedir dinero en la calle, por lo que en el mundo del deber ser jurídico todos en la ciudad capital de Guatemala, están cometiendo este tipo penal, porque la descripción del mismo, indica que según las circunstancias pudiendo hacerlo, o sea con una simple llamada a los bomberos, albergues y centros de atención a personas, podríamos ayudar, aunque no contemos con el recurso económico para ayudarlos de forma directa. Este caso es un claro ejemplo de falta de acción porque todos los días en la calle no se hace nada en contra de esta situación y que se encuentra regulada en el Código Penal.

En este primer aspecto negativo de la Teoría del delito es importante hacer énfasis en la importancia en los casos en los que media o existe ausencia de acción, y también de aquellos en los que no hay delito, es importante resaltar que la falta de acción para



que sea considerada como tal, el tipo penal debe describir que esa es la postura que debe tomar el propio agente, porque es importante señalar que en materia penal todas las acciones deben estar previamente tipificadas como tal, para que sean susceptibles de ser consideradas como delito, todo esto en protección del principio de legalidad.

Para el autor Raúl Eugenio Zaffaroni los efectos de la ausencia de acción son sumamente importantes, cuando media ausencia de conducta o dicho de otra manera falta de acción o ausencia de acción por lo que indica:

La ausencia de conducta tiene unos efectos prácticos inmediatos, entre los que cabe mencionar específicamente los siguientes: a) El que se vale de un sujeto que no realiza conducta para cometer un delito es, por lo general, autor directo del delito; el que no realiza la conducta nunca es autor. b) contra los movimientos de quien no se conduce se puede actuar en estado de necesidad, pero no cabe oponer legítima defensa. c) no se puede ser partícipe de los movimientos de un sujeto que no realiza conducta. (Zaffaroni, 1991, pág. 367).

Luego de describir los aspectos prácticos inmediatos que tiene la falta o ausencia de acción damos paso al siguiente elemento negativo de la Teoría del delito.

3.3. Atipicidad

El elemento negativo de tipicidad es de los elementos que causa un menor objeto de estudio, toda vez que, por ser el aspecto negativo a la tipicidad, y significa que la acción cometida no se encuentra descrita en ningún tipo penal, y por consiguiente con base en principio constitucional consagrado en el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no le prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma. Este artículo es el que fundamenta que todos podemos hacer lo que la ley no nos prohíbe de manera general y por supuesto que abarca materia penal, por lo que todos los ciudadanos guatemaltecos pueden hacer todo lo que la ley no nos prohíba, y es por



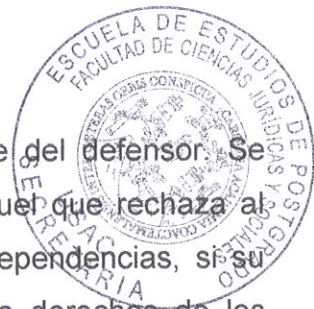
esta razón que se puede hacer cualquier acción y tener la certeza de que mientras que la misma no se encuentre prohibida por una norma penal, el agente no tendrá ninguna sanción por su acción.

De igual manera el Derecho Penal, en su normativa tanto sustantiva como adjetiva, establece en el Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, artículo 1. De la legalidad. Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se pondrán otras penas que no sean previamente establecidas en la ley. Y por su parte el código procesal penal, decreto 51-92 del Congreso de la Republica, establece: "artículo 1. No hay pena sin ley. (*nullum poena sine lege*): no se impondrá pena alguna si la ley no la hubiera fijado con anterioridad. Artículo 2. No hay proceso sin ley. (*nullum proceso sine lege*): no podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querella, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal. Como se observa tanto el Código Penal como el código procesal penal, regulan el principio de legalidad y por lo tanto como los ciudadanos pueden hacer todo lo que la ley no les prohíbe, esa esfera abarca los aspectos en materia penal.

En conclusión, con este elemento negativo, es el que indica que mientras una acción no se encuentre dentro del tipo penal (descripción previa de la conducta), la misma no tiene ninguna relevancia en el mundo jurídico. Y terminado este segundo elemento pasamos al siguiente.

3.4. Causas de justificación

Las causas de justificación, son el tercer elemento negativo de la Teoría del delito, que es lo contrario o lo opuesto a la antijuricidad, y estas se encuentran taxativamente reguladas en el Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en su artículo 24, el cual establece: "Son causas de justificación: Legítima defensa. 1º. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que ocurran las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para



impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morado ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores. El requisito previsto en la literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación. Estado de necesidad. 2º. Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes: a) Realidad del mal que se trate de evitar; b) Que el mal sea mayor que el que se causa para evitarlo; c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. No puede alegar estado de necesidad, quien tena el deber de afrontar el peligro o sacrificarse. Legítimo ejercicio de un derecho. 3º. Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo de un cargo público que desempeña, de la profesión a la que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia”.

El Código Penal de Guatemala simplifica el análisis de este aspecto negativo de la Teoría del delito, toda vez que dentro de su articulado regula las causas de justificación que se explican a continuación y que no son más que las condiciones que la ley penal concede o reconoce como justificativas en el actuar de una persona.

En primer punto: la legítima defensa, que del el mismo texto se infiere a la legítima defensa propia, que se refiere a la defensa que hace el sujeto de sus bienes o derechos y que abarca tanto los suyos como los de una tercera persona y que para que exista la legítima defensa es exigencia de la ley que debe existir una agresión ilegítima, que se refiere a poner en peligro sus bienes o derechos, y en consecuencia la agresión ilegítima, viene a actuar como un hecho generador de legítima defensa, porque analizándola desde un punto de vista amplio, se debe entender como la realización de un acto o un hecho que es contrario a otro, porque el vocablo agresión ilegítima se

refiere a lo injusto o contrario al derecho y por la descripción de la norma no se debe aplicar solo a cuestiones físicas. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 189)



El segundo presupuesto que la ley que debe contener es la legítima defensa, que es la necesidad racional del medio empleado, que se puede resumir como que el medio empleado a utilizar por parte del defensor debe ser racionalmente proporcional con la agresión que se pueda causar, y al ser racionalmente proporcional se refiere a que no se puede caer en excesos para evitar o repeler cierta acción, afirma De Mata Vela y De León Velasco que esta situación en relación con la proporcionalidad ha generado diversas discusiones y que esto no significa que debe utilizarse por medio del defensor un medio igual al que utiliza el agresor, sino que la palabra clave es la racionalidad, que significa que se debe utilizar un medio idóneo para evitar el mal causado, y en este ejemplo se tomará el clásico ejemplo dado en los diversos salones de clases de la universidad en los cuales se pone el ejemplo de la persona que viene con un palo de escoba a hacer daño a otra persona y la persona que se pretende agredir saca un arma de fuego y le dispara en la cabeza, allí se entiende que el defensor pudo haber evitado ese ataque de otra manera. Y por lo tanto no aplicaría la legítima defensa toda vez que el daño que se le podía causar con un palo no es racional a realizarle un disparo con arma de fuego en la cabeza, pero esta situación es tan complicada que queda a disposición subjetiva del juzgador.

En relación con el tercer punto que exige la ley para determinar la legítima defensa, se refiere a que debe existir falta de provocación suficiente por parte del defensor, que en la doctrina se le conoce también como "legitimidad de la causa" (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 189). Que no es más que la situación en la cual el defensor no debió haber principiado con la agresión o que de igual manera quiera llevar al agresor a un estado de exaltación que no tenga más alternativa que cometer la acción de agresión.

Posteriormente, en la parte del artículo que se refiere a que se entenderá que existen estas tres circunstancias para el que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena, que se denomina como:

Legítima defensa privilegiada, que es la que se da cuando el defensor rechaza al que pretende entrar o ha entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su



actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores, en este caso por tratarse de una legítima defensa privilegiada, la ley supone que concurren los tres presupuestos aludidos, para la eficacia de la misma (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 190).

Doctrinariamente, también existe la legítima defensa putativa, que es la que consiste en defenderse de una agresión inexistente y que esta situación únicamente existe en la cabeza del defensor, como por ejemplo que con la gran cantidad de asaltos en motocicletas que ocurren en nuestro país, sería que un motorista toca la ventana de un carro para indicarle que lleva parte de su suéter fuera del vehículo y el conductor del vehículo cree, supone erróneamente que lo que quiere es asaltarlo por lo que desenfunda su arma de fuego y le dispara. En este caso sería un típico y actual caso de legítima defensa putativa, que no es más que un error, en la percepción de la persona que erróneamente repele ese ataque.

Agotada la explicación del primer elemento de las causas de justificación con sus elementos, pasamos a la siguiente que es que exista un estado de necesidad. Siendo este estado, cuando una persona haya cometido un hecho porque se vio obligado a salvarse de un peligro que no haya causado él mismo de forma voluntaria, ni que se pueda evitar de otra manera.

El autor penalista Franz Von Lizst, y Eugenio Cuello Calón citado por De Mata Vela y De León Velasco define al estado de necesidad como:

Una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho en el cual no queda otro remedio que la violación del interés de otro, jurídicamente protegido. Y asimismo citando a Eugenio Cuello Calón quien sostiene que: El estado de necesidad es una situación de peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede ser evitado mediante la lesión de bienes jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona.

Como se puede inferir de los conceptos citados con anterioridad que el estado de necesidad tiene como base una ponderación de bienes jurídicos tutelados, en que se debe hacer un ejercicio mental y valorar cuál de los derechos en conflicto tiene mayor relevancia y sacrificar el de menor valor, atendiendo a cada circunstancia en particular. Ante esta situación es un tema subjetivo al momento de realizar la ponderación toda



vez que el juez es quien decide si la situación es más o menos importante que la otra. Por lo que podemos indicar que este elemento como eximente penal, radica en la consideración legal e incluso social de la persona que actúa bajo este estado.

Para que se configure de manera total, el estado de necesidad, la norma indica que se deben cumplir determinadas condiciones siendo estas: a) realidad del mal que se trata de evitar, esta situación significa que el peligro que amenace y provoque el estado de necesidad tiene que ser real, porque no se puede invocar estas causas de justificación en la simple percepción del sujeto.

En las siguientes condiciones para que exista la causa de justificación de estado de necesidad es: b) que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo, porque es necesario para que opere el estado de necesidad que el mal causado debe ser menor al que se espera, y c) que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo, en este apartado se puede agregar lo que establece el artículo 26 numeral 2º del Código Penal, que contiene las circunstancias atenuantes y allí se indica: "Exceso de las causas de justificación. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo, esta causa atenuante conlleva a indicar que el estado de necesidad es efectivo y que únicamente opera solo, única y exclusivamente cuando no exista otra posibilidad de emplear otro medio que ocasione un menor daño que el que se espera que se produzca, ante esta situación se indica que si no se cumple esta situación la conducta ya no cumplirá con una causa de justificación.

Como último elemento el artículo indica que la circunstancia de estado de necesidad no puede ser invocada por quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse, esta situación es una condición muy especial para ciertos trabajos, en los que desde un inicio se tiene el conocimiento y las condiciones de riesgo en que se corren por dedicarse a esa actividad, el típico ejemplo podría ser el de un bombero quien sabe desde el inicio que la posibilidad de enfrentarse a un incendio es casi inminente y que lo raro sería que durante su trabajo de bombero nunca tenga que sofocar un incendio.

La tercera y última causa de justificación es el legítimo ejercicio de un derecho, para estudiar esta última consideración que la ley hace sobre las causas de justificación, los



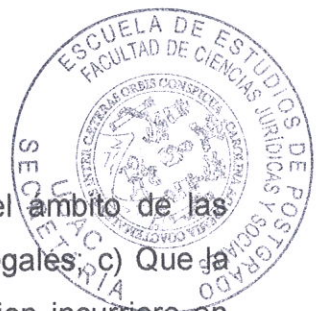
autores De Mata Vela y De León Velasco citando al penalista Hernán Hurtado Aguilar quien indica

Es indudable que si se ejerce una actividad autorizada o permitida legalmente no se puede atraer la sanción penal, de tal manera que lo que debe determinarse es cuanto jurídicamente está permitida la realización de un acto que tiene perfiles delictivos, porque al realizarse en el ejercicio legítimo de un cargo público que se desempeña, de la profesión a la que se dedica, de la autoridad que se ejerce, y aún, de la ayuda que se presta a la justicia, se torna en jurídica al desaparecer la antijuricidad de la conducta realizada. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 193).

El problema que resulta del análisis del elemento de legítimo ejercicio de un derecho, dentro de las causas de justificación es que la actividad que realice el sujeto debe estar totalmente aceptada y dentro de los límites legales, inherentes a su cargo y señalados por la ley. Con este análisis se concluye el análisis de las causas de justificación y se da continuación al siguiente elemento negativo del delito.

3.5. Causas de inculpabilidad

Las causas de inculpabilidad, son el elemento negativo de la culpabilidad, y que surge cuando no existe dolo, culpa o preterintención por parte del agente al momento de realizar esa acción. Las causas de inculpabilidad, se encuentran establecidas en el decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en su artículo 25, el cual literalmente establece: "Artículo 25. Son causas de inculpabilidad: Miedo invencible. 1º ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias. Fuerza exterior. 2º. Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él. Error. 3º. Ejecutar el hecho en la carencia de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto. Obediencia debida. 4º. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia sea considera debida cuando reúna las siguientes condiciones: a) Que haya subordinación jerárquica entre quien



ordena y quien ejecuta el acto; b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales; c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta. Omisión justificada. 5º. Quien incurriere en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable.

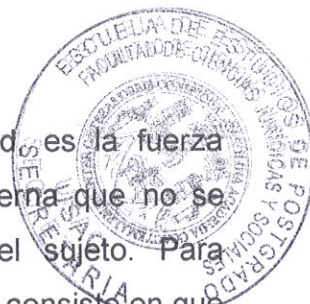
En cuanto a las causas de inculpabilidad, analizaremos en primer punto el miedo invencible, estando en el entendido que para que una acción sea considerada jurídicamente como delito la acción que se realiza el sujeto debe necesariamente actuar de forma libre y voluntariamente en la ejecución de la acción y cuando el sujeto actúa bajo miedo invencible, esta libertad se encuentra coartada, por lo que no actúa de manera libre y voluntaria. Al hacer referencia al miedo podríamos indicar que:

El miedo es una situación subjetiva extrema de amenaza o de peligro para la vida, de carácter insuperable y superior a la exigencia media de soportar males y peligros, en la que aun conociendo la antijuricidad de la acción, el autor de acciones y omisiones que lesionan bienes jurídicos los comete. (Girón Palles, 2013, pág. 84)

Doctrinariamente citando a De León Velasco y De Mata Vela indican que:

Se menciona una "Vis Compulsiva", es decir un tipo de violencia psicológica o moral que influye directa y objetivamente en el ánimo del sujeto, que se ve amenazado de sufrir un daño igual o mayor al que se pretende que cause. En la violencia moral, aún queda al sujeto la alternativa entre cometer el delito o sufrir el mal con el cual se amenaza; mas como el Derecho Penal no pretende crear héroes, se sitúa en plano humano y no obliga al sacrificio; en cambio en la violencia física, ni de héroe puede hacer el obligado. (De León Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 196).

