

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO COMO  
CAUSA DE INculpABILIDAD**

Presentada a la honorable Junta Directiva  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
por la licenciada

**ILSEN ISHCHEL GUANTÁ VÁSQUEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**MAESTRA EN DERECHO PENAL**

Guatemala, Abril de 2022



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

### **TRIBUNAL EXAMINADOR**

Dra. Blanca María Chocochic Ramos  
Presidenta

MSc. Edgar Manfredo Roca Canet  
Vocal

MSc. Ana Patricia Secaida Marroquín  
Secretaria

### **CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

### **MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA FACULTAD DE CC.JJ. Y SS. USAC**

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL III: Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera

VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409**

***Dra. Blanca María Chocochic Ramos***

**Abogada y Notaria**

Guatemala, 8 de marzo de 2022.

**Señor Director:**

**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria, zona 12  
Su Despacho.**

**Distinguido Señor Director:**

En forma atenta y respetuosa me dirijo a usted, informándole que verifiqué el cumplimiento de las recomendaciones que se le hicieron a la tesis denominada **ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO COMO CAUSA DE INCULPABILIDAD**, de la maestranda **ILSEN ISHCHEL GUANTÁ VÁSQUEZ**, habiendo establecido que se cumplió fielmente con cada una de dichas recomendaciones, en ese sentido considero que la tesis puede continuar con el trámite correspondiente.

Sin otro particular,

Deferentemente:



***Dra. Blanca María Chocochic Ramos***  
**Tel. 58827687**

Guatemala, 1 de abril de 2022

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO COMO  
CAUSA DE INculpABILIDAD**

Esta tesis fue presentada por la Lcda. Ilse Ishchel Guantá Vásquez, de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Mildred Catalina Hernández Roldán

Colegiado 5456

Dra. Mildred C. Hernández Roldán  
Revisora  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada 5456





**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**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 abril del dos mil veintidós.-----

En vista de que la Licenciada Ilsen Ishchel Guanta Vásquez aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 74-2021 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO COMO CAUSA DE INCULPABILIDAD”**. 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. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



AL SER SUPREMO: Porque sin buscarlo, Él me encontró; lo vi cuando cerré mis ojos y abrí mi corazón, porque lo sentí en los días de invierno.

A MIS PADRES: **Margarito Guantá** mi primer amor, gracias por acompañarme en cada etapa de mi vida, gracias por ser mi amigo, mi maestro, mi ejemplo, gracias no por evitarme las dificultades de la vida, sino más bien por enseñarme a superarlas. A mi madre **Marina Vásquez**, luz de mi camino sé que en el cielo debes estar celebrando, no dudo que debes estar orgullosa de la familia que has formado, tú eres y siempre serás lo mejor de mí, gracias por haberme hecho la persona que soy, no te has ido del todo porque te encuentro en la música, en la calle, en los sueños, en la vida, tu sigues aquí y sin lugar a duda perderte ha sido el examen profesional de la vida.

A MIS HERMANOS: Blanca, Ileana, Vivian, Alejandra, Victoria, Melany y Mario; aunque hemos ido por caminos diferentes cada uno de ustedes ha sido parte de quien soy, nuestra familia es una bendición. No hubiera querido mencionarla en estas condiciones a mi niña "La nena" como siempre le dije; **Victoria** con todo mi amor dedico unas cuantas líneas porque no me alcanzaría para decirte todo lo siento, quiero contarte que disfruté ser alumna de la vida y dejé de hacerlo porque las lecciones se volvieron demasiado duras: la enfermedad, la pérdida, el dolor físico y lo peor, el sufrimiento por la muerte, sin embargo hasta en esta despedida me enseñó que si sobreviví al invierno más triste de mi vida, después de tu partida ya nada me da frío, tu recuerdo está en cada rincón de nuestra casa, ahí está tu risa en mis recuerdos, y así quiero imaginarte, pensarte mi niña linda, sé que un día nos volveremos a encontrar pero sé que hoy estas aquí.

A MIS SOBRINOS: Alejandro, Oscar, Marina y José, gracias por la alegría que le agregan a nuestra familia la llegada de cada uno de ustedes tiene una razón de ser y es de enseñarnos a soñar, a sorprendernos con las pequeñas cosas del día a día, gracias por su existencia.

A MIS AMIGOS: Hay personas especiales en la vida que iluminan nuestro camino, unos les dicen ángeles, pero yo les llamo amigos y no importa que todos tomemos diferentes caminos en la vida y no interesa a donde vayamos, llevamos con nosotros un poco de cada amigo, gracias a cada uno de ustedes no me alcanzarían estas líneas para nombrarlos, simplemente gracias por ser parte de mi vida.

A MI ASESORA DE TESIS Y A LA TERNA EXAMINADORA: Gracias por la guía, por su dedicación y compromiso, su labor es muy valiosa para esta casa de estudios, quizá no tenga las suficientes palabras de agradecimiento para expresarles lo que sus enseñanzas significan para mí.

# ÍNDICE



|   |    |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN .....  | 1  |
| CAPÍTULO I.....   | 1  |
| 1. TEORÍA DEL DELITO .....  | 1  |
| 1.2. Delito .....   | 7  |
| 1.2.1 Estructura del delito.....                                      | 10 |
| 1.2.1.1 Sujetos del delito .....                                      | 11 |
| 1.2.1.2 Acción u omisión.....   | 13 |
| 1.2.1.3 Tipicidad.....  | 20 |
| 1.2.1.4 Antijuricidad.....  | 25 |
| 1.2.1.5 Culpabilidad .....  | 29 |
| CAPÍTULO II.....  | 33 |
| 2. EL ELEMENTO CULPABILIDAD DEL DELITO.....                           | 33 |
| 2.1. Fundamentos de la exigencia de culpabilidad.....                 | 37 |
| 2.1.1. La culpabilidad y la libertad de la voluntad .....             | 37 |
| 2.1.2. La motivación como fundamento de la culpabilidad .....         | 39 |
| 2.2. La culpabilidad como categoría del delito .....                  | 41 |
| 2.2.1 La capacidad de actuar .....                                    | 43 |
| 2.2.2 La exclusión de la capacidad de delinquir.....                  | 46 |
| 2.3 Teorías sobre la culpabilidad.....                                | 47 |
| 2.3.1 Teoría psicológica .....  | 48 |
| 2.3.2 Teoría normativista .....                                       | 51 |
| 2.4 La culpabilidad material y la culpabilidad formal.....            | 54 |
| 2.5 Elementos de la culpabilidad.....                                 | 55 |
| 2.5.1 La imputabilidad o capacidad de culpabilidad .....              | 56 |
| 2.5.2 Conocimiento de antijuricidad .....                             | 58 |
| 2.5.3 La exigibilidad de otra conducta .....                          | 61 |
| 2.6. Fundamentos de la exigencia de culpabilidad.....                 | 68 |
| 2.6.1 El principio de culpabilidad y la libertad de la voluntad ..... | 68 |
| 2.7 Culpabilidad y antijuricidad.....                                 | 69 |
| CAPÍTULO III .....  | 74 |



|  |     |
|--|-----|
| <b>3. ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO EN GUATEMALA</b> ..... |     |
| 3.1 Concepto de error .....  |     |
| 3.2 Concepto de ignorancia .....   |     |
| 3.3 Error de prohibición .....   | 77  |
| 3.4 Cultura guatemalteca .....   | 78  |
| 3.5 Error de prohibición culturalmente condicionado en Guatemala .....       | 84  |
| 3.6. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....     | 88  |
| 3.7 Análisis de casos .....  | 90  |
| a) Primer caso .....   | 90  |
| b) Segundo caso .....  | 94  |
| c) Tercer caso .....   | 98  |
| d) Cuarto caso .....   | 102 |
| e) Quinto caso .....   | 107 |
| f) Sexto caso .....  | 111 |
| g) Séptimo caso .....  | 116 |
| h) Octavo caso .....   | 121 |
| 3.8 Reflexiones sobre los casos investigados .....                           | 123 |
| <b>CAPÍTULO IV</b> .....   | 125 |
| <b>4. Error de prohibición como causa de inculpabilidad</b> .....            | 125 |
| 4.1 Naturaleza dogmática del error de prohibición .....                      | 125 |
| 4.2 Teorías explicativas del error de prohibición .....                      | 126 |
| 4.2.1 Error de prohibición desde la psicología .....                         | 126 |
| 4.2.2. Error de prohibición desde el causalismo clásico .....                | 127 |
| 4.1.3. Error de prohibición desde el finalismo .....                         | 128 |
| 4.3 Error de derecho y error de hecho .....                                  | 129 |
| 4.4 Clasificación de las formas del error de prohibición .....               | 134 |
| 4.4.1 Error sobre la existencia y ámbito de la norma .....                   | 134 |
| 4.4.2. Error sobre la validez de una norma prohibitiva .....                 | 135 |
| 4.4.3. Error sobre la validez de una norma de autorización .....             | 136 |
| 4.4.4. Error vencible e invencible .....                                     | 136 |
| 4.4.5. El error no esencial .....  | 138 |
| 4.4.6 Error indirecto .....  | 139 |



|  |            |
|--|------------|
| <b>4.4.7 Error de comprensión.....</b>   | <b>163</b> |
| <b>4.5 Ignorancia un acercamiento al error de prohibición .....</b>                                    | <b>166</b> |
| <b>4.6. El error de prohibición como causa de inculpabilidad.....</b>                                  | <b>171</b> |
| <b>4.7 Entrevistas sobre la aplicación del error de prohibición como causa de inculpabilidad .....</b> | <b>173</b> |
| <b>4.8 Reflexiones finales .....</b>   | <b>173</b> |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>  | <b>171</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>  | <b>173</b> |

## INTRODUCCIÓN



En el presente trabajo se hace un análisis sobre el error de prohibición como causa de inculpabilidad en la que resalta la importancia desde los conceptos jurídicos y filosóficos de autores notables que hicieron aportes importantes al derecho penal en el que pieza a pieza se construye la posible aplicación del error de prohibición como causa de inculpabilidad en un caso en concreto.

Al partir de lo anterior, el tema objeto de la presente investigación se planteó de la siguiente manera: ¿Puede el error de prohibición culturalmente condicionado aplicarse como causa de inculpabilidad?

Para darle respuesta a la pregunta de investigación se formuló la siguiente hipótesis: Doctrinariamente se estudia, analiza e interpreta la figura del error de prohibición (también conocido como error de derecho), el cual se abarca en la doctrina moderna, pero lejos de terminar la existencia de una doctrina moderna, se debe tomar en cuenta que en Guatemala resultaría eficaz la aplicación del error de prohibición como causa de inculpabilidad al momento que el juzgador realice un análisis sobre las particularidades del actor, tanto culturales como económicas, grado de instrucción, situación económica etc. ya que si una persona no logra relacionar pensamiento, palabra y significado, puede incurrir en un error.

Como sabemos, en Guatemala la existencia de cuatro culturas, la diversidad de idiomas, entre otros factores, influirían en el agente a quien se le imputa una conducta sancionable, ya que al ideal iluminista de la generalización y uniformización del mundo de la vida le ha correspondido, en la modernidad tardía, el fenómeno de la globalización y de sus consecuencias económicas, políticas y sociales. Así, se ha olvidado reconocer que Guatemala lejos de ser un país multiétnico

y multilingüe contiene factores que también inciden en conductas calificadas como delitos. En tal sentido, tenemos procesos tardíos desde una educación decadente hasta los procesos comunicativos para instruir a los habitantes. Por ello, es importante mencionar que la educación se imparte, como lo consagra nuestra Constitución Política, en el idioma oficial y lo refuerza la propia ley de Educación Nacional, cuando la mayoría de la población guatemalteca lleva arraigado su idioma materno. Así, pues, es difícil pedirle que relacione el significado y el pensamiento de una determinada palabra que no se encuentra en su idioma, por ende, este podría caer en error ya que como lo hemos investigado, desde el punto de vista de la doctrina, el término ignorancia puede acercarnos a una forma de error y, por qué no decirlo, acercarnos aún más a un error de prohibición.



Para confirmar la hipótesis aludida se llevó a cabo el análisis de las siguientes leyes: 1) Constitución Política de la República de Guatemala 2) Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89, 3) Código Penal, Decreto número 17-73, 4) Ley de Educación Nacional, Decreto Legislativo número 12-91, y 5) la Declaración Universal de Derechos Humanos

Es, por ello, que la presente investigación estableció como objetivo general determinar si el error de prohibición puede considerarse como causa de inculpabilidad. Dicho objetivo se alcanzó mediante cinco objetivos específicos: 1) Analizar la teoría del delito y las nuevas corrientes del pensamiento en que se sustenta. 2) Destacar la importancia que reviste el elemento culpabilidad del delito 3) Investigar cuál es el tratamiento que se le da al error prohibición por medio de los órganos jurisdiccionales 4) Analizar si en el error de prohibición infieren factores como la cultura, el idioma, el grado de instrucción etc., para refutar en un caso concreto.





La investigación que a continuación se presenta consta de cuatro capítulos en los que se exponen diferentes posturas y doctrinas que han surgido a lo largo de la historia para la conceptualización de los elementos que conforman el error de prohibición.

El primer capítulo, titulado “Teoría del delito”, constituye un instrumento de análisis científico de la conducta humana utilizado por juristas, ya sea en la función de jueces, fiscales, defensores o bien como estudiosos del derecho para determinar la existencia del delito. En este se perfilan elementos comunes esenciales a todas las formas de delito, desde los diversos estudios que abarcan y basadas en preceptos legales, elementos o requisitos para reprochar una conducta que se le atribuye a un sujeto.

La teoría del delito sustenta un sistema de filtros que permite abrir sucesivas interrogantes para dar una respuesta que habilite al poder punitivo por parte de los órganos jurisdiccionales y determinar dentro del término “culpabilidad” el aspecto del juicio de desvalor en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto (conducta típica y antijurídica), pues dadas las condiciones de orden personal y social en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con las exigencias del orden jurídico y no lo hizo, pudiendo y debiendo llevarlo a cabo.

En el segundo capítulo, titulado “El elemento culpabilidad del delito” se investiga cómo se admite que la culpabilidad es ciertamente insuficiente para justificar la imposición de una pena. Esto se debe a la debilidad misma del concepto tradicional de culpabilidad, ya que la posibilidad de actuar de un modo distinto a como realmente se obró es empíricamente indemostrable en el caso concreto que se tiene que juzgar. Dicha posibilidad no es presupuesto de la culpabilidad, sino de

la acción misma jurídicamente relevante a la que pertenece el hecho, ya que como se establece, el nexo entre acción y resultado no alcanza para imputar.