En esta parte es importante indicar que miedo para que sea efectivo el mismo debe ser invencible, y en el sentido propio de la palabra significa que esa situación psicológica, sobrepase la voluntad del sujeto y que por lo tanto sea superior a su propia voluntad. Otros requisitos es que el daño debe ser real, debe ser proporcional o mayor al riesgo que se espera y que no se puede evitar de ninguna otra forma.



En cuanto al siguiente elemento de las causas de inculpabilidad es la fuerza exterior, que se refiere única y exclusivamente a fuerza física o externa que no se puede contener y que debe ser empleada directamente sobre el sujeto. Para ejemplificar la fuerza exterior, se utilizara el típico ejemplo en clase, que consiste en que una mujer está pasando sobre una pasarela con un bebe en manos, cuando viene un sujeto y la empuja, entonces la mujer que carga a su bebe, lo abraza fuertemente como una medida de protección, pero por el empujón la mujer cae de la pasarela con él bebe en manos, allí se ve como operó una fuerza exterior, que regularmente tiene que ser física y que no se puede controlar por el sujeto, porque la mujer nada puede hacer contra una fuerza exterior y que la misma es irresistible, toda vez que no se puede contener, por cuestiones físicas. Por lo que en este caso en particular la mujer puede invocar esta causa de inculpabilidad, por fuerza exterior porque no la puede contener de ninguna forma.

El error como causa de inculpabilidad, se abordará brevemente, porque más adelante en el presente trabajo se desarrollará el error con más a profundidad y especialmente el error de prohibición como una causa de inculpabilidad y que la misma tiene como consecuencia que al existir error en el conocimiento de la norma prohibitiva se debería excluir de responsabilidad penal quien obra con error o desconocimiento de la prohibición.

El error se puede definir como: "ignorancia o falsa apreciación de una situación" (Bustos Ramirez, 1996, pág. 257). Como se logra inferir a través del concepto citado con anterioridad se puede determinar que las personas actúan a través de error cuando tienen una falsa apreciación sobre una situación, con base en esta afirmación es que se sustenta que en virtud del desconocimiento que tiene una personas sobre una cuestión en particular, por lo que a la persona no se le puede exigir un comportamiento diferente si no tiene conciencia de que su actuar es malo, por ello se considera que el error recae en la culpabilidad del sujeto, recordando que para que exista culpabilidad debe necesariamente existir el elemento cognoscitivo y volitivo de la persona, y definitivamente el elemento cognoscitivo no se puede tener cuando se actúa en error.

El Código Penal establece como una causa de inculpabilidad, el hecho que ocurre cuando existe una agresión ilegítima contra el defensor, y que esta acción debe tener



una proporción al riesgo que supuestamente puede correr, en este sentido es importante recalcar que para que opere este error debe ser obligatoria y necesariamente existir una agresión ilegítima y que la reacción debe ser en proporción al supuesto riesgo que se corre. Recordemos que estos son los presupuestos legales que necesariamente deben concurrir para considerar que el actuar del sujeto se encuentra dentro de las causas de inculpabilidad.

El error para la Teoría del delito es importante porque es a través de ello que se podrá hacer una mejor valoración de la conducta humana y es en este análisis que se debe hacer en el cual se debe determinar si la acción la realiza mediante culpa o dolo, que a su vez estos se ven afectados por la voluntad y conocimiento. El elemento que como tal ataca directamente el error es el conocimiento, es importante recordar que la persona debe actuar en la percepción de que existe una lesión ilegítima y que la misma debe ser proporcional al riesgo que se está evitando.

Dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco, el error se encuentra dentro de las eximentes penales por inculpabilidad. Indican los autores De León Velasco y De Mata Vela que doctrinariamente a este error se le conoce como "legítima defensa putativa", que es un "error de hecho" o "error propio". (De León Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 198). Estas denominaciones doctrinarias responden a que el sujeto activo ve una agresión que no es real en su contra, y el con base en ese error se defiende, y también lo debe hacer con base en el riesgo que espera se le pueda ocasionar a él, es en esta parte en donde el error debe guardar proporción y lógica que debe estar en medio de la agresión que se le podría ocasionar y la acción que va a tomar para defenderse.

En este apartado del error, es importante señalar que existen dos errores fundamentalmente, siendo estos el error de hecho y error de derecho, y estos se desarrollaran en el siguiente capítulo, pero si es importante hacer la distinción entre las circunstancias atenuantes, específicamente en el artículo 26, del Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, que en su numeral 9 indica: Ignorancia. 9º. La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución. En la ley se trata de indicar que el error sea considerado como una circunstancia atenuante, situación que es muy radical, en el sentido de que si la persona no tiene el conocimiento de que su accionar es contrario a la normativa

jurídica, como puede ser responsable de su conducta cuando actúa con total o parcial desconocimiento en la norma infringida.



De conformidad con la fijación de la pena, contenida en el artículo 65 del Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, que indica: Fijación de la pena. El juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena. Lo establecido en el Código Penal indica únicamente que el juez a su saber y entender subjetivamente evaluará la mayor o menor peligrosidad del culpable y que atenderá a las circunstancias atenuantes ajustara la pena en atención a ellas.

Actualmente la ignorancia únicamente se puede tratar como una atenuante, de conformidad con el Código Penal guatemalteco.

El siguiente elemento de las causas de justificación, es la obediencia debida, que no es más que obedecer o acatar una orden por un superior jerárquico, y es por ello que doctrinariamente también se le llama como obediencia jerárquica, y abarca primordialmente a funcionarios o empleados públicos e incluso temas del rango militar, policial entre otros, es importante indicar que esta aseveración excluye totalmente al tema de jerarquías familiares (un hijo aunque jerárquicamente el padre o madre sean superiores no pueden invocar esta causal).

El fundamento constitucional de la obediencia debida se encuentra regulado en el artículo 156 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: No obligatoriedad de ordenes ilegales. Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito. En materia constitucional se advierte que nadie está obligado a acatar órdenes manifiestamente ilegales, y tal es el caso que la Constitución Política de la República de Guatemala, en el orden jerárquico legal es la superior y todas las

disposiciones contraídas a ellas son “nulas ipso jure” “nulas de pleno derecho” así se debe entender para todas las demás ramas del derecho.

La obediencia debida tiene su fundamento en la obediencia a otra persona que se tiene por razón de su cargo, y por lo tanto nuestro ordenamiento jurídico penal establece que requisitos se deben cumplir para declarar la obediencia debida y las condiciones son: a) Que hay subordinación jerárquica entre quien orden y quien ejecuta el acto; esta situación nos lleva a indicar que la persona que realiza una determinada acción lo hace en obediencia y apegado que la orden o instrucción es emanada de una persona que dentro del ámbito en que se desenvuelve es superior jerárquicamente. Esta situación sobre el tema de jerarquías familiares ha dado mucho a discusiones porque no se ha logrado consensuar, si podría existir obediencia debida dentro de las relaciones familiares, porque esas jerarquías no son tan marcadas como en otros ámbitos como por ejemplo el laboral en donde se sabe por medio de un nombramiento quien es el superior o mucho menos mencionar temas militar o policiales en los cuales las jerarquías están totalmente marcadas.

El otro elemento legal que la obediencia debida establece es que las ordenes se dicten dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de formalidades legales, este apartado es sumamente importante, porque se observa que la obediencia debida se va limitando poco a poco en primer lugar a un superior jerárquico y en segundo lugar es que la misma debe ser dentro de las atribuciones de quien la emite, esto significa que quien de una orden debe estar dentro de sus atribuciones con un grado de jerarquía superior de quien lo realiza, la orden debe gozar de todas las formalidades en que el superior jerárquico emite sus órdenes (circulares, acuerdos, memos, entre otros), y por último que la ilegalidad no sea manifiesta, este último elemento va concatenado con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, en que nadie está obligado a acatar órdenes ilegales, en este apartado surge la duda nuevamente sobre que la ilegalidad no sea manifiesta, porque una persona que desconoce que su actuar es ilegal o contrario a una norma jurídica no puede saber si su actuar es ilegal o no, pero las leyes en afán de proteger la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad establecen que nadie tiene que acatar órdenes en las cuales la ilegalidad sea manifiesta.

Es importante señalar que para que se configure la obediencia debida, es necesario que se cumplan los tres requisitos que indica el artículo 25 del Código Penal, cada requisito es esencial para que opere como eximente de responsabilidad, el tercer presupuesto es el más interesante toda vez que el mandato debe ser manifiestamente ilegal, porque esto indica que los mandatos a pesar de la competencia y jerarquía de quien los emite o manda, y encontrándose apegados a las formalidades respectivas no son obligatorios. Porque se establece que el mandato antijurídico no opera en la obediencia debida, y si de la comisión del mismo surge una acción considerada como delito es responsable quien dio esa orden.

El último elemento de las causas de inculpabilidad es la omisión justificada, sabemos que la omisión es una conducta pasiva (no hacer nada) que toma el sujeto activo del delito, infringiendo con ello con el deber jurídico de actuar, o al menos lo que espera la norma que haga el sujeto, actuar. Las condicionantes que exige la ley son que el sujeto se encuentre imposibilitado de actuar, por alguna causa legítima o insuperable.

Esta situación se refiere a que el sujeto activo de la acción deja de hacer algo, cuando la ley espera que lo haga, pero él (sujeto activo) tiene una causa de inculpabilidad, porque tiene una omisión justificada para no actuar y lo que evita que realice su actuar es una causa que tiene que ser legítima o insuperable.

En este apartado las doctrinas citan varios ejemplos de omisiones justificadas y entre los más ilustrativos se puede mencionar el caso en el cual hay un sujeto A que está en los alrededores de una piscina y cuando ve a la piscina existe un sujeto B que se está ahogando en medio de la piscina, la norma jurídica espera que A salte a la piscina y salve a B para que no se ahogue, pero en el caso en concreto resulta que el sujeto A no sabe nadar y por lo tanto sabe que si se tira a la piscina, serán dos las personas ahogadas sujetos A y B, esta es una conducta que inculpa totalmente al sujeto B, toda vez que el mismo sabe que no sabe nadar, entonces se encuentra en una omisión por una causa insuperable, porque no puede superar que no sabe nadar.

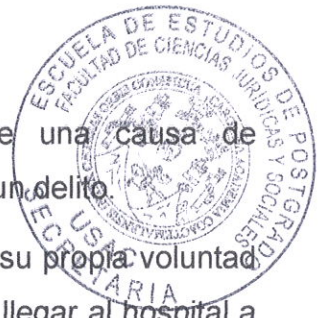
En el ejemplo observamos como la norma supone que el sujeto A debía actuar y salvar al sujeto B, pero dentro de las posibilidades de A no está salvar a B, por lo que es una causa que no puede superar y al hacer un análisis de esa conducta

necesariamente debe estar justificado su actuar por medio de una causa de inculpabilidad y por lo tanto su acción no se puede contemplar como un delito.

Otro ejemplo es cuando alguna persona por cuestiones ajenas a su propia voluntad no puede hacer su trabajo, por ejemplo cuando un médico tiene que llegar al hospital a hacer una cirugía, pero cuando va en camino al hospital se da cuenta que existen personas que están bloqueando el paso, por lo que se demora en llegar y al llegar al hospital se da cuenta que el mismo está tomado por un grupo de manifestantes, y no dejan entrar ni salir a nadie, ante esta situación, el medico se encuentra impedido de actuar por una causa insuperable.

Para que opere la causa de inculpabilidad de omisión justificada y que el impedimento sea legítimo, es necesario que no se ejecute por otra disposición superior o de una mayor consecuencia para el sujeto activo. Para ejemplificar esta situación podemos mencionar que un médico tiene la obligación de hacer todo lo posible por salvar a un paciente, pero resulta que también se encuentra regulado que para realizar una operación de corazón abierto se necesita el consentimiento de la familia previo a la realización de ese tipo de cirugías por el alto riesgo que conlleva la misma, y la pena a imponerse es de 1 año de prisión por no brindar la ayuda y salvarle la vida; y la pena por operar a alguien de corazón abierto sin la autorización de los familiares se sanciona con prisión de 2 años, en ese caso ficticio y de ejemplo, el médico tendrá que decidir qué acción tomará, y pensando de manera lógica, el debería de tomar la acción de no hacer nada, porque las consecuencias son menores a que si interviene quirúrgicamente sin la autorización familiar.

El Código Penal por su parte señala otras eximentes de responsabilidad penal, que vale la pena desarrollarlas en este capítulo, siendo estas las



3.6. Excusas absolutorias



Las excusas absolutorias, son las circunstancias personales que tiene su origen en el parentesco, los grados de afinidad o por alguna política de Estado, en la que se deben considerar como eximentes de responsabilidad penal. La ley sustantiva penal no define taxativamente a las excusas absolutorias. En la doctrina se indica que son:

Excusas absolutorias son delitos sin pena, porque a pesar de que existe una conducta humana típicamente antijurídica, culpable, imputable a un sujeto responsable, está no se castiga atendiendo a cuestiones de política criminal que se ha trazado el Estado, en atención a conservar íntegros e indivisibles ciertos valores dentro de una sociedad. (De Leon Velasco & Mata Vela, 1989, pág. 200)

Con la definición doctrinal podemos indicar que son delitos sin pena, porque al cometerse ese delito aplica una excusa absolutoria que libera de responsabilidad penal al sujeto activo de la acción.

El Código Penal regula algunas excusas absolutorias, entre las que podemos mencionar el artículo 137, del Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, que establece: Aborto terapéutico. No es punible el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, previo diagnóstico favorable de por lo menos de otro médico; si se realizó sin la intención de procurar directamente la muerte del producto de la concepción y con el solo fin de evitar un peligro, debidamente establecido, para la vida de la madre, después de agotados todos los medios científicos y técnicos. La finalidad de este artículo es la protección de la vida de la madre, por eso indica como requisito que es indispensable que se deben agotar todos los métodos científicos y ya como ultima ratio, si es necesario practicar un aborto para salvar a la madre, el médico que lo realice no incurre en responsabilidad penal, porque su actuar no es punible.

El artículo 139 del Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, establece: Tentativa y aborto culposo. La tentativa de la mujer para causar su propio aborto y el aborto culposo propio, son impunes. El aborto culposo verificado por otra persona, será sancionado con prisión de uno a tres años, siempre que tal

persona tenga conocimiento previo del embarazo. Este artículo opera como una excusa absolutoria para la mujer que tiene como tentativa causar su propio aborto.