Una de las finalidades del derecho penal es ilustrar a los ciudadanos sobre las conductas que están prohibidas debido a que afectan gravemente la convivencia social. Se espera que de esta forma la persona respete esta normativa y sepa que si la incumple será sancionada. El derecho penal motiva a las personas para que eviten ciertos comportamientos perjudiciales para la mayoría.

El tercer capítulo se titula "El error de prohibición culturalmente condicionado en Guatemala". El error de prohibición condicionado, si bien es frecuentemente un error directo de comprensión, puede ser también un error indirecto. Para la formulación del reproche, en el derecho penal, no se exige la efectiva comprensión de la antijuridicidad, sino que basta con su posibilidad. Pero, por comprender, no puede entenderse solo conocer.

La dogmática penal reconocía desde tiempo atrás al error de derecho que consiste en el error sobre los elementos que configuran la tipicidad de la conducta, que no tenía relevancia alguna para el derecho penal, pues era imperante el principio de presunción del conocimiento de la ley penal, que se reputaba en todo momento conocida por todos los habitantes. Sin embargo, a lo largo de la historia se sugiere reemplazar las expresiones de error de derecho por la de error de prohibición, en donde se pone de manifiesto que esto no se encuentra regulado en el Código Penal guatemalteco.

Han sido muchos los esfuerzos de algunos autores por crear una categoría única de delito cultural con una consecuencia jurídica única, son solo propuestas de *lege ferenda*, dado que es imposible reconstruir del dato positivo una noción

común de delito cultural y no parece conveniente que la consecuencia jurídica deba ser única, debiéndose poder distinguir entre casos que no merecen modificación de responsabilidad penal y aquellos en los que sí y, entre estos últimos, entre la exención y la atenuación de la responsabilidad penal.



El cuarto capítulo se denomina “Error de prohibición como causa de inculpabilidad”. En la legislación guatemalteca, no se regula expresamente el error de prohibición, como se establece en la doctrina moderna y lejos de terminar la existencia del término doctrina moderna se debe tomar en cuenta el reconocimiento que tiene Guatemala como un país multicultural, multilingüe y la estructuración de las políticas y alcances en cuanto a la alfabetización de los guatemaltecos. No obstante, no así antes de que el juzgador tome una decisión sometida a su conocimiento, que pueda traer a su análisis todos estos aspectos, no se pretende caer en el tema de impunidad ya que lo que suele aceptarse como propio en algunos lugares, es indebido en otros. Por ello, la figura del error de prohibición al estar legislada adecuadamente sería la norma apropiada para aplicarla en este tipo de situaciones.

En este trabajo se busca cuál debe ser la posición dentro de la estructura del delito y la interpretación correcta, respecto al contenido, alcance e importancia de la aplicación del término ignorancia y si este puede acercarnos a un error de prohibición para refutarlo en un caso en concreto.

Entonces, al hablar de un error de prohibición, y que este también tenga un sustento legal, podemos referirnos a que tiene existencia en nuestra realidad. Sin embargo, también se trata de determinar que, si realmente el agente que comete

un delito está consciente de lo prohibido, entonces cabe determinar si estos dos términos producen el mismo resultado.



El propósito de este trabajo, pues, es reflexionar acerca de un tema que se ha ganado su lugar en la teoría crítica, pero que por sus notas recibe poca aplicación ya que como es estudiado se muestran ambos términos como nulos. A la luz de las cuestiones de marginalidad y pobreza estos pueden mostrar cercanía con las causas de ignorancia o desconocimiento de ignorancia y opacidad y, lo que parece fundamental, de la ley penal, en tanto expresión de la férrea intromisión del Estado en la esfera de la libertad personal de cada uno de los que conformamos el país.

## CAPÍTULO I



### 1. TEORÍA DEL DELITO

A lo largo de la historia, con unos nombres u otros, se ha hecho uso de diversas reglas, teorías y, por qué no indicarlo, criterios para atribuir responsabilidad para decidir quién es responsable, a quién se le aplicará una pena, cuándo puede esta rebajarse, es decir, atenuarse, ya que, realizada una conducta, es tarea del derecho penal establecer la consecuencia jurídica prevista en las normas respectivas. Para llegar a tal fin es preciso antes establecer quién, y en qué condiciones, ha infringido la norma en cuestión.

El ordenamiento jurídico cuenta con diversos preceptos dirigidos a lograr determinar quién ha cometido la infracción. A su vez, el estudio de esos preceptos, su sistematización y ordenación coherente es objeto del derecho penal entendido como ciencia, o saber de carácter práctico, por ello es que partimos de la teoría del delito.

La teoría del delito constituye un instrumento de análisis científico de la conducta humana, utilizado por juristas, ya sea en la función de jueces, fiscales, defensores o bien como estudiosos del derecho para determinar la existencia del delito. Para BACIGALUPO la teoría del delito 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” (pág. 67).

Por ello, la determinación de quién ha cometido una infracción no consiste en una operación de mera interpretación de preceptos. Desde la formulación de la idea



de legalidad por Beccaria y otros ilustrados desde finales del siglo XVIII se extiende la visión de que la ley es clara y taxativa y que el juez no tiene más que enunciarla como la premisa mayor de un silogismo, al que añade la premisa menor de los hechos para dar con una conclusión indubitada y segura. Este paradigma se corresponde con el modo de concebir y de aplicar el derecho por el positivismo jurídico, al que se unen los planteamientos del positivismo científico, que reducen la ciencia a las ciencias empíricas, experimentales.

Para ZAFFARONI (1998) la teoría del delito es “la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito” (pág. 318).

Por ende, la teoría del delito es la elaboración dogmático-jurídica que ha alcanzado su desarrollo más fino, quizá a veces sobredimensionado en relación con el resto del derecho penal. Este desarrollo también obedece a que la teoría del delito cumple una importante función, la función práctica. Esta consiste en clasificar de modo razonable los caracteres para ofrecer un modelo de análisis que facilite la enseñanza del derecho tanto como el planteo y decisión de los casos en los tribunales.

Aunado a lo anterior, cuando en derecho penal estudiamos la posible responsabilidad, los saberes teóricos y la técnica ayudan, pero no resuelven los casos. Cuando llega el momento de determinar la responsabilidad, de imputar algo a alguien, esos saberes dejan solo al jurista. El “imputar responsabilidad” significa afirmar de alguien:

- i) si ha actuado, o con otras palabras si existe un hecho;
- ii) si ese hecho es contrario al ordenamiento, es decir, antijurídico; y

iii) finalmente, si ese hecho antijurídico es además atribuido a ese sujeto a título de reproche (el agente es culpable).



En la teoría del delito del derecho penal encuentran acogida esas tres operaciones anteriores. En primer lugar, se trata de identificar una acción como hecho, esto es, de poder afirmar de un fenómeno en el que un ser humano se ve inmerso que no es mera naturaleza, sino originada en la libertad. Hablamos, entonces, ya no de acción, sino de un hecho. Este hecho se confronta o mide con arreglo a una norma, para dar como resultado que el hecho se ajusta al ordenamiento o bien lo infringe. Si el hecho se ajusta a lo dispuesto por el ordenamiento, no es preciso plantearse más en derecho penal: alguien estaba obligado por la norma a no matar, y no ha matado, luego, no hay cuestión alguna.