El artículo 280 del Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, establece: Exentos de responsabilidad penal. Están exentos de responsabilidad penal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, robos con fuerza en las cosas, estafas, apropiaciones indebidas y daños que recíprocamente se causaren: 1º. Los conyugues o personas unidas de hecho, salvo que estuvieren separados de bienes o personas y los concubinarios. 2º. Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines. 3º. El consorte viudo, respecto a las cosas de la pertenencia de su difunto conyugue, mientras no hayan pasado a poder de otra persona. 4º. Los hermanos si viviesen juntos. Esta exención no es aplicable a los extraños que participen en el delito. Este delito que indica quienes están exentos de responsabilidad penal, podemos observar que son los familiares, porque se tiene por objeto conservar íntegros e indivisibles ciertos valores de la sociedad como en este caso es la familia. Para efectos de ejemplificar las excusas absolutorias solo esos ejemplos se abordarán, pero aún existen otros en el ordenamiento jurídico.

En esta parte es importante hacer mención a lo establecido artículo 22 del Código Penal, decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala, que establece: Caso fortuito. No incurre en responsabilidad penal, quien, con ocasión de acciones u omisiones u omisiones ilícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, produzca un resultado dañoso por mero accidente. El caso fortuito o de fuerza mayor es por acontecimientos imposibles de evitar, y algunas veces de prever, y por lo mismo se considera como un mero accidente en la cual la responsabilidad penal no se le puede imputar a nadie.

Con el análisis y estudio de los elementos negativos del delito damos paso al siguiente capítulo en el cual se abordará el error como un elemento de la culpabilidad, con énfasis en el error de prohibición analizado desde el punto de vista de la culpabilidad, porque se considera como una eximente de inculpabilidad el error en la prohibición.

CAPÍTULO IV

Error de prohibición en Guatemala



4.1. El error

El presente capítulo tiene por objeto, desarrollar todo lo relativo al error de prohibición en Guatemala, por lo que es importante que se aborden todos los aspectos que son relativos a determinar de manera clara qué es el error de prohibición y que tipos existen, asimismo se citarán legislaciones extranjeras en donde se encuentra regulada esta figura dentro del ordenamiento jurídico de cada país. Para empezar, se hablará del error.

4.1.1. Antecedentes

Para iniciar es importante hablar acerca del error y sus antecedentes en materia penal; para la antigua doctrina y jurisprudencia alemana el error en el Derecho Penal, se debe analizar desde el punto de vista de la antigua doctrina objetiva del injusto, como sus primeros antecedentes legales, se tiene que remontar al Código Penal prusiano de 1851, que establecía que no habrían de ser imputadas, al autor aquellas circunstancias del hecho de las que no tuvieran conocimiento al realizar la acción. (Wolfgang, Ingeborg, Urs, Gerald, & Hans Ullrich, 1999, pág. 15). Partiendo de esta idea clara se observa como en las primeras formas en las que se consideró el error, se logra determinar que el mismo establece que no se puede imputar una acción, a quien actúa con desconocimiento de su actuar. El Código de Napoleón también reguló lo relativo al error, no detalla mucho sobre el tema, porque no hace diferenciación entre un error y otro.



El autor Hurtado Pozos, indica que:

El error constituye una falsa representación de la realidad o su ignorancia. Tradicionalmente en la legislación y en la doctrina, se consideran dos clases de error. De acuerdo con la terminología tradicional, se habla de error de hecho (*error facti*) y error de derecho (*error juris*). Actualmente se prefiere hablar de error de tipo (*tatbestandsirrtum*) y de error de prohibición (*verbotsirrtum*). (Hurtado Pozo, 2000, pág. 134).

4.1.2. Tipos de errores

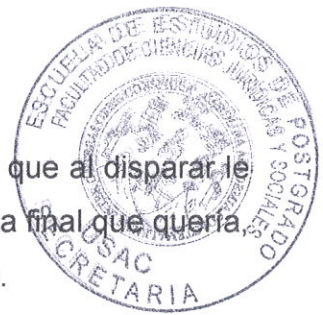
Doctrinariamente se indicó con anterioridad que el error en su esencia más pura se divide en dos grandes campos siendo el error de tipo y error de hecho.

4.1.2.1. Error de tipo

El error de tipo lo define Raúl Eugenio Zaffaroni como: "El error de tipo es el fenómeno que determina, la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo". (Zaffaroni, 1991, pág. 411). Este error de tipo recae en los requerimientos del tipo objetivo, en el conocimiento cierto que se tiene sobre cierta cuestión en particular, por ejemplo que sucede cuando una persona toma un chaleco de un perchero pensando que se trata del propio, en este caso en concreto el sujeto no tiene el conocimiento requerido por el tipo objetivo, como en este ejemplo el tipo objetivo erróneo que tiene es el de apoderarse de una cosa, como se ve, el actuar fue llevarse una cosa, más nunca tuvo la intención de apoderarse de esa cosa mediante hurto o robo.

Otro ejemplo que es utilizado por Raúl Zaffaroni, es el caso de unos amigos que se van de cacería y cuando están en el bosque un amigo se disfraza de oso y su amigo le dispara pensando que efectivamente es un oso, aquí se puede determinar que en ambos ejemplos el error ha caído en los requerimientos del tipo objetivo, porque en este

caso, el sujeto ignora que se trata de un hombre y por lo tanto ignora que al dispararle ocasionará la muerte a una persona, por lo que resulta que la conducta final que quería era cazar a un oso, más nunca ocasionar la muerte de un ser humano.

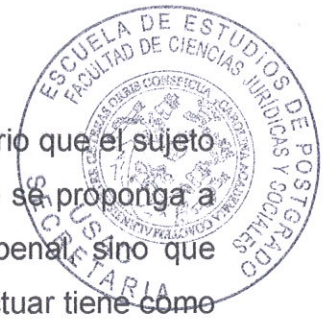


En ambos casos desaparece la finalidad típica, porque la voluntad de realizar el tipo objetivo no es total, y mientras no exista dolo la conducta debe ser atípica, ante esta situación Zaffaroni indica: "hay casos que existe tipicidad objetiva, pero no hay tipicidad subjetiva porque falta dolo". (Zaffaroni, 1991, pág. 411). Se indica que cuando se realiza un acto, este tiene un efecto en la vida jurídica y por lo tanto se da la tipicidad objetiva, en virtud que esa acción ya estaba tipificada en la norma jurídica, pero no existe tipicidad subjetiva toda vez que el autor obró sin la intención de que su conducta obtuviera un determinado resultado. Claus Roxin indica que: "Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente". (Roxin, 1999, pág. 458), Roxin también sostiene que, si en la comisión del hecho no conoce el tipo penal, no se le puede acusar de haber actuado dolosamente.

El dolo es querer la realización del tipo objetivo; cuando no se sabe que está realizando un tipo objetivo, no puede existir ese querer y, por ende, no hay dolo: ese es el error de tipo. Todo error que determina la imposibilidad de la voluntad realizadora del tipo objetivo es un error de tipo. Todo error que determina esa imposibilidad queda fuera del error de tipo y será motivo de otro tratamiento. (Zaffaroni, 1991, pág. 412).

De conformidad con lo establecido anteriormente se puede determinar que la realización del tipo objetivo del delito es independiente de si hubo o no voluntad, porque la finalidad si es la conducta como tal, pero como lo indica el autor, aunque la acción se realice, si se obró sin la voluntad del actor la acción, no debería existir responsabilidad.

Mir Puig, indica: "si el dolo requiere conocer y querer la realización del tipo injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o algunos, o todos los elementos del tipo injusto" (Mir Puig, 1990, pág. 268). En esta idea del autor se puede observar que indica que el error determina la ausencia del tipo injusto, porque se está actuando por desconocimiento de la infracción.



Para que exista conocimiento de los elementos del tipo no es necesario que el sujeto haya tomado en cuenta todas las consideraciones del tipo penal, y que se proponga a realizar de manera lógica y ordenada, todos los elementos del tipo penal, sino que basta con que exista un leve conocimiento o tenga la creencia que su actuar tiene como consecuencias dentro del mundo jurídico. Es importante indicar que los tipos penales se encuentran formados por elementos descriptivos y normativos, siendo los descriptivos, la descripción clara y concisa que realiza la norma jurídica, y los normativos son todos los aspectos legales que conllevan la tergiversación o trasgresión del tipo penal.

En relación con los aspectos normativos, éstos son los que exigen que el actor se formule un juicio de valor, y el conocimiento que tenga de una norma no debe contener una totalidad del conocimiento de la norma, sino que basta con que se tenga una noción básica del conocimiento de la normativa. El autor Hurtado Pozo hace referencia a “valoración paralela en la esfera de lo profano”, que significa que el agente debe estar consciente del aspecto factico de dichos elementos y de su significación social. (Hurtado Pozo, 2000, pág. 135).

Es importante señalar que “el error es el conocimiento falso acerca de algo; la ignorancia es la falta de conocimiento sobre algo. Desde el punto de vista del Derecho Penal, ambos tienen mismos efectos”. (Zaffaroni, 1991, pág. 412). Se indica que para los efectos de la ley penal, el error y la ignorancia causan los mismos efectos, por lo que podemos indicar que jurídicamente ambas acciones deben tener alguna exculpación por su comisión.

En la legislación penal guatemalteca, no se encuentra regulado el error de tipo, sino que únicamente se encuentra regulado el error en persona, y el error en caso de legítima defensa. El artículo 21 del Código Penal decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, establece: Error en persona. Quien cometa un delito será responsable de él, aunque su acción recaiga en persona distinta de aquella a quien se suponía ofender o el mal causado sea distinto del que se proponía ejecutar. En la regulación del error en persona refiere a que, no obstante, se cometa un acto constitutivo de delito, aunque se tenga la idea de ocasionar un daño es responsable del



mismo tipo penal. El error en persona se podría ejemplificar en que una persona quiere atropellar a otra persona, y cuando va a realizar esa acción, se confunde de persona, eso no lo exime de responsabilidad penal por el hecho que quería cometer, aunque hubiera error en la persona.

Dentro de la clasificación de error se puede indicar el error vencible o evitable y el error inevitable e invencible, siendo evitable el error en el que si se hubieran observado y protegido los deberes de cuidado no hubiera ocurrido y los inevitables o vencibles son los errores que, aunque se hubiera puesto la diligencia debida no se hubiera salido del error.

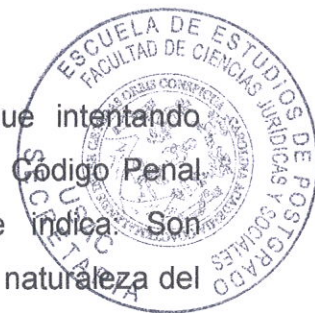
A.1. El error de tipo invencible es cuando no se puede superar el error en el conocimiento del elemento objetivo, porque tiene como consecuencia que la exclusión del dolo y por la tanto esa acción es inculpable. El autor Girón Palles, señala al respecto:

En un caso en concreto, dentro de un proceso penal se presentó una acusación en contra de un hombre quien tenía una vida marital con una menor de 12 años de edad, y a él se le acusa de violación, porque en el momento en que tenían acceso carnal, la menor tenía 11 años de edad, y durante el debate se logró probar que el hombre no sabía que la menor tenía 11 años de edad, porque todas sus características físicas la hacían parecer de al menos 12 años de edad. El tribunal aplicando el error de tipo absolvió al imputado por ausencia intelectual del dolo, basándose en el desconocimiento de la edad que tenía al momento de la perpetración del acto (Girón Palles, 2013, pág. 37).

En el caso señalado anteriormente se puede indicar que cuando existe error de tipo vencible, produce como resultado la exclusión del dolo, toda vez que no existe el dolo.

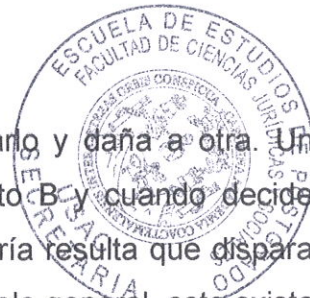
A.2. El error del tipo vencible es cuando el autor puede evitar el desconocimiento mediante la toma de las medidas necesarias o deberes de cuidado que sean necesarias para ese fin y por esta situación el error de tipo vencible se encuentra dentro de la esfera de la culpa, porque analizando el caso en particular podemos establecer si se trata de una negligencia, imprudencia o impericia.

El error de tipo no se encuentra regulado en Guatemala, aunque intentando orientarlo podría ser según lo contenido en el artículo 26, inciso 9° del Código Penal decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala que indica. Son circunstancias atenuantes: Ignorancia. 9°. La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución". Dentro de esta situación de la ignorancia es en donde descansa el tema central del presente trabajo de investigación, porque jurídicamente hablando, no se puede exigir a alguien que no haga algo, si no tiene conocimiento de que su actuar es contrario a la norma jurídico penal.



4.2. Errores que no excluyen dolo

Los errores que excluyen el dolo son los errores que son sobre elementos no esenciales y por ello no se les puede eximir de responsabilidad penal en virtud que el dolo existe, independientemente del resultado que no es el esperado pero el dolo si se mantiene. Entre ellos podemos mencionar. A) error sobre el objeto de la acción, este error se refiere en que el sujeto activo tiene un error sobre que recae en la acción. Por ejemplo el sujeto A le dispara al sujeto B, creyendo que era C. allí existe un error, pero la acción que era darle muerte a una persona independientemente si es A o B, no es relevante para el mundo jurídico, sino que lo que importa es el resultado; B) Error sobre la relación de causalidad, este error recae en el curso de la acción y el resultado, por ejemplo una el sujeto A quiere darle un susto, al sujeto B, y cuando lo asusta, el sujeto B quien tiene problemas cardiacos, por la impresión cae desmallado al suelo porque el sujeto B tiene problemas cardiacos, situación que ignoraba totalmente el sujeto A, por lo que allí incurre en el error. En este tipo de error es importante indicar que la desviación de la causalidad no es importante toda vez que el resultado pudiera ser previsible, como por ejemplo empujar al sujeto A para que caiga a una piscina y se muera, porque se sabe que no puede nadar, pero cuando lo empuja se golpea en la orilla de la piscina y la causa de la muerte es por la contusión cerebral que se le provoco, en este caso podemos observar que hubo error en la causalidad pero la finalidad era la misma o la misma se podía prever; C) Error en el golpe (aberratio ictus) esta situación se dirige principalmente a los delitos de resultado, y consiste en que el sujeto realiza una acción



dirigida a una persona pero en el trayecto no consigue realizarlo y daña a otra. Un ejemplo claro podría ser que el sujeto A quiere matar al sujeto B y cuando decide hacerlo saca su arma de fuego y dispara, pero tiene mala puntería resulta que dispara al sujeto C, allí se estaría contemplando el error en el golpe; D) dolo general, este existe cuando concurre un solo comportamiento doloso, en el cual el segundo resultado es el contenido en el dolo en general, por ejemplo lo quiere matar ahogándolo y resulta que al practicar la autopsia da como resultado que la muerte fue ocasionada por un paro cardíaco del susto, por lo que la intención se realizó y el resultado era el mismo que consistía en darle muerte al sujeto; E) el error sobre los elementos accidentales, este error consiste en que el sujeto desconoce los elementos accidentales de su acción por lo que puede obrar bajo circunstancias atenuantes y/o agravantes sin saber que obra bajo tales condiciones, por ejemplo cometer un delito en estado sobrio y cometer un delito en estado de embriaguez, el simple hecho de estar en estado de embriaguez constituye una agravante para el momento de la imposición de una pena. (Girón Palles, 2013, pág. 39)

Para hacer referencia un poco más al dolo es importante indicar que doctrinariamente existen dos tipos de dolo, siendo estos el dolo directo que a su vez puede ser de primer y segundo grado; y además un dolo eventual, para entender de una mejor manera citamos a Eugenio Raúl Zaffaroni quien indica.