Pero, si en cambio, el hecho infringe lo previsto en el ordenamiento, hay que atribuírselo o reprochárselo al agente: esto es lo que se llama imputárselo a título de reproche, declarar a su agente culpable del hecho. Se plantean así tres operaciones que definen ya los tres elementos básicos de la teoría del delito. En primer lugar, el poder identificar un hecho. En segundo lugar, que ese hecho sea antijurídico. En tercer lugar, que el hecho antijurídico se impute al agente como culpable. Por eso se entiende la definición común de delito como hecho antijurídico culpable.

Asimismo, para determinar con claridad a lo que nos referimos con la teoría del delito ROXIN lo define indicando que es un "sistema categorial, clasificatorio y secuencial en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando, a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito" (1997, pág. 35).

Entonces, se habló de un método sistemático, que al reunir y estructurar todos los elementos del delito en un sistema dogmático permite seguir, en la interpretación y aplicación del derecho penal, un orden previamente marcado por la estructura del delito. Es decir, si concurre una acción, se examinará primero la tipicidad y luego la antijuricidad, culpabilidad y demás presupuestos de la punibilidad.



En efecto, cuando el legislador describe una conducta en un tipo penal realiza una labor de selección, por lo que, las conductas descritas en los tipos son las que en principio han recibido una valoración negativa previa del legislador. Al tipo le corresponde, pues, seleccionar los comportamientos constitutivos de un injusto penal específico. Desde esta perspectiva, tipicidad y antijuricidad no pueden seguir siendo entendidas como compartimentos estancos, sino como aspectos parciales del juicio sobre oposición a norma.

Al determinar el concepto de norma entendemos un enunciado que rige conductas. Y, de manera más estricta, norma jurídico-penal es un enunciado prescriptivo que conmina a la realización u omisión de una conducta bajo la amenaza de una sanción. Sin embargo, este concepto resulta demasiado estricto. Ello, porque en él no quedan recogidas todas las normas con las que contamos habitualmente.

La norma no se agota en ser un mandato prescriptivo bajo la amenaza de sanción, ni se refiere solo a la prescripción de realizar u omitir conductas. En efecto, es preciso ampliar la consideración a normas que no solo establecen sanciones. Así, algunas normas no jurídicas (normas éticas, por ejemplo). Y aun entre las normas jurídicas hay otras, de vigencia más cotidiana y común que las prohibiciones y prescripciones, como son las normas facultativas o permisiones. Así, hay aspectos



de la vida social en los que algo no se halla prohibido ni prescrito, y no por eso dejan de existir normas referidas a tal situación.



Hablamos así de ámbitos en los que rigen normas facultativas, o espacios de libertad, en los que realizar o no una conducta es indiferente. Distinto de estas últimas, son aquellas en las que de forma excepcional se da libertad a quien se halla en cierta situación para obrar en un sentido o en otro. Se trata también de normas facultativas, las cuales son excepciones a las normas prohibitivas y prescriptivas.

Pero ambas clases de normas no agotan todas las situaciones posibles: ¿qué sucede con las conductas que ni están prohibidas ni prescritas? En efecto, estas dos situaciones (prohibiciones y prescripciones) no agotan todas las situaciones posibles: así, caben acciones que ni se prescriben ni se prohíben.

¿Qué se extrae de todo esto? En primer lugar, que en derecho penal hay que contar con normas prohibitivas y preceptivas, en cuanto que amenazan con una sanción. Pero ambas clases de normas no agotan todas las que en derecho penal intervienen. En segundo lugar, tiene interés no confundir entre acciones absolutamente facultadas (o indiferentes) y acciones permitidas (y eximidas), pues ello marca la diferencia entre las conductas indiferentes y las llamadas “causas de justificación”. Cuando decimos de una acción que se halla “permitida”, estamos pensando a menudo que se encuentra “relativamente permitida”, y no en una conducta indiferente o “absolutamente permitida”. Por ejemplo, la entrada en una morada ajena por principio está prohibida (art. 206 Código Penal guatemalteco). Pero si la entrada es necesaria para salvar la vida de una persona (es decir, que la única posibilidad que existe de salvarle es hacer con un salvavidas que se guarda en esa casa), entonces puede hallarse de forma excepcional permitida (art. 208

Código Penal guatemalteco). Pero ahora este “permitido” significa “relativamente permitido”, y no permitido con carácter general o indiferente.



Sin embargo, la teoría del delito puede llevar a soluciones contrarias a la política criminal por caer en la aplicación de conceptos excesivamente abstractos. No parece ser este un defecto sino una virtud: si por política criminal se entiende el sentido corriente de política eficaz contra el delito, eso no es otra cosa que poder punitivo y, en tal caso, su contención es precisamente la función que debe cumplir el derecho penal.

Para imponer una pena hay que comprobar que ha tenido lugar un comportamiento típicamente definido y sancionado en el ordenamiento penal como delito, y que su sujeto es culpable. El juez, el fiscal, el abogado etc., deben hacerlo progresivamente; y de que lo hagan con orden y distinción depende en buena medida que se responda penalmente o no, y con qué pena se sancione. Su constatación, su comprobación progresiva, decidirá la responsabilidad penal; e, inversamente, la ausencia de alguna de las condiciones necesarias para responder dará lugar a la impunidad o, bien, a consecuencias diversas.

La teoría del delito es la esencia de la materia penal ya que representa uno de los instrumentos más importantes para establecer la responsabilidad de un individuo procesado, siendo necesario y de gran importancia analizar y establecer si se ha dado la afectación a un bien jurídico protegido y considerado fundamental y para llegar a tal punto se debe llevar a cabo un proceso para establecer dicha responsabilidad.



## 1.2. Delito

En palabras de ANTOLIESEI, el delito es “aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, está en contradicción con los fines del Estado y exigen como sanción una pena criminal” (1988, pág. 119).

El delito desde un punto de vista, más bien, material, en atención a su carácter dañoso, es desviado o disfuncional. Algunos autores se han decantado incluso por un concepto no unitario del delito, conforme al cual podrá optarse por un concepto formal o material en función de los fines de la investigación criminológica específica.

En palabras de CARRARA el delito es: “Infracción a la ley del Estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, resultando de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (1993, pág. 41).

El delito es un ente jurídico (creación de la ley) y no un fenómeno social (ente de hecho). Es un ente jurídico porque es una contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Por eso no se define como acción sino como infracción, lo que supone que la antijuridicidad es la esencia del delito y no solo su elemento. Al decir “acto externo” se refiere a que no son sancionables los actos internos o pensamientos, sino solo los actos exteriorizados del hombre. El pensar en matar no es delito, mientras no lo exteriorice o realice actos para materializar este acto.

Para MEZGER (1955) el delito es “la acción típicamente antijurídica y culpable” (pág. 42).

A esto podemos decir que la acción como “acto positivo” se refiere a las acciones voluntarias humanas. Con acto negativo se refiere a un no hacer lo que la ley manda a hacer, esto es, una omisión. A esto podemos mencionar que la concepción jurídica del delito no es aceptada, porque el delito no es algo creado por la ley, la ley solamente la define, es más, solo la describe en el tipo.



Pero para definir el delito existen algunas concepciones importantes tales como:

1) Concepciones formales o nominales:

Establecen que el delito es una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Es la ley la que establece y nomina qué hechos van a ser considerados delitos; es la ley la que designa y fija caracteres delictuales a un hecho. Si en algún momento esta ley es abrogada el delito desaparece. El delito es artificial.

2) Concepciones substanciales o materiales:

Establecen elementos del delito como presupuestos para que un acto voluntario humano sea considerado como delito. Así, para estas concepciones, el delito es un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal.