Dolo directo de primer grado: cuando el resultado es querido directamente como fin; dolo directo de segundo grado: cuando el resultado es la consecuencia necesaria del medio elegido; dolo eventual es cuando a el sujeto se le presenta la posibilidad del resultado concomitante y la incluye como tal en la voluntad realizadora. (Zaffaroni, Manual de derecho penal, parte general, 1991, pág. 420).

Se pueden observar las diferencias que existe en cada tipo de dolo, el de primer grado es que consigue la finalidad como la planeo, el dolo directo de segundo grado es cuando el resultado se dio tal cual fue previsto sin importar el medio empleado, la finalidad se consiguió y el dolo eventual que al sujeto se le presenta la acción y la aprovecha.

Luego de analizar los errores y sus tipos analizaremos por individual el error de prohibición.

4.3. Error de prohibición

4.3.1. Clasificación

Para empezar a hablar del error de prohibición es importante situarse en lo establecido en el error, y allí se indicó que el error recae sobre los elementos que son exigidos por el tipo objetivo y que es allí en donde se da el error de tipo, también estudiamos que el error de tipo es vencible y que de ese tipo de percepción puede dar lugar a la culpa.

El autor Zaffaroni indica:

El error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, sino que es un puro problema de culpabilidad. Se le llama error de prohibición cuando recae sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta. (Zaffaroni, Manual de derecho penal, parte general, 1991, pág. 543).

Como lo indica el autor, el tema del error de prohibición se tiene que calificar como un problema que recae y ataca el elemento positivo de la Teoría del delito que es la culpabilidad, que no es más que el reproche que la sociedad hace a una persona, porque pudiendo actuar de otra manera no lo hizo.

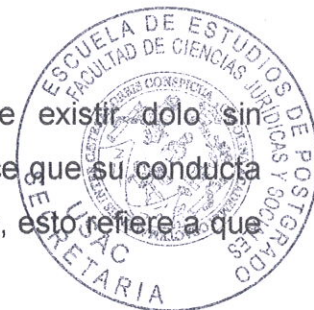
El error de prohibición impide la comprensión de la antijuricidad de la norma jurídica, porque mientras no hay conocimiento de la norma, no se puede exigir comprensión de la misma, porque este error indica que el sujeto desconoce la norma. El error de prohibición consiste en el desconocimiento de la norma penal que se tiene.

Para indicar que el error de prohibición se encuentra dentro la culpabilidad es importante indicar que la culpabilidad necesariamente debe entender que el autor es imputable, y para que una persona sea considerada imputable significa que debe tener la capacidad de la ilicitud de su acción. La capacidad de comprender es la que establece que el sujeto está en la capacidad de determinar lo bueno o lo malo de acción, porque debe tener conocimiento, tal vez no completo, pero al menos mínimo de la irregularidad de su norma.

Visto desde un punto de vista causalista del delito, se indica que el dolo, debía recaer sobre la comprensión de la norma y aquí observamos como el error de prohibición recae sobre la norma directamente. Y al no existir el conocimiento de la



ilicitud, automáticamente el dolo desaparecía, porque no puede existir dolo sin conocimiento. Por lo que se puede indicar que si el sujeto desconoce que su conducta está tipificada en una ley penal o desconoce totalmente su contenido, esto refiere a que actuó sin dolo.



4.3.2. Concepto

Para comprender el error de prohibición y poder conceptualizarlo es importante señalar que los conceptos parten de la inexigibilidad de la comprensión de la antijuricidad proveniente del error. Porque el sujeto no conoce la norma, no se puede exigir que actúe de otra forma.

Se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión antijurídica de la conducta. Cuando es vencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuricidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta la tipicidad dolosa o culposa porque esta afirmada al nivel correspondiente, teniendo solo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza. (Zaffaroni, Manual de derecho penal, parte general, 1991, pág. 543).

Otros conceptos como por ejemplo el indicado por Reinhart Maurach:

El autor que obra con error de prohibición no conoce el ilícito, es decir, la valoración negativa de su acción por parte del ordenamiento jurídico global, de lo que resulta la prohibición de llevarla a cabo: el autor actúa con desconocimiento de la prohibición. (Reinhart, 1994, pág. 672).

Una de las definiciones más cortas y concretas es la expuesta por Zaffaroni, que indica: "error de prohibición comprende el error que determina el conocimiento de la prohibición" (Eugenio Raul & Alejandro Alagia, 2002, pág. 726). El autor indica de forma clara y concisa que el error de prohibición es la ignorancia o desconocimiento de la prohibición, por lo que podemos decir que desconoce su actuar.

Para el autor Armaza Galdos, el error de prohibición obra cuando el sujeto creyendo actuar lícitamente, perjudica a un bien jurídico tutelado. (Armaza Galdos, 1996, pág. 61). En este sentido se puede indicar que la persona actúa con una creencia errónea de

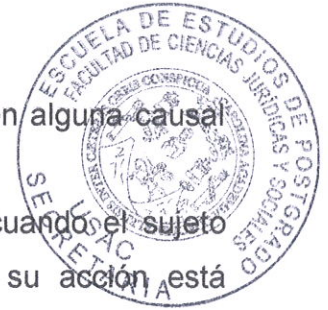
que su acción es correcta o que si no que la misma está amparada en alguna causal que exime su responsabilidad penal.

Con el error de prohibición se puede resumir indicando que es cuando el sujeto actúa en conciencia que su actuar es correcto, porque cree que su acción está justificada por la ley penal. Por lo que se puede indicar que el error de prohibición, es el error sobre el conocimiento de la antijuricidad, porque es cuando el sujeto desconoce la prohibición contenida en la norma penal.

Por ello Girón Palles indica:

El error influye decisivamente en el dolo y se le puede clasificar como error de prohibición directo, que es el "desconocimiento de la norma penal, (que) puede ser invencible (inevitable) y sus efectos son eximir la responsabilidad. Si el desconocimiento fue invencible (que haya podido superarlo; pero no lo hizo) disminuye la reprochabilidad de la acción, debe tratarse como un tipo imprudente". Por otra parte, se tiene el error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación, el cual sigue el mismo tratamiento del error invencible, exime la culpabilidad. En este caso se incluye la eximente de error, conocida como legítima defensa putativa regulada en el artículo 25 numeral 3º del Código Penal. (Girón Palles, 2013, pág. 80).

Es decir que procede el error de prohibición a la persona que por una falsa o errada valoración sobre una situación jurídica, considera que su acción es legítima sea porque crea equivocadamente que la norma prohibitiva no existe o porque la considera nula, inválida, derogada, inconstitucional o porque le da una interpretación que no tiene, sea porque la interpreta en forma diferente o porque supone erradamente que en su caso concurre un motivo de justificación que la ley no ha reglamentado; en todo caso, en el error de prohibición el autor cree que actúa legítimamente o aun cuando ni siquiera se ha planteado la licitud o ilicitud del hecho. (Balaguera Celis & y Pallares Rodriguez)





4.3.3. Clases de error de prohibición

Una vez entendido que es el error de prohibición se procederá a analizar las clases de error de prohibición que existen en la doctrina, por lo que este apartado se desarrollara para una mayor comprensión se desglosará el error de prohibición visto desde diferentes perspectivas que ayudarán a un mejor entendimiento del mismo.

4.3.3.1. Error de prohibición directo

Este tipo de error prohibición es el que recae en el desconocimiento de la norma prohibitiva penal frente al acto cometido, el cual tiene como efectos eximir al culpable. Esta situación es el típico ejemplo de error de prohibición en el cual el sujeto no sabe que su acción es contraria a la norma jurídica. En este caso como ejemplo una situación que ocurre en los lugares del interior del país, en donde en los mercados cantonales e incluso en mercados de la ciudad la gente se encuentra vendiendo periquitos y no tiene idea que su acción es contraria a una norma prohibitiva expresa emitida por el Consejo Nacional de Áreas Protegidas (CONAP), es aquí en donde se observa que las personas actúan con un total desconocimiento de la norma penal frente al acto cometido.

Es importante para efectos del presente trabajo de investigación que el autor del mismo considera que únicamente son objeto del error de prohibición directo aquellas cuestiones que son muy especiales o técnicas, con esta situación no se pretende dejar por un lado lo contenido en la ley que establece que nadie puede alegar ignorancia de la ley, sino que toda vez que sea sobre una norma de carácter técnico o especializado como es lo que ocurre en los juzgados del país. Por ejemplo, no podrá ser objeto de error de prohibición el golpear a alguien, robar algo o mucho menos matar a alguien puesto que este tipo de situaciones son de conocimiento general y las mismas se transmiten por la simple tradición, por lo que sería prácticamente imposible que alguien tuviera error en el conocimiento de esa normativa. En caso contrario con normas técnicas o específicas sobre temas particulares, como lo podría ser temas forestales, de protección de animales, de procedimientos y muchas veces de tipos penales nuevos,



porque el Estado no tiene la capacidad de informar que existen nuevas prohibiciones sobre determinados temas

4.3.3.2. Error de prohibición indirecto

Este tipo de error de prohibición es el que recae sobre las causas de justificación o que el autor considera que existen motivos justificantes de su acción. En este caso se puede aplicar la causa justificante contenida en el artículo 25, numeral 3 del Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la Republica, que establece: Error. 3º. Ejecutar el hecho en la carencia de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto. La finalidad de este error es buscar una causa de inculpabilidad. Es importante hacer la diferencia principal que radica entre el error de prohibición indirecto con el directo, es que en el indirecto el autor si tiene el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento, pero cree que existe una causa que justifica su acción, por eso también se le llama error de permisión. Un ejemplo sobre este error de prohibición indirecto es que sale una persona a la calle y en el trayecto mientras está caminando alguien se le acerca con una pistola de plástico y entonces el sujeto saca su arma de fuego y le dispara al sujeto que tenía el arma de plástico, entonces ante esta situación y a primera vista, el sujeto actuó bajo la idea que lo hacía amparado en la legítima defensa, pero el resultado es que hay un error de prohibición indirecto, porque no se cumplen con los requisitos de la legítima defensa, pero si operaría plenamente el estado de error de prohibición indirecto, toda vez que el autor al momento de consumación del acto considero que lo hacía en legítima defensa de su integridad física o la de sus bienes.

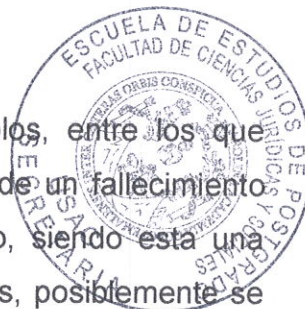
4.3.3.3. Error de conocimiento y de comprensión

A lo largo del presente trabajo de investigación hemos podido considerar que el error sobre el conocimiento, nos lleva a un error de prohibición que a su vez puede ser directo, que es cuando recae en la norma misma; indirecto cuando recae sobre el conocimiento de la permisión del mismo. (Zaffaroni, 1991, pág. 549). Los diversos

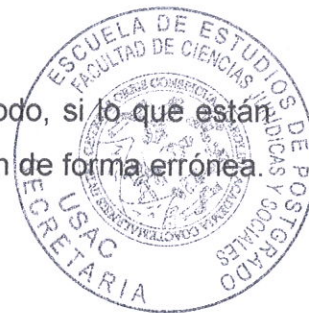
autores para ejemplificar estas situaciones ponen algunos ejemplos, entre los que podemos indicar que cuando a una persona indígena al momento de un fallecimiento tiene sus propios métodos para el funeral y el sepelio del cuerpo, siendo esta una situación milenaria que tienen, y al momento de hacer estos rituales, posiblemente se están violentando las reglas sobre las inhumaciones, pero sería muy complicado decirle a esa persona que esos rituales son contrarios a las disposiciones legales vigentes y de igual forma solo hay que invertir los papeles, nuestra cultura está acostumbrada que al momento del fallecimiento de una persona, se debe contratar una funeraria para que preste el servicio y posteriormente hacer todos los tramites antes los registros correspondientes, y supongamos que a alguien le toca velarlo en casa y hacer todo lo que acostumbra a hacer un indígena, sería complicado exigir la posibilidad de comprensión de la antijuricidad y la culpabilidad de la norma.

Otro error de conocimiento que podemos citar, más adecuado a Guatemala, podría ser el caso de los vendedores de pinabete que durante las épocas navideñas se incrementan y por parte del gobierno se realiza una serie de operativos para eliminar este flagelo, pero muchas veces las personas que realizan estas ventas las realizan fuera de los mercados, que muchas veces se encuentran frente a estaciones de la policía nacional civil, pero como tienen un error de prohibición, porque ellos durante generaciones han vendido el pinabete, lo siguen haciendo porque no conocen la prohibición de la norma, y en el momento en que se den operativos por parte de la Dirección de Protección a la Naturaleza (DIPRONA) si son encontrados en flagrancia podrían enfrentar prisión de 5 a 10 años y multa de 10 mil a 20 mil quetzales por extracción y transporte ilegal.

Durante el ejercicio profesional del autor como abogado litigante en las épocas de fin de año se ha visto el incremento de personas en la torre de tribunales por transportar en camiones pinabetes y durante el proceso de detención las personas insisten en que no saben que transportar pinabetes (pinitos como ellos dicen), se encuentra prohibido y que ellos solamente son choferes y están viendo la forma en que se ganan la vida, por lo que de ser cierto estarían incurriendo en un ejemplo claro de error de prohibición y



cómo la norma penal podría exigirles que se comporten de otro modo, si lo que están realizando no tienen el conocimiento de que sea ilegal, o lo conciben de forma errónea.



4.3.4. Error de prohibición en estado de necesidad disculpante

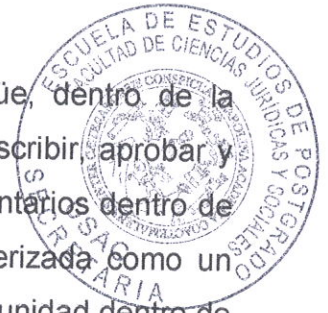
Este tipo de error de prohibición, es el que trata de la colisión que existe de dos bienes jurídicos del mismo tipo y del mismo valor, y un sujeto tiene que tomar uno y perjudicar a otro. Para ejemplificar este tipo de error de prohibición bajo estado de necesidad disculpante, es que en una planta industrial en la cual se manejan químicos mortales hubiera un accidente y se rompe la tubería en el cuarto de máquinas en el cual trabajan dos personas y resulta que solo existe una mascarilla para resguardar su vida, entonces allí una de las dos personas tendrá que utilizar la mascarilla y por lógica la otra deberá morir, situación que se enfrenta ante dos bienes jurídicos tutelados del mismo valor y tipo, por lo que al que sobreviva por utilizar la máscara, tendría como justificación de su acción el error de prohibición en estado de necesidad disculpante.