3) Concepción jurídica del delito:

Toda ley penal —en su estructura— tiene un presupuesto (lo que no se debe hacer o lo que manda a hacer) y una consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad). De acuerdo con esto, el delito —en su concepción jurídica— es todo acto humano voluntario que se adecua al presupuesto jurídico de una ley penal.



4) Concepción filosófica del delito:

La desarrollan Pellegrino Rossi y Enrique Pessina. Ellos desarrollaron conceptualizar al delito para todos los tiempos y lugares. Es decir, queriendo formar un concepto universal de delito. La pretensión de validez es socavada porque lo que ayer fue delito deja de serlo con el paso del tiempo y con la abrogación de la ley que lo concibió como delito.

5) Concepción dogmática del delito:

Esta concepción de delito fue desarrollada por Karl Binding, Ernst von Beling, Max Ernest Mayer y Edmundo Mezger. Podemos determinar que ubicaron el delito como la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable.

La concepción dogmática del delito enumera los elementos constitutivos del delito y tiene su origen en la “teoría de las normas” de Binding, que dice que el delincuente vulnera el supuesto hipotético de la norma jurídica no la ley.

Desde una perspectiva estrictamente dogmática se impone cierta secuencia en la elaboración del juicio total de antijuricidad: en primer lugar, procede analizar la tipicidad del hecho y, una vez confirmado ese indicio, habrá que determinar si concurren o no causas de justificación.

Operar de otro modo supondría, como subraya TERRADILLOS (2000) llegar “al *totum revolutum* de identificar tipo e injusto, y, lógicamente, causas de exclusión de la tipicidad, causas de destipificación y causas de exclusión de la antijuricidad, olvidando que la dogmática es un largo camino de disección (análisis) de los elementos del delito” (pág. 91).

Frente a ello existen, no obstante, argumentos lo suficientemente sólidos como para seguir reclamando un concepto tradicional de lo que llamamos delito en los que se pueden incluir supuestos en los que el sujeto al actuar o no actuar hay algo previo a todos los tipos, que no puede ser ignorado y, que, frente a ello, consisten los elementos del delito.



### 1.2.1 Estructura del delito

La categoría dogmática para investigar los elementos que estructuran el delito tanto en el aspecto objetivo como subjetivo, dentro de la teoría del delito es importante, ya que estos fundamentan la razón por la que se le reprocha una conducta al agente.

Se entiende que lo objetivo es todo lo externo material, o sea, todo aquello que es susceptible de ser percibido por los sentidos o dicho en palabras más coloquiales lo que ocurre fuera de la mente del sujeto. En lo que respecta a lo subjetivo en la teoría del delito se entiende también que es todo aquello que ocurre dentro de la mente del sujeto o sea el tránsito mental del sujeto al realizar la conducta.

Dentro del gran número de conductas que se realizan solo algunas están tipificadas y para que estas nos interesen en este punto tienen que ser contrarias al derecho y a ello se deriva que se necesitan ciertos requisitos que, a lo largo de las investigaciones de teorías, normativa jurídica, análisis e interpretaciones de conceptos de juristas se trata de determinar qué conductas llegan a subsumirse como delito.



## 1.2.1. Sujetos del delito

### 1.2.1.1.1 Sujeto activo del delito

Es la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos. Aun en los casos de asociación criminal, las penas recaen solo en sus miembros integrantes. Solo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena.

Sin embargo, al establecer lo anteriormente expuesto podemos mencionar la tesis de la responsabilidad de Von Liszt & Giuseppe, quienes sostienen que, si las personas colectivas son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, también deben responder por los delitos en que incurren como la estafa y el abuso de confianza. Si bien no se les puede aplicar sanciones privativas de libertad, son susceptibles de sufrir sanciones pecuniarias. Las penas corporales se impondrán a sus directivos responsables.

La legislación moderna sigue esta tesis como una solución doctrinal. En el Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal de Bucarest, en 1929, se estableció una solución doctrinal entre la tesis de la irresponsabilidad y responsabilidad de las personas colectivas. Esta sostiene que se apliquen medidas preventivas a las personas colectivas (multas, intervenciones) pero responsabilizar penalmente a sus directores que hayan cometido infracción con la cooperación o utilizando a la persona colectiva.



### 1.2.1.1.2 Sujeto pasivo del delito

Es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro. Se le llama también víctima u ofendido y es quien recibe el delito o la lesión jurídica, por ejemplo: los familiares del occiso, así como la víctima es quien de manera directa recibe el delito o la lesión jurídica.

Los sujetos pasivos del delito pueden ser:

La persona Individual.

La persona moral que puede ser lesionado en su fama, su propiedad o su crédito.

La sociedad.

El Estado.

Si en el Código Penal de Guatemala encontráramos una respuesta al determinar quiénes pueden ser sujetos pasivos del delito respondiendo a las preguntas: ¿A quién pertenece el bien o interés protegido? ¿Quién es el titular del bien? En general un bien o interés ¿pertenece a la persona (colectiva o individual), a la sociedad o al Estado?, determinando cuáles son las respuestas a estas interrogantes podemos llegar a definir en un caso concreto quién es el sujeto pasivo.

Por consiguiente, el sujeto pasivo es aquel contra quien se dirige la acción del tipo. No siempre coincide el sujeto pasivo con la víctima que padece las consecuencias del delito. Si el sujeto pasivo es el titular del bien que el delito ataca, coinciden sujeto pasivo y víctima; en otro caso, no. Si coinciden en el homicidio, pero no en el tráfico de estupefacientes, por ejemplo, pues aquí el sujeto pasivo es la comunidad. Tampoco coinciden sujeto pasivo y perjudicado, que indica quiénes son los afectados por el delito y sus consecuencias (los familiares de la víctima del homicidio, por ejemplo).





## 1.2.2 Acción u omisión

### 1.2.2.1 Acción

La importancia del análisis de la teoría del delito, en relación con el tema de la acción, es la revisión de los elementos que conforman una conducta delictiva, se sustenta en el acaecimiento de una conducta o acción con relevancia para el derecho penal. Esto implica que el estudio de los tres elementos, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, no puede llevarse a cabo sobre una base abstracta, sino más bien concreta y ello solo ocurre, cuando se ha suscitado efectivamente una acción, entendiendo por acción una conducta humana.

El concepto acción como primer elemento del delito, así como su idoneidad para constituir un punto de apoyo sustantivo de un sistema que añade a la acción los calificativos de típica, antijurídica, culpable, –y en su caso- punible.

GÓMEZ (1984) define la acción como “un concepto perfectamente irrelevante”, y a las causas de exclusión o de ausencia de acción como “falta de imputación objetiva” (pág. 92), pretende, la sustitución de la acción, como dato previo a la tipicidad, por el concepto normativo de acción típica.

Un concepto tradicional de acción, como base autónoma y unitaria de construcción del sistema, capaz de soportar los predicados de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, sin todavía predeterminarlos, podríamos afirmar que la fuerza irresistible evita en todo caso la punición, estamos diciendo que hay algo previo a todos los tipos que no puede ser ignorado. Asimismo, esto no depende de la decisión política tipificadora y conformadora en cada caso del tipo de injusto. Se trata de una causa de exclusión de la acción. Y si hay causas de

exclusión de la acción, es obvio que existe acción como presupuesto de los demás elementos del delito.