4.3.5. Error de prohibición y el error culturalmente condicionado en general

Este tipo de error de prohibición que se encuentra culturalmente condicionado en Guatemala, porque el autor no tiene conocimiento que la conducta que realiza es prohibida, y el sujeto desconoce ese extremo toda vez que dentro de sus costumbres y su conocimiento cultural es correcto lo que realiza.

En este punto es importante recordar que de conformidad con el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que literalmente establece: Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. Por su parte el convenio 169 de la Organización Internacional de trabajo (OIT), que versa sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, establece: Guatemala se caracteriza

sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio, por lo que al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno. Guatemala es reconocida y caracterizada como un Estado unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe, conformada esa unidad dentro de la integridad territorial y las diversas expresiones socio-culturales de los pueblos indígenas, los que aún mantienen la cohesión de su identidad, especialmente los de ascendencia Maya... Opinión consultiva emitida por solicitud del Congreso de la República, Gaceta No. 37, expediente No. 199-95, página No. 9, resolución: 18-05-95.



De conformidad con lo anterior podemos indicar que Guatemala es un país que se encuentra formada por diferentes grupos étnicos, y cada uno de estos grupos posee características propias como lo son el idioma, la gastronomía, la vestimenta y sobre todo cada una con su propia cosmovisión y estilo de vida de orígenes ancestrales. Ante esta situación actual de Guatemala es importante tomar en consideración todos estos factores que de alguna manera u otra colisionan a diario con el ordenamiento jurídico penal vigente y como no existe un mecanismo a través del cual se pueda determinar que en algunos momentos colisionaran las costumbres con lo establecido en las normas jurídicas y actualmente no existe mecanismo para confrontarlas y buscar el punto intermedio entre esta situación.

El Autor Girón Palles, cita en su libro Teoría del delito dos casos claros sobre esta situación del error de prohibición culturalmente condicionado, razón por la cual se parafrasea lo allí expuesto. Para entender de una mejor forma situación se ejemplifica con dos casos reales de dos personas de dos comunidades que actuaron bajo sus propias normas culturales por lo que incurrían en error de prohibición culturalmente condicionado. Para dejar claro se explica como primer punto que mediante acciones que son ancestrales y poseen un contenido espiritual para quienes las practican, en muchas comunidades se da como ofrenda cusha (licor clandestino) para entregarlo como ofrenda en comunidades a cada santo de la comunidad. El caso en concreto es que una persona llevaba transportaba 20 galones de cusha con destino a la Cofradía de San Simón en el municipio de Santiago Atitlán a una comunidad Tzutuhil del

departamento de Sololá, la persona que transportaba el licor fue detenida por la Policía Nacional Civil (PNC) y fue puesto a disposición de autoridad competente quien consideró que la conducta encuadraba dentro del tipo penal de contrabando y defraudación en el ramo de alcoholes y bebidas alcohólicas y fermentadas, en el que durante la tramitación del proceso se obtuvo un sobreseimiento utilizando un peritaje cultural, en el cual indicaba que la persona actuaba en total desconociendo de la prohibición de la norma jurídica penal.



En el caso 2, que es muy parecido por la ofrenda de licor y este ocurrió en San Carlos Alzatate municipio de Jalapa, comunidad Pocomam, en donde una persona transportaban cuatro galones de cusha para la fiesta del pueblo, que de igual manera se utilizan con fines religiosos, este proceso luego de ingresar a la vía judicial se tipificó como defraudación al fisco en el ramo de bebidas alcohólicas y fermentadas; en este caso, se solicitó al Ministerio Público un criterio de oportunidad luego de un peritaje cultural, en el cual se determinó que efectivamente esta era una cuestión cultural y que en la percepción de sus habitantes no estaban incurriendo en delito alguno, con lo que se puede establecer que existe error en la prohibición.

En ambos casos se debería determinar si existió dolo (intención y voluntad) de realizar determinada acción, por lo que se realizó un peritaje cultural donde el experto realizará un análisis socio cultural de la región, incluyendo los factores políticos, religiosos y económicos, para determinar si la conducta es parte de la cultura de las costumbres del entorno y el autor considera que luego de realizar un peritaje se podría aplicar de una forma adecuada el error de prohibición dentro del sistema penal guatemalteco y a partir de esta idea se podría encuadrar dentro de una causa de inculpabilidad porque no se puede solicitar a alguien que actué de manera diferente a la que lo hace cuando obra con desconocimiento de la ilicitud de su actuar. (Girón Palles, 2013, págs. 81, 82)

4.3.6. Objeción de conciencia

Esta situación se trata de valores que devienen de la cultura religiosa o espiritual de las personas, en la que por sus ideales no realizan determinadas conductas que podrían ser consideradas como delitos, aunque para el actor dará menos reproche toda vez que lo realiza aferrado a una convicción de vida, ya sea ideológica o religiosa. (Zaffaroni, 1991, pág. 549).



4.3.7. Doble error de prohibición

En doctrina también ha surgido la problemática con respecto al llamado “Doble error de prohibición”, que se manifiesta en casos en que el agente no posee el conocimiento de antijuridicidad de un determinado tipo penal y sin embargo cree que su accionar está permitido por razones de cualquier otra índole, entiéndase razones morales, religiosas, sociales o pudiendo ser razones de tipo jurídico, por interpretaciones erróneas de tipos que en realidad están permitidos. Para resolver el problema ha de determinarse que existirá un error de prohibición cuando el conocimiento de la antijuridicidad falte respecto del tipo que es penalmente relevante. (Balaguera Celis & y Pallares Rodriguez, pág. 10)

El llamado doble error de prohibición se produce cuando el actor no conoce que su acción es antijurídica, y también porque cree que su acción es permitido, ya sea por diversas cuestiones y lo importante a destacar por las autoras Balaguera y Pallares) es que ellas se refieren a que el conocimiento de la antijuricidad respecto del tipo debe ser penalmente relevante, por lo que la acción no debe ser de conocimiento general, porque solo se podría aplicar en casos muy específicos, porque las personas no podrían alegar desconocimiento sobre cuestiones muy básicas de conducta que tienen como finalidad una convivencia pacífica entre todos los habitantes de la sociedad.

4.4. El error de prohibición en Guatemala

El error de prohibición actualmente no se encuentra regulado en la legislación guatemalteca, pero las nuevas corrientes del Derecho Penal van encaminadas a tipificar este tipo de error.

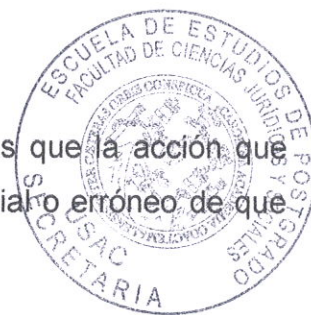
Actualmente el error de prohibición no se encuentra regulado en Guatemala, y lo más cercano al mismo es lo contenido en el artículo 26, del Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, que en su numeral 9 indica: Ignorancia. 9º. La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución. Como se encuentra actualmente regulado es como una circunstancia atenuante, que únicamente disminuirá la responsabilidad penal, pero que en ningún momento, será como una causa de inculpabilidad.

La Ley del Organismo Judicial, decreto dos guión ochenta y nueve (2-89) del Congreso de la República de Guatemala, en el artículo tres (3), indica: Primacía de la ley. Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o practica en contrario. Este artículo viene a dejar de manera clara que nadie puede alegar ignorancia de la ley, y que todos los habitantes del país debemos acatar lo que la legislación vigente establece, y deja de manera clara que no se puede alegar desconocimiento de las normas y por supuesto que esto incluye las normas penales.

El error en su sentido gramatical lo definimos como "falsa noción que se tiene de algo, o una representación equivocada de un objeto cierto, que implica a su vez un estado positivo del ánimo que concibe falsamente los hechos o el derecho (Mezger, pág. 295). Ya entendido y abordado el tema del error en su concepción pura, podemos determinar que existen razonamientos lógicos para que el error de prohibición, se regule en Guatemala. El error de prohibición, consiste en la acción que realiza una persona quien lo realiza en error que puede ser vencible o invencible y actúa sin el conocimiento de que su acción es contraria a la normativa penal vigente y que por lo tanto está vulnerando un bien jurídico tutelado (Armaza Galdos, 1996, pág. 26).



Una vez definido el error de prohibición, indica que no es más que la acción que comete una persona cuando obra con desconocimiento total, parcial o erróneo de que la norma que prohíbe ese comportamiento.



Es importante destacar que la forma en que se podría disminuir este tipo de error es mediante la socialización de las conductas penales que incrementan en tiempos determinados, por ejemplo, para fin de año se incrementan los hechos delictivos contenidos en artículo 82 del decreto 4-89 del Congreso de la República de Guatemala, en donde regula el tráfico ilegal de flora y fauna, en donde la sanción es de 5 a 10 años y multa de diez mil a veinte mil quetzales.

Otro tema que es importante analizar es porqué es necesario que en Guatemala se regule el error de prohibición, porque existe un alto número de analfabetismo, y allí se toca de nuevo el punto de cómo se puede exigir a alguien que su comportamiento sea diferente, si tiene desconocimiento total o parcial de la norma que transgredió.

Es importante también mencionar que en un país con altas tasas de analfabetismo debería existir un mecanismo para que las personas encuentre la manera de estar actualizados con las leyes del país, que puede ser a través de medios de comunicación como radios locales y canales locales también o que de alguna forma se les hiciera conocer sobre las nuevas disposiciones.

Actualmente en Guatemala existe un doce por ciento (12%) de analfabetismo a nivel nacional, pero es realmente preocupante que hay departamentos que su tasa de analfabetismos alcanza el veinticinco por ciento (25%) siendo éstos Huehuetenango, Alta Verapaz y Quiché Fuente Prensa Libre (Alvarez, 2017). Partiendo de la idea del alto número de analfabetismo pareciera inapropiado indicar que nadie puede alegar ignorancia de la ley, cuando la misma es escrita y publicada en el diario oficial y no todas las personas tienen acceso al diario y a saber que las tasas de analfabetismo son altas y por ello existen varias personas que no saben leer ni escribir, y por lo tanto no podrán informarse de manera directa, sino que lo tendrán que hacer con base en lo que las demás personas les comenten, porque actualmente no existe una cultura de

información de los nuevos tipos penales en canales abiertos como la radio y la televisión.



Siguiendo el orden de la idea del analfabetismo es importante indicar que no significa que el analfabetismo o la falta de escolaridad sea un factor determinante para indicar que las personas cometen delitos por ser analfabetas, la idea del presente trabajo de investigación es demostrar la situación de alfabetismo en el país y que eso podría ayudar a que las personas cometan acciones sin saber que su actuar es prohibido por la ley.

Es importante señalar que dentro de la Teoría del delito la culpabilidad no es más que el reproche que la sociedad le hace a una persona porque pudo actuar de manera distinta, y es aquí en donde empieza a surgir el problema ¿Cómo se le puede reprochar a una persona de su conducta, cuando no tenía el conocimiento, o lo tenía erróneo, que su conducta era constitutiva de un delito? Respondiendo a esta interrogante es que nace el denominado error de prohibición que es la situación en la cual la podría determinar que las personas en su actuar lo hacen con desconocimiento total de la prohibición de la norma.

Vale la pena señalar que esta situación debe recaer únicamente en situaciones específicas que se escapen o se puedan escapar del conocimiento de la población en general, por ejemplo, nadie podría alegar que no sabe que es prohibido robar o golpear a alguien, este tipo de situación debe abarcar únicamente cuestiones de carácter muy específico o especializado en una determinada materia.

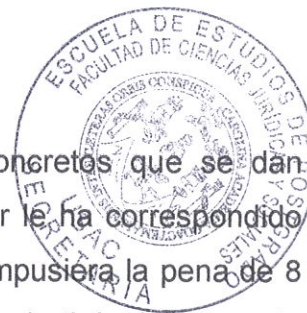
Las situaciones en las que se podría aplicar el error de prohibición es cuando el autor ignora la norma, cuando conoce la norma, pero considera que la misma no está vigente, cuando se interpreta equívocamente la norma, y cuando cree que existe una justificante.

En la revista del defensor séptima edición, del Insituto de la Defensa Publica Penal, relatan algunas técnicas para defensa de algunos casos y es importante como el mismo



manual indica la necesidad que existe que en Guatemala se regule el error de prohibición, el caso concreto es el siguiente:

Con la entrada en vigencia de la Ley de Armas y Municiones, Decreto Número 15-2009 del Congreso de la República, este tipo penal de mera actividad, es fácil de probar en juicio, únicamente se necesita la declaración de los captores, el informe de la Dirección General de Control de Armas y Municiones, DIGECAM, carecer de licencia de portación de arma de fuego, el Perito de Balística para establecer la funcionalidad del arma, y el arma de fuego, para condenar a una persona. Por lo anterior la defensa en éstos casos es complicada, y aunado a ello la pena es desproporcional al hecho siendo aumentada significativamente en comparación con la ley anterior, que era más benévola; aunque el espíritu de la nueva ley se origina de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, el legislador se pierde de contexto y tipifica en forma general este tipo penal, y no exclusivamente para combatir las estructuras criminales. Si bien es necesario penar severamente a las bandas de crimen organizado que porten armas para cometer toda clase de delitos de alto impacto social (asesinatos, secuestros, robos agravados, extorsiones, etc.); también lo es que la sociedad ante esa ola de delincuencia, necesita garantizar su seguridad y la de sus bienes; habiendo quedado lamentablemente incluidas en estos tipos penales, aquellas personas trabajadoras, honradas, que para resguardar sus bienes, su integridad y hasta su propia vida, debido a la inseguridad que aqueja a la mayoría de las comunidades de Guatemala, portan armas de fuego. Los casos de aquellas personas que por la necesidad de brindar alimentos a sus familias se ven en la necesidad de trabajar como agentes de seguridad, pero que lamentablemente algunas empresas de seguridad no cumplen con los requisitos legales y a sus trabajadores los dejan expuestos a la comisión de éste delito; también el caso de las personas que han acostumbrado a salir de cacería con rifle "calibre 22", pero que por ignorancia no tramitan la licencia de portación de arma de fuego; Un caso muy común el caso de aquella persona que se le olvida renovar su licencia de portación de arma de fuego, y es detenido cuando transcurrió el plazo de los 30 días para su renovación.