Si el presupuesto del delito es, desde la Ilustración, un acto externo, un acaecimiento empírico taxativamente describible, su verificación es cuestión de hechos y no de valores. Planteamientos político-criminales apoyan también esta solución, en la medida en que parece obvio que no se puede prevenir la inadecuación del sujeto al rol previsto. Ni se puede pretender que no incurra en un determinado tipo penal, haciendo abstracción de su contenido. Lo que se persigue es, como apunta TERRADILLOS BASOCO (1998), “la no realización de un comportamiento que, por su lesividad seleccionada, eso sí, por el derecho; se estima digno de represión penal” (pág. 81).

Entonces, podríamos decir que la “acción típica” no es más que una especie del género de acción. No se puede prescindir de adoptar una noción de la misma y saltar hasta la tipicidad con el objeto de definir desde ella la acción misma, pues en tal caso habría que subsumir en el concepto de acción típica la tipicidad entera.

Por eso, señala LUZÓN PEÑA que:

Aunque la acción tiene un papel relativamente modesto para delimitar el campo de lo punible y de lo no punible, de todos modos, su concurrencia es presupuesto indispensable para los demás requisitos del delito y, por tanto, la ausencia de acción dispensa ya de examinar cualquiera de los otros elementos que (en un derecho penal del hecho) no pueden darse sin una acción a la que referirse (pág. 247)

Interesa que la acción tenga un significado social o jurídico-penal, lo que en última instancia significa una postergación del individuo en aras de la trascendencia social o jurídica que con criterios valorativos previos se ha atribuido a esa acción.



El concepto de acción cumple así una función básica para la teoría del delito; es, pues, objeto de valoración, y no la valoración misma, por parte de las distintas categorías del delito.

Sin embargo, la acción podría estar totalmente desprovista de significado, pues solo será válida para cumplir una función negativa, pero no para erigirse en elemento básico sobre el qué asentar las demás categorías del delito y, en particular, sus diferentes modalidades. En el sentido apuntado, subraya ROXIN (1997) la necesidad de acudir, en la elaboración de un concepto de acción materialmente adecuado, no solo a los elementos corporales y psíquicos, sino también a múltiples categorías valorativas, privadas, sociales, éticas, e incluso jurídicas, que codeterminan en su sentido la acción.

Se indica que en la acción persigue una finalidad y se da la presencia de dos elementos: uno volitivo y otro cognitivo que se entienden en el sentido de que toda conducta humana siempre persigue una finalidad determinada. Por tanto, se necesita querer y conocer lo que se hace, debido a que es imposible querer algo que se desconoce.

A ello responde la definición de ROXIN en cuanto a la acción y la define como “manifestación de la personalidad”, lo que significa desde el punto de vista positivo que es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción. Entonces, podríamos decir que la acción es la manifestación de la personalidad que conecta al individuo con la realidad social de su momento,



lo que supone una superación de la visión del individuo aislado meramente capaz de acciones causales y que pone de relieve la voluntad en el que no es el único elemento determinante del comportamiento, que supone la concurrencia de factores más heterogéneos, lo cual no es enfatizar lo normativo, sino reconocer características del comportamiento humano.

La acción nace del movimiento corporal, que es un proceso que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se da una relación. El acto o acción humana y su efecto en el mundo material, son un proceso causal; como todo proceso causal natural que parte de una causa, produce un efecto.

Para algunos causalistas el término acción o el de acto comprende a su vez el concepto de omisión. Liszt señala que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde solo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario material.

Los autores COBO DEL ROSAL & VIVES ANTÓN (1949) indican que cuando se analiza el tema de la acción, se le señalan cuatro funciones:

- a) Una función limitadora o negativa, según la cual el concepto de acción tiene en el sistema del delito una dimensión práctica: fijar el límite de aquellos acontecimientos o estados que no interesan al derecho penal por no tener su génesis en una acción humana. Ha de servir, pues, para trazar la línea en virtud de la cual un hecho cualquiera existe para el derecho penal.



- b) Función coordinadora, debido a que la acción ha de constituir un lazo de unión de todos los elementos del delito sin anticipar en ningún caso en el contenido de los mismos. De suerte que la acción une a todos los demás elementos, pero no prejuzga su afirmación o existencia, en atención a su exigida neutralidad ante las valoraciones que aquellos comportan. De ahí, pues, deriva su importancia sistemática.
- c) Función definitoria, en el sentido de que la acción ha de hallarse dotada de contenido material suficiente para servir de sustrato a los demás elementos del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad). Se trata, en definitiva, de concebirla como elemento básico o concepto superior del sistema, en el que todos los demás momentos (meros predicados o atributos) quedan inexorablemente referidos y sustentados por un concepto unitario común que es la acción.
- d) En consecuencia, se le atribuye a la acción una función clasificadora, que insta a un concepto general de acción, de poderse aplicar a todas las hipótesis de conductas relevantes jurídico-penalmente, tanto al actuar positivo como al negativo (acción en sentido estricto-omisión), al doloso como al culposo, debido a su esencia y pretensión absolutamente omnicomprensiva, que le coloca en el vértice conceptual propio de la teoría del delito (pág. 286).

Las anteriores funciones se pueden traducir señalando que la acción tiene por finalidad, primero: delimitar cuáles actos tienen relevancia para el derecho penal; segundo: ser un lazo de unión de todos los elementos del delito; tercero: poseer un contenido material suficiente para servir de sustrato a los demás elementos del delito; aplicarse a todas las hipótesis de conductas relevantes jurídicas penalmente, tanto al actuar positivo como al negativo (acción en sentido estricto-omisión), al doloso como al culposo. Estas funciones ponen de manifiesto



la importancia que reviste para la teoría del delito el concepto de acción, asimilando tal concepto al de conducta humana relevante.

En estas funciones que se le asignan a la acción justifican, por qué en el análisis de la teoría del delito, se debe precisar el estudio de la acción.

### **1.2.2.2 Omisión**

Cuando hablamos de un concepto de acción u omisión se plantean discusiones de la imposibilidad de unificar los conceptos en uno solo que los abarque, ya que ha surgido en el sistema causalista el término “omisión”, que se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal “esperado” que debía producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa. De ello resulta más controvertido el término “comisión por omisión”, donde se afirma que se produce un resultado material a través de una omisión, de ahí que en este supuesto se violan tanto una norma imperativa como una prohibitiva.

Sin embargo, puede surgir, argumentos en los que hay quienes niegan la existencia de la omisión. En tal sentido, Max Ernesto Mayer distingue entre inactividad y omisión, señalando que en la primera no participa la voluntad y en la segunda se trata precisamente de un acto de voluntad.

Se debe a Mezger la fundamentación de la omisión siempre (que incluye el olvido), en la “acción esperada”, tesis que ya aparece en la obra de Liszt, pero que es la desarrollada por Mezger (1949), quien nos dice: “Lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido realizar. Porque no ha realizado esa acción que de él se esperaba, es por esa razón que es punible, en tanto que la acción esperada también puede serle exigida” (pág. 412).



Entonces, por medio del método jurídico general debe averiguarse la manera en que el ordenamiento jurídico regula la conducta humana. El contenido de esos principios jurídicos surge en parte de las leyes. Por eso las leyes penales sirven también como medios de interpretación. No tendría sentido, en efecto, dictar una ley penal si la conducta en ella descrita no fuese nunca antijurídica.

El ordenamiento jurídico puede considerar de tres maneras la conducta humana: o la declara antijurídica, o conforme al derecho, o jurídicamente indiferente (irrelevante), pero no procede de modo que ciertos comportamientos sean siempre antijurídicos y los restantes nunca. Siempre median las circunstancias (personales o reales) del proceder: toda clase de conducta es, en ciertas circunstancias, antijurídica y, en otras, no. La interpretación singular es la que nos dirá cuáles son esas circunstancias.