Ante todo, cabe preguntarse, si en estos casos concretos que se dan comúnmente y que seguramente a más de algún defensor le ha correspondido ejercer la defensa técnica, el legislador pretendía que se impusiera la pena de 8 a 10 años de prisión. Se considera que no, pues el fin es combatir la delincuencia organizada y en esos casos no se está ante una estructura criminal y lamentablemente en estos casos la mayoría de los jueces aplican la ley en forma fría e irreflexiva. Se excluyen aquellos jueces que con un buen criterio de justicia aplican la mínima participación y otorgan criterios de oportunidad, o aplican una causa de justificación como lo es el estado de necesidad, pues lamentablemente en Guatemala a pesar de haber un gran índice de analfabetismo priva la norma de la Ley del Organismo Judicial artículo 3, que dice: "Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario". Por lo que el error de prohibición, que está regulado en Estados desarrollados, en Guatemala lamentablemente por la norma citada, no se aplica. Pero es necesario que estos casos que se han indicado, el legislador reforme la Ley de Armas y Municiones y cree sub-tipos penales, en la que se regulen penas mínimas, y puedan desjudicializarse esas conductas; pues no tendría una finalidad la pena y al contrario sería más perjudicial para el imputado, que por primera vez es detenido, pero que ingresa a la universidad del crimen y a una jungla, en la que debe luchar por sobrevivir y no ser víctima de delitos, pues teniendo una buena conducta pre-delictual, posteriormente el pronóstico es muy reservado. (García y Vidaurre, 2012, pág. 213)

El error de prohibición debería ser regulado en la legislación guatemalteca, toda vez que debido al alto grado de analfabetismo y la poca difusión de las nuevas disposiciones legales en Guatemala, por ser un país pluricultural y multilingüe es necesario que regule el error en el proceso penal.

La finalidad del presente trabajo de investigación luego de su análisis de todos los elementos y estudios de la Teoría del delito en general, posteriormente los elementos positivos los cuales deben incurrir todos para que la acción sea considerada como delito, y después el estudio de los elementos negativos que al existir uno no se podrá

concluir con una sanción en virtud que el sujeto activo actuó bajo el amparo de una norma o de alguna excusa bajo el amparo de ley.



En relación con este tema del error de prohibición, de acuerdo con la realidad guatemalteca, existen muchas personas que por completa ignorancia están cometiendo delitos, y no es hasta después que han sido procesadas y sentenciadas que logran comprender la ilicitud de sus actos.

El error de prohibición encuadra dentro de la culpabilidad, entiendo la culpabilidad según Bustos Ramírez como la responsabilidad por el resultado causado mediante un movimiento corporal voluntario (Bustos Ramírez, 1994, pág. 489). También se menciona que es importante conocer la capacidad de culpabilidad que no es más que la capacidad de entendimiento del individuo de poder conocer la ilicitud de su actuar y comportarse en consecuencia de acuerdo a ese saber.

4.5. Casos en Guatemala

Como parte del trabajo de investigación, se realiza un análisis de diferentes casos en Guatemala en los cuales se han emitido fallos en casación por la Corte Suprema de Justicia relacionados con el error de prohibición.

Sentencia 900-2014, de fecha 18 de febrero de 2015. En el presente caso el actor es el Ministerio Público, si interpuso casación por motivo de fondo, contra la sala tercera de la corte de apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, en el proceso por el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, en contra del imputado. El caso es el siguiente: El sindicado fue aprehendido el día trece de enero de dos mil trece a las doce cincuenta horas, en la octava Avenida y tercera calle de la zona doce de la Colonia la Reformita, por agentes de la Policía Nacional Civil, cuando conducía la motocicleta marca Italika y demás datos de identificación, registrada a nombre del aprehendido, e indican los agentes captores que al momento de hacerle el alto y efectuarle el registro superficial en sus prendas de vestir se le incautó a la altura del cinto un arma de fuego tipo revolver y que al momento de solicitarle la licencia respectiva les puso a la vista de los agentes captores una



fotocopia autenticada de la tarjeta de tenencia del arma de fuego extendida al grupo SIS, en virtud de que llevaba el arma de fuego a entregarla a la empresa de seguridad donde trabajaba. En primera instancia el juez unipersonal del tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, absolvió al procesado por el delito de deportación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivo.

Para absolver razonó que, la empresa SIS Sociedad Anónima incumplió las normas que rigen la portación de armas de fuego aplicables a los agentes de seguridad privada, porque la portación de arma de fuego por parte del procesado obedecía a que el supervisor el día que finalizó su servicio no llegó a recoger el arma, por lo que este procedió mediante error en la creencia de que, ser agente de seguridad privada y mostrar únicamente la tenencia del arma de fuego que ilegalmente le dio la compañía de seguridad, al momento de su detención por agentes de la policía nacional civil, no iba a ser sancionado como delito. "... Razones por las cuales a juicio de quien juzga el actuar del procesado no existe la intención y (...) que esa conducta no puso en riesgo potencial bienes objeto de protección jurídica como la tranquilidad social porque lo que hacía era trasladar el arma de fuego a la empresa de seguridad utilizando la motocicleta de su señor padre, por lo que al no existir una conducta culpable ni punible no se encuentra responsabilidad penal del procesado (...)" . Esa resolución fue objeto de apelación planteado por parte del Ministerio Público y la Sala de Apelaciones correspondiente no le dio trámite razón por la que se interpuso el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia, la cual resolvió en relación con el error de prohibición toda vez que la defensa argumentó en primera instancia que la persona desconocía que su actuar era prohibido, y la Corte Suprema de Justicia, en su segundo considerando establece que: *"el principio de culpabilidad en la configuración constitucional del Derecho Penal. "La persona que no puede saber -o a la que no puede exigírsele que sepa o que comprenda- en la situación concreta, que está actuando de un modo que objetivamente habilitaría el ejercicio de poder punitivo sobre ella, no puede ser sujeto de éste sin violar reglas elementales de racionalidad, que importarían la negación del principio de legalidad o del objetivo político general que de él se deriva. Si el principio de legalidad se establece fundamentalmente para que los ciudadanos*

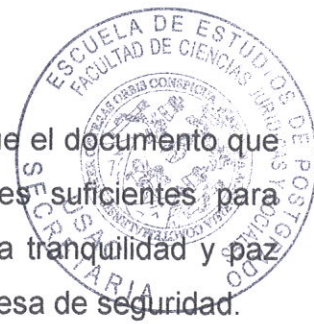
puedan conocer y comprender la conminación penal de su conducta antes de su realización, el principio de culpabilidad es su necesaria consecuencia, al imponer que cuando por cualquier causa al agente le fuese imposible (o no le fuese razonablemente exigible en la circunstancia concreta) esa comprensión o conocimiento, no pueda ejercerse poder punitivo" (Z., E.R., Derecho Penal, P. General. Editora Comercial, Industrial y Financiera S. A. Argentina. 2002. p. 725)".

En su tercer considerando en relación indica que: "El último elemento de la teoría del delito, es la culpabilidad. Para la corriente de pensamiento jurídico penal finalista uno de los aspectos negativos de este lo constituye el error de prohibición (que con diferencia de su contenido y alcance puede equipararse al error iuris o de derecho que la corriente causalista también estudia en la Teoría del delito como parte del elemento de la culpabilidad), que existe cuando el sujeto tiene un conocimiento equivocado delo injusto, es decir, que carece de la conciencia de la antijuridicidad de sus actos.

Dentro de estos tipos de errores se encuentran los indirectos, que tienen lugar *"cuando el sujeto conoce la tipicidad prohibitiva pero cree que su conducta está justificada"*(Z., E.R., Derecho Penal, P. General. p. 739), puede asumir la forma de un error por *"la falsa suposición de que existe una causa de justificación que la ley no reconoce (falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo)"*(Z., E.R., Derecho Penal, P. General. p. 739), una variable de esta es el error sobre los límites de una causa de justificación.

En el presente caso de conformidad con los hechos acreditados por el a quo, se establece que el procesado incurrió en un error de prohibición indirecto, al creer que se encontraba ejerciendo legítimamente el derecho de portar el arma de fuego que le fue incautada, puesto que, cuando el agente dela Policía Nacional Civil le efectuó el registro y le encontró dicha arma con las características que obran en el expediente, al solicitarle la licencia respectiva, puso a la vista fotocopia autenticada de la tarjeta de tenencia del arma de fuego extendida a la empresa encargada de prestar servicios de seguridad privada SIS, Sociedad Anónima, e indicó que llevaba el arma de fuego con la finalidad de entregarla a dicha empresa de seguridad privada, porque era el lugar donde

trabajada. Con lo anterior se evidencia que el procesado asumió que el documento que presentó y la calidad de agente de seguridad, eran condiciones suficientes para permitirle portar el arma de fuego, sin poner en riesgo potencial la tranquilidad y paz social, porque lo que hacía era trasladar el arma de fuego a la empresa de seguridad.



Ahora bien, después de establecer la existencia de un error de prohibición indirecto es necesario determinar si este fue evitable o inevitable por el agente, para el efecto, "la evitabilidad de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación con el sujeto en concreto y a sus posibilidades" (Z., E.R., Derecho Penal, P. General. p. 728). Sobre esta base se establece que el nivel de escolaridad que exige la ley para ser agente de seguridad y la instrucción en el ejercicio de dicha labor no le permitía el acceso a los requisitos necesarios para extender licencias de portación de armas de uso civil por miembros de empresas de seguridad privada, así como, conocer las obligaciones derivadas de dicha licencia, porque el conocimiento de dicha normativa corresponde al representante legal de la sociedad prestadora de servicios de seguridad privada, de conformidad con el artículo 79 de la Ley de Armas y M., por lo anterior, el error en el que incurrió el agente de seguridad fue insuperable.

En ese orden de ideas la Cámara Penal considera que, con la prueba producida en el debate y valorada por el a quo, se logra confirmar que al portar el arma de fuego no existió la intención del procesado de poner en riesgo algún bien jurídico tutelado, puesto que creyó que con la documentación que su patrono SIS, Sociedad Anónima, le entregó al contratarlo como agente de seguridad, su conducta no constituía ilícito penal alguno. En todo caso, el problema dio inicio en dicha empresa de seguridad, porque observando la integralidad de la sentencia, se tuvo por acreditado que el supervisor no recogió el arma de fuego que estaba a cargo del ahora acusado al momento de finalizar su servicio, eso trajo como consecuencia que el señor sindicado. La conducta cometida se realiza en la creencia de que bastaba con la fotocopia autenticada de la tarjeta de tenencia del arma de fuego a nombre de SIS, Sociedad Anónima que le fue entregada por dicha empresa".

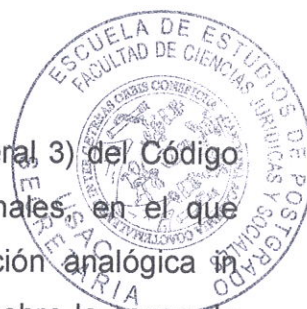
Dentro del proceso se pudo determinar cómo la Corte Suprema de Justicia en relación y atendiendo lo establecido por la Cámara Penal indican que sustentada en la



experiencia jurídica que fue adquirida por los tribunales españoles para dar respuesta al tema del error de prohibición antes de la regulación expresa en su legislación penal, considera que debe integrarse el Derecho Penal, mediante la interpretación analógica legis in bonam partem (legal a favor del reo), la que no se encuentra prohibida, puesto que por vía del argumento de la semejanza de los casos, se traslada una regla jurídica que procede de un precepto concreto (artículo 25 numeral 3º del Código Penal) a otro caso no regulado, porque la inculpabilidad por el error sobre la existencia de la causa de justificación de legítima defensa es equiparable al error sobre la existencia de la causa de justificación del legítimo ejercicio de un derecho, y se interpreta analógicamente a favor del reo para fundamentar su no punición ante la existencia de este último error.

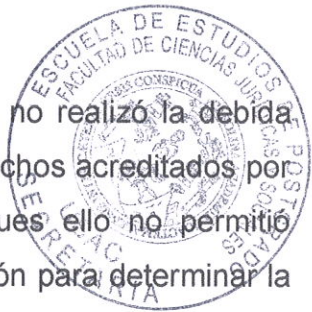
Con esa fundamentación, la Corte Suprema de Justicia al resolver declaro improcedente el recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente. Con resolución de la Sala se puede observar que al resolver declararon con lugar la argumentación interpuesta por la defensa en cuanto a el error de prohibición toda vez que aceptaron que la persona actuó con desconocimiento de la norma y que fue por ello que realizo esa acción y el tribunal unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, indica que por el modo en que se dieron los argumentos facticos al resolver absolvió al procesado por el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva, y posteriormente la sala lo confirmo y la Corte Suprema de Justicia al resolver la casación lo hizo en el mismo sentido.

La sentencia 1155-2017, de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 6 de abril de 2018, se dictó sentencia en el recurso extraordinario de casación por motivo de forma y fondo, en contra de la Sala regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Antigua Guatemala, en la cual se le acuso al procesado por el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportiva, y se le sentencio a ocho años de prisión incommutables, contra esa resolución se interpuso recurso de apelación por el sentenciado por motivo de fondo y forma, el motivo de forma que se expuso en su



momento fue porque se señaló la inobservancia del artículo 25 numeral 3) del Código Procesal Penal en conjunto con los artículos 14 y 17 constitucionales, en el que argumentó que como causa de inculpabilidad haciendo la integración analógica in bonam partem, podía encuadrarse el error de prohibición que recae sobre la causa de justificación del legítimo ejercicio de un derecho; asimismo, señaló que en consonancia con los artículos 14 y 17 constitucionales no se había acreditado en el debate que participara en el ilícito de naturaleza por el que se le condenó, además de que existió un error de prohibición indirecto pues adquirió el arma de fuego a través de una compraventa que le realizó un abogado, que en vez de hacerlo en escritura pública lo hizo mediante documento privado con legalización de firmas, entregándole únicamente la tarjeta de tenencia del arma, induciéndolo a error pues el procesado no sabía que existía una ley que castigara la portación sin la licencia correspondiente. Y ante este argumento la Sala de Apelaciones sobre el planteamiento del error de prohibición indico que al para el motivo de fondo la Sala razonó lo siguiente: «...En cuanto a este motivo de fondo este Tribunal de Alzada considera que no concurre el vicio in iudicando denunciado por el apelante, porque no es posible el poder configurar el error regulado en la ley sustantiva penal en el caso de mérito porque por la naturaleza del hecho ilícito cometido por el sindicado solo puede calificarse como delito de PORTACIÓN ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y/O DEPORTIVAS en el que se aprecian cumplidos todos y cada uno de los elementos propios del delito por el cual fue procesado y posteriormente condenado, porque quedó demostrada la conducta delictiva exteriorizada por el imputado toda vez que se establece que el sindicado adquirió el arma de fuego para su protección y que el día en que ocurrieron los hechos la portaba sin la licencia respectiva y al no haber realizado los trámites de ley para la autorización de la licencia respectiva y al haber presentado el documento privado ante el Tribunal Sentenciador no lo exonera de la responsabilidad penal la cual fue debidamente comprobada por la plataforma fáctica aportada por el ente acusador motivo por el cual no es posible el acoger este motivo de fondo».