Entonces, podemos decir que el comportamiento humano establece que el castigo debe infligirse siempre y cuando el comportamiento descrito en la ley penal sea antijurídico y, por ende, la antijuridicidad de ese comportamiento dedujese más bien de las restantes partes del derecho, así que en la sanción de la ley penal debe inducirse que la clase de conducta a que se refiere la ley penal, para el legislador, es antijurídica en todo caso, dentro de ciertos límites, de modo que solo resta establecer cuáles son esos límites.

Para el operador del derecho penal y, en particular para el defensor, resulta esencial, debido a los intereses por los cuales debe velar, tener plena claridad en cuanto a las circunstancias y consecuencias que se presentan, cuando se está ante un evento, en donde no se cumplen o no concurren los requisitos de una acción humana y, por ende, se encuentra ante una situación en la que no interviene la acción humana en los términos antes señalados.



### 1.2.3 Tipicidad

Una vez que nos encontramos en presencia de una acción u omisión jurídico-penalmente relevante, el paso siguiente ha de consistir en determinar si el hecho constituye uno de los descritos en la ley penal, esto es, si integra el supuesto de hecho de un tipo penal. Desde esta perspectiva, y en la medida en que los tipos penales son el resultado de un proceso selectivo, la tipicidad desempeña una función derivada del principio de legalidad de naturaleza garantista: una función seleccionadora de comportamientos humanos penalmente relevantes, que concorra con otros elementos, puede dar lugar a responsabilidad penal.

FRANCISCO ALTAMIRANO (2010) nos dice que el tipo “es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual. El tipo es un instrumento legal, pues pertenece al texto de la ley. El tipo viene a ser la más valiosa consecuencia del principio de legalidad (pág. 130).

Esa función de delimitación del ámbito de lo prohibido que lleva a cabo la tipicidad supone *contrario sensu*, la definición de esferas de libertad a efectos penales. Esta función no es compartida por los demás elementos del delito que se limitan, desde esta perspectiva, a excluir, dentro de lo típico, lo que no puede generar responsabilidad criminal. Pero la primera labor de selección de lo prohibido y lo permitido se ejerce a través de los tipos penales.

Según opinión de PEÑA & ALMANZA (2010), “la tipicidad es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley





penal como delito, es donde la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser jurídica, no debe ser una adecuación social” (pág.132)

Sin embargo, la libertad que otorga la ley para efectos penales en cuya función no es compartida por los demás elementos del delito que se limitan, desde esta perspectiva, a excluir, dentro de lo típico, lo que no puede generar responsabilidad criminal, pero la primera labor de selección de lo prohibido y lo permitido se ejerce a través de los tipos penales.

Lo expuesto nos obliga a hablar del principio de legalidad, en el cual indica TERRADILLOS, (1998) que se exige no solo la descripción de los comportamientos castigados y de sus efectos (lesión o peligro)..., es necesaria la determinación en la ley penal del valor a proteger, entonces, partiendo del presupuesto de que el tipo penal se orienta solo a la protección de bienes jurídicos y que el legislador ha tenido presente una idea de antijuricidad material en el momento de configurar el tipo habrá de estimarse la atipicidad en los casos en los que el hecho, siendo formal o aparentemente típico, no lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido.

La configuración de la tipicidad como categoría autónoma del delito no prejuzga, sin embargo, la posición que se adopte con respecto al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Es cierto que su consideración como error de tipo es una de las consecuencias prácticas que se derivan necesariamente de la adopción de la teoría de los elementos negativos del tipo, pero ello no obsta para que, también desde la concepción de la tipicidad como *ratio cognoscendi*, pueda llegarse a idéntica solución.



Los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación son, ante todo, elementos fácticos, para cuya apreciación no hace falta valoración jurídica alguna. Desde este punto de vista, aunque desde una clasificación tripartita del delito, TERRADILLOS (2002) mantiene que la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación debe tratarse como un error de tipo. Ello, porque en este caso, y a diferencia de los supuestos en los que se actúa con la conciencia errónea de estar amparado por una causa de justificación, el error incide sobre los hechos y no sobre el derecho aplicable. Así, aunque en puridad no se trate de un error de tipo, su tratamiento tiene que ser idéntico.

La tipicidad también desempeña una importante función cognoscitiva, de instrucción-motivación de los ciudadanos respecto del significado jurídico-penal que revisten sus actos. El tipo, al reflejar una acción que se valora bajo el punto de vista de la necesidad abstracta de pena, cumple con la función preventivo-general de motivar la no realización de acciones prohibidas.

La tipicidad cumple así un papel esencial en aras a la consecución de la finalidad misma del derecho penal: la prevención del delito mediante el instrumento de la motivación. Es decir, en tanto que forma de expresión de las normas penales, el tipo cumple una función de vehículo del imperativo en él expresado y por tanto una función político criminal, pues la información que contiene influye en el ciudadano de manera que la incriminación o no de determinadas conductas y la punición mayor o menor, influyen en el propio delincuente motivándole en contra de la realización del delito.

Pero si el tipo actúa apelando a la motivación del sujeto, conminándole a decidir su voluntad en contra del delito, el hecho de que la infracción de la norma sea intencional o no ha de influir en la gravedad de la conducta, por lo que también,

desde esta perspectiva, parece coherente exigir que los tipos describan comportamiento en su totalidad, incorporando el dolo al tipo de injusto.



A ello deviene que para que una conducta pueda ser reprochable debe reunir ciertos elementos del tipo para que esta sea reprochable a un sujeto, o pueda darse la subsunción en el tipo penal, los cuales podemos mencionar como elementos de tipo los siguientes:

a) Elementos subjetivos:

Son características y actividades que dependen del fuero interno del agente. Son tomados en cuenta para describir el tipo legal de la conducta, por eso estos elementos tienen que probarse. Es decir, cuando el legislador considera y describe conductas que deben ser tomados como delitos.

b) Elementos normativos:

Estos se presentan cuando el legislador considera y describe conductas que deben ser tomados como delitos y cuando el juez examina el hecho para establecer su adecuación al tipo penal respectivo.

c) Elementos objetivos:

Son los diferentes tipos penales que están en la Parte Especial del Código Penal y que tienen como punto de arranque una descripción objetiva de determinados estados y procesos que deben constituir base de la responsabilidad criminal.

Derivado de lo anterior existen teorías que contemplan el delito como un todo, pero aceptan que pueda fraccionarse en elementos, y estos a su vez estudiarse en

forma autónoma. Esto, por supuesto, sin olvidar que los mismos se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad, ya que para que se pueda determinar una responsabilidad criminal o llegar a un resultado se necesita de un análisis de dichos elementos, cuyos caracteres aparecen plasmados en la norma jurídica.

d) Elementos constitutivos:

Sujetos (activo y pasivo), conducta y objetos (material y jurídico). Pero en la medida en que la conciencia de la antijuricidad del hecho se sigue considerando como integrante de la culpabilidad, el dolo –como elemento subjetivo del tipo- no es más que la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. Si el dolo se entiende, pues, como el conocimiento y la voluntad de realizar la conducta típica, y esta es solo la que tiene lugar en las circunstancias previstas por el tipo, el dolo exigirá el “conocer” y “querer” realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, tanto los normativos como los descriptivos.