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia reafirma lo expuesto por la Sala de Apelaciones y en consecuencia declara con lugar parcialmente el recurso extraordinario



de casación interpuesto por el procesado, indicando que la Sala no realizó la debida motivación que la ley le consigna, al no relacionar ni extraer los hechos acreditados por el Tribunal plasmados en la sentencia de primera instancia, pues ello no permitió conocer cuáles fueron las razones propias del Tribunal de Apelación para determinar la improcedencia del agravio señalado, porque únicamente relacionó que el Tribunal de Sentencia fue congruente y conteste en su fallo, asimismo, sin partir de los agravios del apelante, relató que los medios de prueba fueron analizados de manera individual y en su conjunto, lo cual no es claro pues aún y cuando el apelante no señaló medios de prueba específicos, sí señaló que existió contradicción para arribar a juicios determinados, es decir, la manera y objeto de obtención del arma de fuego, argumento que remitía a verificar los razonamientos del Tribunal de Sentencia sobre los medios de prueba que determinaron tales juicios y verificar si existía en ellos contradicción o no, la Sala no partió dando respuesta a los tres aspectos señalados por el apelante en su motivo de forma, pues no razonó nada en cuanto al tiempo, lugar y modo del supuesto error de prohibición alegado, tampoco en cuanto al bien jurídico tutelado que vulneró el acusado a través de su actuar ni si existieron o no las contradicciones alegadas, por lo que la claridad y la precisión necesarias para todo fallo no se encuentran en el analizado, ello porque únicamente abordó de manera general y real que el fallo se encontraba debidamente fundado, lo que no permite conocer al acusado las razones claras y precisas del decantamiento por la decisión de no acoger el recurso.

La sentencia 920-2017 de la Corte Suprema de Justicia de fecha 28 de mayo de 2017, en la cual se dictó sentencia de casación por motivo de fondo, en los hechos acreditados del caso indican que el hoy sindicado fue detenido el dieciséis de diciembre de dos mil once, aproximadamente a las quince horas con cincuenta minutos, fue sorprendido por los Agentes de la Policía Nacional Civil, en el kilómetro ciento cuarenta y cinco de la Ruta Panamericana, jurisdicción de Aldea las Pilas del Municipio de Pasaco, departamento de Jutiapa cuando portaba en las manos un arma de fuego tipo rifle, marca no visible, modelo no visible, número de registro no visible, calibre punto veintidós y al solicitarle la respectiva licencia de portación de arma de fuego extendida por la Dirección General de Control de Armas y Municiones, manifestó carecer de la

misma a usted sindicado. Y la Dirección General de Control de Armas y Municiones indica que no se la ha extendido licencia de portación de arma de fuego. Con los hechos probados el Tribunal de Sentencia Penal, lo condeno a ocho años de prisión.



La sentencia fue apelada ante la Sala de Apelaciones respectiva por motivos de fondo, argumentando que, durante el desarrollo del debate oral y público, era lógico determinar que la conducta realizada se describía como un error de prohibición, porque existía un desconocimiento de la norma penal y sus efectos, pues como se indicó durante el debate, el acusado portaba dicha arma para cazar y cuidar cosechas, dadas las condiciones de extrema pobreza en las que vive. Por lo que según el procesado, la conducta cometida no se adecuó a todos los elementos de la Teoría del delito, en virtud de que faltó el elemento antijuricidad; razón por la cual solicitó la absolución. Ante esta situación la Sala de Apelaciones indica que para establecer que el error de prohibición consiste en el desconocimiento, inevitable o evitable, de la ilicitud penal de la conducta, lo que implica que la persona tenga la creencia errónea de que la conducta que realiza no está sancionada por las leyes penales, luego de revisar las actuaciones y los postulados que la defensa indica, esta Sala establece que: a) es jurídica y socialmente condenable asociar pobreza con ignorancia, como lo hace el postulante, el error de prohibición, se produce tal como lo refiere esta sentencia, cuando una persona realiza una conducta que socialmente está permitida, pero que legalmente es reprochable, se produce ante leyes vigentes que son cuestionadas en su validez, pues no responden a una sociedad o cultura, y se enmarca el error de prohibición en elementos que cuestionan la norma aplicada, sin embargo en el presente caso, desde que la persona compró el arma de fuego, sabía que debía registrarla y obtener el permiso para portarla, no pudiendo alegar ignorancia ante esta normativa o un desuso de la misma, de ahí que no podamos alegar error de prohibición ante esa normativa, en cuanto a que ningún agente asumió en debate quien solicitó la licencia respectiva, en el proceso se contó con informe de la Dirección General de Control de Armas y Municiones, en la cual se refiere que el procesado no cuenta con licencia para portar dicha arma de fuego, y el delito que se juzga es delito de mera actividad, por lo que al estar probado que portaba un arma y que no cuenta con licencia, es suficiente para determinar la culpabilidad del

mismo, de ahí que esta Sala sea del criterio de no acoger la apelación presentada y confirmar la sentencia recurrida.



La Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación en sus considerandos indica que el casacionista indicó que concurrió un error de prohibición, porque el arma de fuego que portaba la utilizaba para cazar animales y cuidar cosechas; y que debido a su baja escolaridad desconocía que la portación de arma de fuego sin licencia era prohibido, por lo que en este caso se dio la ausencia del elemento de antijuricidad, por lo que al emitirse una sentencia condenatoria, se comete un injusto penal. Por lo que la sala indica que en cuanto al error de prohibición indicado por el procesado, en apelación especial y ahora en casación, es menester señalar que la Sala de Apelaciones no cometió vicio alguno, pues correctamente le expuso al entonces apelante, por qué no era viable aplicar lo que en doctrina se conoce como error de prohibición, toda vez que tal y como relacionó la Sala, el error de prohibición se produce al realizar una conducta que es socialmente aceptada pero que dicha conducta es reprochada legalmente, es decir, que la acción se produce ante leyes vigentes que son cuestionables por su validez, situación que como lo señaló la Sala, no se dio en el presente caso.

La Corte Suprema de Justicia, a través de la Cámara penal indica que en cuanto al efecto exculpanante que contiene el Código Penal guatemalteco, es necesario apuntar que el error de prohibición es una figura penal que no se encuentra regulada en la normativa guatemalteca, por lo que esta Cámara no podría hacer uso de figuras contempladas en el Derecho Penal comparado, lo anterior en virtud de que debe atenderse al principio de legalidad, el cual debe ser entendido como la garantía que permite al ciudadano saber que no será perseguido por una conducta que no está prohibida dentro del ordenamiento jurídico, sin embargo, también es una garantía y certeza jurídica a la ciudadanía el saber que cualquier persona que realice una conducta contraria a la ley deberá recibir la consecuencia jurídica que corresponde de conformidad con la ley; aunado a esto, se debe aplicar la norma contenida en el artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial, la cual regula lo siguiente: «Primacía de la ley.



Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario». De esta cuenta, la legislación actual hace que el error sobre el carácter antijurídico del hecho sea tomado como intrascendente para la culpabilidad, puesto que nada tiene que ver el error de prohibición con el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera, sólo podrían infringir la ley los conocedores de la ley penal.

Con esta sentencia tanto por el tribunal de sentencia penal, en la sala de apelaciones y por parte de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, no aceptan como valido el argumento de la parte procesada, toda vez que pretendió indicar que por el bajo grado de escolaridad y que ello conlleva a ignorancia no sabía que su conducta era prohíba y con ello se determina que en todas las instancias correspondientes fue rechazado ese argumento de que la falta de escolaridad está ligada con la ignorancia.

En la sentencia 334-2005, de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 29 de marzo de 2006, el tribunal de casación, indican que como antecedente que la sindicada indujo a error a la entidad Intercredit, porque solicito un financiamiento para una sociedad anónima, y que la sindicada a pesar de laborar en dicha entidad no estaba autorizada para solicitar el préstamo, en la resolución de primera instancia a solicitud del Ministerio Publico y su abogado defensor se resolvió con lugar el Sobreseimiento, ante esa resolución se presentó apelación ante la sala tercera de la corte de apelaciones, posteriormente la sala confirma el auto apelado y la entidad Intercredit, interpone el recurso extraordinario de casación ante la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia aduciendo que tribunal de segundo grado provocó error directo de prohibición por el desconocimiento mismo de la prohibición prevista en el punible que se juzga y clara contradicción positiva y material que repercutió sobre el fondo del mismo, Argumenta también, violación del artículo 11 del mismo cuerpo normativo, que se refiere al delito doloso; el interponente vuelve a señalar que la Sala al declarar sin lugar la apelación planteada, provocó error directo de prohibición por el claro desconocimiento mismo de la prohibición del dolo y que éste afectó el desconocimiento

de la voluntad realizadora del tipo penal querellado, guiado por el conocimiento que la señora Blanca Estela Chuy Ochoa hizo de los elementos del tipo objetivo necesarios para la finalidad criminal. Continúa argumentando que la Sala provocó error directo de prohibición por el desconocimiento mismo de la limitación conceptual entre autoría y participación. Manifiesta que en el presente caso, la imputada tuvo poder de decisión de no defraudar el patrimonio de la entidad Intercredit.

El Tribunal de Casación, al examinar la denuncia anterior, advierte que las alegaciones del recurrente se centraron en señalar que el tribunal de alzada fue quien provocó error directo de prohibición por desconocimiento mismo, tanto de la prohibición prevista en el punible que se juzga, como del dolo y de la limitación conceptual entre autoría y participación, siendo esto totalmente improcedente, porque no es a la Sala a quien se le está juzgando, entendido el error de prohibición como el que recae sobre el conocimiento de la antijuricidad, es decir, sobre si el sujeto conoce la prohibición o la falta de permiso para actuar o sea que en todo caso quien pudo incurrir en error de prohibición sería la procesada. Debiendo entenderse que obra en error de prohibición el sujeto que creyendo actuar ilícitamente perjudica el bien jurídico tutelado. Ello significa entonces que las argumentaciones en cuanto a la figura del error de prohibición debió dirigirlas con respecto a la persona sindicada y no al tribunal de apelación como lo hace el recurrente erróneamente. Por lo que al resolver declara improcedente el recurso de casación, por lo que se observa que el error de prohibición a pesar de no ser una norma positiva, se solicita su valoración en casaciones en materia penal, y que en algunas ocasiones la misma se atiende, siempre tomando en consideración el caso en concreto.



4.6. Regulación en otros países del error de prohibición

4.6.1. España

En España se encuentra regulado en el Código Penal en el Artículo 14. Que establece: Artículo 14: 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Como se puede determinar en el numeral 1, aplica el error invencible que es el que afecta la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal, porque el error es vencible lo que significa es que la acción pudo haber sido evitada si se tomaban las medidas de cuidado necesario, con lo cual se reduce la culpabilidad, pero si existe, aunque sea a la mínima, como se puede observar en España si se encuentra regulado dentro de su normativa penal el error de tipo invencible.

Por su parte el numeral 3, regula que el error será de tipo invencible porque recae sobre la ilicitud del hecho constitutivo de delito, como se puede observar que se regula la ilicitud de la acción que se comete, y actualmente en Guatemala no contamos con esa condición de sobre si la persona tiene conocimiento sobre la ilicitud o no de su acción y esto es un tema que puede pasar por educación y divulgación de las leyes.

4.6.2. El Salvador

En El Salvador en el artículo 28 del Código Penal de El Salvador establece: Error invencible y error vencible Art. 28.- El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la



infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de ésta. Si el error fuere vencible, se atenuará la pena en los términos expuestos en el artículo 69 de este Código.

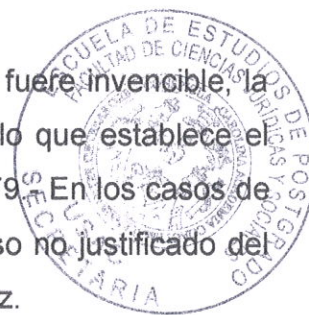
Por su parte, el artículo 69 al que hacer referencia el presente artículo establece: Penalidad en caso de error vencible Art. 69.- En los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de responsabilidad penal el juez o tribunal fijará la pena entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la pena señalada para el delito. De igual manera se fijará la pena en los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de justificación.

La legislación de El Salvador, establece que el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal será causa de exclusión de responsabilidad penal, en El Salvador, con esta normativa, se puede indicar que existe el error de prohibición aunque no se llama como tal, pero la finalidad del mismo porque regula que para el error vencible sobre la ilicitud del hecho, que no es más que el no conocimiento de la norma jurídica, la pena se deberá fijar entre una tercera parte de la menor y mayor pena, en este sentido se observa que ya está contemplado que algún sindicado de algún delito, indique que no tiene conocimiento de la norma penal que trasgredió, y por lo tanto el juez tendría que dictar una sentencia de un tercio sobre la pena mínima o máxima.

4.6.3. Costa Rica

El Código Penal de Costa Rica, en el artículo 34 y 35 establece: Error de hecho. Artículo 34.- No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado. Error de derecho. Artículo 35.- No es culpable, el que por error invencible

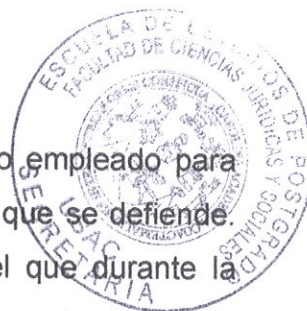
cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fue invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79. El artículo 79 al que se hace referencia indica: Artículo 79. En los casos de error no invencible a que se refiere el artículo 35 ó en los de exceso no justificado del artículo 29, la pena podrá ser discrecionalmente atenuada por el Juez.



En Costa Rica se tiene regulado el error de tipo vencible e invencible, pero es en el artículo 35 en donde se encuentra regulado el error de prohibición desde el punto de vista de la culpabilidad, toda vez que indica que no es culpable el actor que realiza una acción cuando no tiene conocimiento de la norma, como se observa Costa Rica, tiene contemplada en su normativa jurídica que eventualmente existirán personas que no tengan el conocimiento de la norma y es por ello que no se les podrá exigir que su conducta sea otra, porque no saben lo que realizan.

4.6.4. Argentina

El Código Penal de Argentina, en su artículo 34 establece: Artículo 34.- No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absuelve a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso; 2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente; 3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño; 4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo; 5º. El que obrare en virtud de obediencia debida; 6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes



circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente, respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia; 7°. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

En argentina el Código Penal establece que no son punibles: 1°. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Como se puede observar este inciso regula que no es punible cuando se actúa el que haya podido comprender la criminalidad del acto, que es otro ejemplo más que se regula el error de prohibición, pero no con ese nombre como tal, pero el efecto jurídico es la protección del sujeto cuando actúa bajo error de comprender la criminalidad, y en este mismo artículo regula el error vencible e invencible.

4.6.5. Colombia

El Código Penal de Colombia, establece. artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 1....2...3... 10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado. 11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos

razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. 12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.



En el numeral 11 cuando indica se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. Lo importante a destacar es que indica que para considerar que se tiene la conciencia es que por lo menos la persona haya tenido la posibilidad en términos de conocimiento de actualizar el conocimiento de lo injusto,

El Código Penal de Colombia en destaca la posibilidad que tiene la persona de conocer o de tener acceso a conocer las leyes prohibitivas de su país, aplicando esta situación a Guatemala es sumamente importante toda vez que la divulgación de las leyes es escasa, y muchas veces las leyes se hacen con grandes tecnicismos que son difíciles de entender para la mayoría de la población.

Quien actúa en situación de error de prohibición es la persona que tiene la convicción de que su acción, a pesar de que es típica, que la misma está justificada o que considera que no existe una norma prohibitiva o que considere que el si tiene la facultad de actuar de esa manera por existir una norma que justifica su conducta.

El error será inaceptable cuando el autor "haya tenido la oportunidad en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta" pues en esa situación de conocimiento actualizable el error no era invencible. (Balaguera Celis & y Pallares Rodriguez, pág. 5). Como se puede comparar en Guatemala debiera existir una situación que regule la oportunidad de las personas de actualizar la situación de su conocimiento de lo injusto de su conducta



4.6.6. Alemania

El Código Penal de Alemania establece: § 16. Error sobre las circunstancias del hecho (1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta. (2) Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna § 17. Error de prohibición, Si le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1.

El Código Penal alemán si regula el error de prohibición taxativamente, y es claro al establecer que si a él autor le falta la comprensión de lo injusto entonces el actúa sin culpa cuando el error es invencible.

4.6.7. Perú

Por su parte el Código Penal de Perú indica: Artículo 14.- Error de tipo y error de prohibición. El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena. Y el artículo Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.



El Código Penal peruano también tiene el error, como error de prohibición, es importante señalar que cuando el error invencible recae sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye su responsabilidad, en este apartado se indica que si la persona no tiene conocimiento del hecho que comete, se excluye su responsabilidad.

Perú también regula dentro de su normativa penal otro aspecto que por ser parecido a Guatemala valdría la pena considerarlo, porque Perú también es un país pluricultural, y multilingüe, los legisladores regularon el error de prohibición culturalmente condicionado, con esto se está regulando y respetando las costumbres, creencias y tradiciones de cada grupo étnico del Perú, es importante resaltar lo que indica este artículo, porque señala que el autor no tiene conocimiento que su conducta está prohibida, y en virtud que el sujeto desconoce ese extremo, porque su actuar es aceptado dentro de sus costumbres y cultural. Tal y como lo indicamos con ejemplos anteriores sería de gran utilidad y de importancia para Guatemala, porque por temas de multiculturalidad sería de apoyo para ayudar a preservar sus costumbres.

CAPÍTULO V

El problema, hipótesis y aporte personal



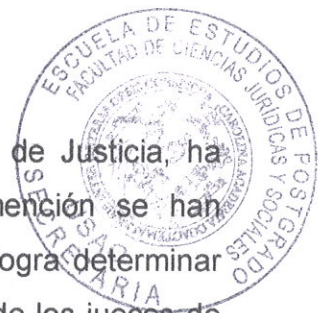
En el presente trabajo de investigación el problema sobre el cual versa es con base en la interrogante ¿qué sucede en el caso en el cual el sujeto actúa con ignorancia de que su conducta conlleva una sanción penal o actúan considerando que su actuar se encuentra justificado en la ley?

Ante esta interrogante se desarrolla el presente trabajo y es importante indicar que el mismo tiene su ubicación epistemológica sobre el cual se desarrolló el presente trabajo teniendo como base la ciencia del Derecho Penal y el Derecho Positivo. Sobre la base de la ciencia del Derecho Penal, entendiendo la misma como una rama del conocimiento humano, con conocimientos jurídicos y principios que van relacionados directamente con el delito y las penas. Y sobre la base del Derecho Positivo porque se realiza el trabajo teniendo como base el cuerpo normativo penal en Guatemala.

Es importante indicar que el problema surge de aspectos puramente prácticos que me llevan a desarrollar esta problemática, toda vez que esta situación ocurre en la práctica. Por lo que es menester indicar que el problema de la investigación radica en la forma en que los sujetos procesales deben de actuar ante esta situación.

El enfoque del trabajo de investigación, es de ciencia del Derecho Penal y de Derecho Positivo, aunque en su desarrollo aborda temas de analfabetismo y cuestiones culturales, que son aspectos que se encuentran enfocadas en temas de criminología, sociología y política criminal, mismos que se utilizan únicamente como referenciales, que considero que son cuestiones que tienen importancia para el desarrollo del tema, pero que no son parte del enfoque del problema de investigación.

La hipótesis del trabajo de investigación se logró responder, al momento de encontrar en resoluciones de casación, sobre el error de prohibición en Guatemala, que a pesar de no ser parte del Derecho Positivo, se ha interpuesto por parte de los



abogados defensores y que la Cámara Penal, de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido que pronunciarse sobre ese extremo, las sentencias en mención se han desarrollado en el capítulo cuarto del presente trabajo y con ello se logra determinar que por ser un tema puramente doctrinario, dependerá de la decisión de los jueces de grado para determinar si la forma en que se invoca ese error puede ser acogido por la Cámara correspondiente.

La hipótesis es respaldada en el sentido que plantear el error de prohibición en Guatemala, sirve únicamente para cuestiones puramente teóricas, toda vez que el Derecho Positivo, no acepta que se susciten cuestiones fuera de lo plasmado en el ordenamiento jurídico.

Como aporte personal tengo que indicar que el error de prohibición, es una figura doctrinaria en Guatemala, pero que existen países que la contemplan como una forma de exclusión de responsabilidad penal, y que así mismo para la corriente de pensamiento jurídico penal finalista, uno de los aspectos negativos del delito lo constituye el error de prohibición que existe cuando el sujeto tiene un conocimiento incompleto, erróneo o equivocado de lo injusto, porque el mismo cuando actúa, carece de la conciencia de la antijuridicidad de sus actos.

Asimismo, que el error de prohibición como una causa de exclusión de responsabilidad penal, puede tener dos vertientes principalmente siendo el error vencible e invencible y el directo y el indirecto. El error vencible es aquel que el sujeto puede superar con la actualización del conocimiento que tiene de su actuar, el invencible que es aquel mediante el cual no existe una forma lógica a través del cual la persona ha podido superar el desconocimiento de la norma. El error de prohibición directo es aquel que recae sobre el conocimiento de la norma prohibida, siendo esta la situación en la cual la persona no conoce que existe una norma prohibitiva dentro del Derecho Positivo y el indirecto que es el que recae sobre el conocimiento que tiene el sujeto de las causas de justificación, porque su actuar va encuadrado a creer que su acción se encuentra justificada por una norma penal.

El Derecho Positivo en materia penal en cuanto al error de prohibición en comparación con otras legislaciones, Guatemala ha quedado rezagado, porque en las legislaciones citadas en el capítulo anterior se observa como el mismo se encuentra regulado y que a su vez los jueces se ven obligados a hacer esa ponderación sobre un elemento interno, que conlleva a la apreciación del grado de comprensión que tiene el sujeto que cometió un delito.

Dentro del presente trabajo como aporte se indica que debe existir una reforma al Código Penal en cuanto a las exclusiones de responsabilidad y que atendiendo a las teorías modernas del Derecho Penal se debe fortalecer el apartado del error en materia penal.

El aporte teórico del presente trabajo, es el estudio del error de prohibición en materia penal, el cual podrá ser utilizado como consulta posterior para establecer los diferentes tipos y formas que tiene en la doctrina y los aspectos que conlleva el mismo. que el error de prohibición si se analiza desde un punto de vista causalista el error de prohibición debe situarse dentro de la culpabilidad y que si se analiza desde el punto de vista finalista se debe identificar dentro del elemento cognoscitivo y volitivo, que es dentro de la culpa o el dolo.

El aporte académico, conlleva el análisis de las diversas sentencias por la Cámara Penal del Corte Suprema de Justicia, en la cual se invocó el error de prohibición, y la necesidad que existe que se legisle de forma más amplia el error en materia penal, dentro del Derecho Positivo.





CONCLUSIONES

El Código Penal no le presta la importancia necesaria al estudio y regulación a profundidad del error en el Derecho Penal, y que, dentro de los tipos de errores en Derecho Penal se encuentra el error de prohibición.

En la legislación penal, la figura más parecida al error de prohibición, es la ignorancia que es la falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución. El Código Penal lo regula como una circunstancia atenuante, y únicamente tendrá como resultado una disminución en la responsabilidad penal, pero en ningún momento, será una causa de inculpabilidad.

El error de prohibición consiste en el desconocimiento, inevitable o evitable, de la ilicitud penal de la conducta, lo que implica que la persona tenga la creencia errónea de que la conducta que realiza no está sancionada por las leyes penales.

En legislaciones de otros países se encuentra regulado el error de prohibición dentro de su legislación, dentro de los apartados que eximen de la responsabilidad penal, y que la finalidad del mismo es que sea utilizado como una causa excluyente de responsabilidad.



RECOMENDACIONES



Que es necesario hacer un análisis jurídico, con base en las nuevas teorías del Derecho Penal, las cuales ya contemplan como parte integrante de los códigos penales la regulación del error en materia penal tanto el error vencible y el invencible y que dentro de estas denominaciones se concreta el error de prohibición.

Que es necesario incluir en la legislación guatemalteca una clasificación más abundante y profunda sobre el error en materia penal.

Como aporte del presente trabajo se recomienda que es necesario incluir una reforma en el Código Penal, en la cual se abarque el error de prohibición, toda vez que las leyes penales deben responder a las necesidades que tiene la sociedad, para procurar una convivencia pacífica de todos sus habitantes.



REFERENCIAS



Bibliográficas:

- Álvarez, C. (27 de febrero de 2017). *Lanzan estrategia educativa para reducir analfabetismo*.
- Arango Escobar, J. E. (2004). *Teoría del delito*. Guatemala: Editorial Estudiantil Fenix.
- Arango Escobar, J. E. (2006). *Sanción penal o sanción pedagógica*. Guatemala: s.e.
- Armaza Galdos, J. y. (1996). *Error de tipo y error de prohibición*. Lima: s.e.
- Bacigalupo, E. (1994). *Manual de Derecho Penal, parte general*. Bogota: Temis, SA.
- Balaguera Celis, M. Y., & y Pallares Rodriguez, L. E. (s.f.). Error de prohibición en el Derecho Penal.
- Bustos Ramírez, J. (1994). *Manual de Derecho Penal Parte General, 4 edición*. Barcelona: Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias.
- Bustos Ramirez, J. (1996). *Manual de Derecho Penal, parte general*. Barcelona, España: Ariel, S.A.
- Cabanellas, G. (s.f.). *Diccionario de Derecho Usual*.
- Carranca y Trujillo, R. (1980). *Derecho Penal Mexicano*. México: Porrúa.
- Carranca y Trujillo, R. (1980). *Derecho Penal Mexicano, Parte General*. México: Porrúa.
- Cauhapé Cazaux, E. G. (1998). *Apuntes del Derecho Penal guatemalteco, la teoría del delito*. Guatemala: Fundacion Myrna Mack.
- Cuello Calón, E. (2000). *Derecho Penal Tomo I, Parte General*. Barcelona: Facultad de Derecho.
- De León Velasco, H. A. (1996). *Curso de Derecho Penal guatemalteco; parte general y parte especial*. Guatemala: Editorial Llerena.
- De Leon Velasco, H. A., & Mata Vela, J. (1989). *Curso de Derecho Penal guatemalteco*. Guatemala: Talleres Edi Art.
- Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. (2000). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.



- Eugenio Raul, Z., & Alejandro Alagia, A. S. (2002). *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires: Talleres Graficos Nuevo Offset.
- Fontán Balestra, C. (1995). *Tratado de Derecho Penal tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Francisco, M. C., & Garcia Aran, M. (2004). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Garcia Martin, L. (2000). *Lecciones de consecuencias juridicas del delito*. Barcelona: Tirant Lo Blanch.
- Garcia y Vidaurre, P. P. (2012). Algunas consideraciones de derecho. *Revista del defensor*, 201-214.
- Girón Palles, J. G. (2013). *Teoría del delito*. Guatemala: s.e.
- Gomez de la Torre, I. B., Arroyo Zapatero, L., Ferré Olivé, J. C., Ramón, S. p., & García Rivas, N. (S/A). *Lecciones de Derecho Penal, parte general*. España: Praxis.
- Hurtado Pozo, J. (2000). *Nociones básicas de Derecho Penal de Guatemala*. Guatemala: s.e.
- Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Losada.
- Madrazo Mazariegos, D., & Madrazo Mazariegos, S. (2006). *Constelaciones de las ciencias penales*. Guatemala: S/E.
- Madrigal García, C. y. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Editorial Carperi.
- Mezger, E. (s.f.). *Derecho Penal*. Buenos aires: s.e.
- Mir Puig, S. (1990). *Derecho Penal parte general*. Barcelona: Publiaciones Universitarias, S.A.
- Muñoz Conde, F. (1984). *Teoria general del delito*. Bogota: Temis.
- Muñoz Conde, F., & Garcia Arian, M. (1998). *Manual de Derecho Penal parte general*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Palacios Motta, J. A. (1980). *Apuntes de Derecho Penal. Segunda Parte "El Delito"*. Guatemala: Serviprensa Centroamericana.
- Pavón Vasconcelos, F. (1982). *Manual de Derecho Penal mexicano*. Distrito Federal: Editorial Porrúa.



- Ramos, J. P. (1942). *Curso de Derecho Penal*. Buenos Aires: s.e.
- Reinhart, M. (1994). *Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires: Astrea.
- Reyes Calderón, J. A. (2001). *Culpabilidad*. Guatemala: (s.e).
- Rodriguez Barillas, A. (2003). *Manual de Derecho Penal guatemalteco*. Guatemala: s.e.
- Roxin, C. (1999). *Derecho Penal parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*. Madrid: Graficas Rogar, S.A.
- Wolfgang, F., Ingeborg, P., Urs, K., Gerald, G., & Hans Ullrich, P. (1999). *El error en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Zaffaroni, R. E. (1991). *Manual de Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Legales:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 3 de junio de 1985, edición actualizada, Guatemala 2014.

Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal penal de Guatemala, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Penal de España, Ley Orgánica, 10/1995.

Código Penal de Alemania.

Código Penal de El Salvador, Decreto 1030, de la Asamblea Legislativa de la Republica de El Salvador.

Código Penal de Costa Rica, Ley número 4573, de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

Código Penal de la Nación Argentina, Ley Nacional 11179. Del Congreso de la Nación.

Código Penal de Colombia. Ley 599 de 2000, expedido por el Congreso de Colombia.