En síntesis, el tipo se valora de acuerdo con la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de una pena, independientemente de la persona del sujeto concreto y de la concreta situación de la actuación, ya que al acogerse una determinada conducta en un tipo se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo. La finalidad, entonces, conduce al fin que persigue la ley, es decir, de tal manera que se abarquen completamente las conductas desaprobadas legalmente y tanto carezca de lagunas el efecto motivador y de la cual se presupone una precisión de la ley lo más exacta y fiel a su tenor le sea posible.



#### 1.2.4 Antijuricidad

QUINTEROS (2002), indica que “la antijuricidad son los actos típicos, no son actos que tienen sentido para el derecho penal así lo desea, sino actos que el derecho penal castiga porque son negativos en su valoración social y jurídica” (pág. 467).

Francisco Carrara ya hablaba del término “antijuricidad”, en el que ya se manejaban aspectos positivos del delito, que hacen radicar en la violación de la ley, la infracción a la disposición penal, la imputabilidad que fundamenta en la aceptación del libre albedrío, del aspecto externo positivo o negativo, o sea la acción y la emisión; del elemento moral o subjetivo que se proyectó en dolo o culpa, y de aspectos negativos del delito como aquellos que impiden el nacimiento de la imputabilidad, o del elemento moral en que el dolo se destruye, sea por la ausencia del *animus nocendi* o en el caso de la culpa, cuando haya podido ser previsible el resultado dañoso que se produjo.

En pocas palabras, podemos decir que con Carrara ya aparece el planteamiento de la consideración de que el delito es un ente jurídico que se conforma por presupuestos y elementos que son necesarios para la integración de la figura delictiva.

Sin embargo, después de las obras de Liszt y Beling en que aportaron cada uno elementos importantes para desarrollarse la teoría del delito, aparecen dos corrientes de penalistas. Una es la que aceptaba al delito integrado por elementos posibles de estudio en sí mismo y la otra la que negaba la posibilidad del estudio del delito de esa manera y que indicaba que el delito es un todo que no admite su



estudio en planos. Dichas teorías se denominaron, la teoría analítica y la teoría unitaria.

La teoría unitaria la define ANTOLISEI (1954) como: “El delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico, el que si bien es cierto puede presentar aspectos diversos, que de ningún modo puede ser fraccionable” (pág. 78).

En conclusión, podemos decir que la teoría unitaria centra su estudio en que el delito es como un todo que no admite su estudio en plano o niveles analísticos, apoyándose en argumentos kelsenianos, donde toda consideración naturalista o finalista debía ser desterrada y que se basó en razones políticas para poder definirla.

Sin embargo, para la teoría analítica, en opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA (1963) llegó a determinar que esta contempla el delito como un todo, pero acepta que puede fraccionarse en elementos y estos a su vez estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismos se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad.

Este afamado penalista español apoyándose en Guillermo Sauer, quien estudia los aspectos positivos del delito a los que opone sus correspondientes aspectos negativos nos presenta el siguiente esquema.

| ASPECTO POSITIVO | ASPECTO NEGATIVO          |
|------------------|---------------------------|
| a) Actividad     | a) Falta de acción        |
| b) Tipicidad     | b) Ausencia de tipo       |
| c) Antijuricidad | c) Causa de justificación |



|                             |                                |
|-----------------------------|--------------------------------|
| d) Imputabilidad            | d) Causas de inimputabilidad   |
| e) Culpabilidad             | e) Causas de inculpabilidad    |
| f) Condicionalidad objetiva | f) Falta de condición objetiva |
| g) Punibilidad              | g) Excusas absolutorias        |

Entonces, al hablar de aspectos positivos y negativos de delito en el que se fueron construyendo a raíz de las teorías antes expuesta y cuyo análisis variaban de autor en autor, sin embargo, a lo largo del desarrollo de estos elementos que en conclusión constituyen un conjunto de requisitos, que deben existir para que una actividad pueda ser catalogada como delito o no.

Si bien, para que exista lo que se denomina delito, es fundamental la presencia de una parte que lo ejecute y otra que se vea afectada, además de un objeto sobre el cual recaiga la acción delictiva. Es fundamental que el delito cumpla ciertos requisitos positivos para que pueda ser considerado como tal, de lo contrario, al encontrarse elementos negativos del delito en la situación, el acto pasa de estar en contra de la ley a no ser catalogado como tal.

Para el insigne maestro guatemalteco PALACIOS (2004), la tipicidad representa “la adecuación de una conducta con la hipótesis delictiva consignada en la ley penal” (pág. 29).

Entonces, al afirmar el carácter típico de una conducta es preciso todavía comprobar si esta es contraria al ordenamiento jurídico general y, específicamente, a las normas jurídico-penales. La antijuricidad expresa, desde esta perspectiva, la contradicción entre la acción típica realizada y lo exigido por el derecho. Pero, además, por exigencia del principio de lesividad, el delito ha de afectar de modo relevante a bienes jurídicos.



En este sentido, se dice que una acción es antijurídica cuando, habiendo transgredido una norma positiva, lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el derecho quería proteger.

Entre los comportamientos seleccionados por la tipicidad, alcanzarán, pues, la condición de antijurídicos aquellos en los que no concurre una causa de justificación. De ahí que, en la práctica, la función del juicio de antijuricidad se reduzca a la constatación negativa de la misma, es decir, a la constatación de que no concurre causa de justificación alguna.

Aunado a lo anterior, podemos decir que la función esencial de la antijuricidad es, pues, la de confirmar o desvirtuar –también a la luz de criterios de merecimiento y necesidad de pena-, el juicio indiciario de desvalor que se contiene provisionalmente en la tipicidad. Se comprende, así, por tanto, la razón por la que la concepción del injusto no puede dejar de proyectarse sobre las causas que lo excluyen, en la medida en que tanto el “valor añadido” de acción como el de resultado tendrán que constituir el fundamento y contenido de la justificación penal.

Para una concepción valorativa las normas recogen o consagran valores, por lo que la consecuencia jurídica se aplica por el ataque al valor, al contenido, más que por la infracción de la ley. Lo trascendental, pues, a la hora de decidir si una conducta es o no contraria a derecho será la constatación de si se ha producido o no la lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido en el correspondiente tipo de delito, que se expresa en un desvalor de resultado.





A lo anterior podríamos añadir que las tendencias actuales sobre el contenido de la antijuricidad intentan hallar formas de equilibrio. Es posible detectar planteamientos que, arrancando de la aceptación de los postulados imperativos, introducen referencias objetivas en la constitución del injusto, o bien postulan expresamente una configuración dualista o mixta del injusto como el desvalor de acción y desvalor de resultado.

Ya que, al hablar de una concepción imperativa, entiende que la norma penal como norma de determinación de conductas, como prohibiciones y mandatos dirigidos al ciudadano con la intención de motivarle para que realice u omita determinadas acciones. Su principal consecuencia teórica radica en que el desvalor de acción, entendido como desvalor de intención, constituye el núcleo de la antijuricidad de un hecho, pues es la voluntad humana opuesta a lo ordenado por el derecho la que vulnera el mandato o la prohibición contenidos en la norma.

### **1.2.5 Culpabilidad**

En derecho penal se emplea la expresión culpabilidad como el conjunto de condiciones que permiten declarar a alguien como culpable o responsable de un delito. Para MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN (2010) “La culpabilidad es una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuricidad, son también necesarios para la imposición de una pena” (pág. 349). Desde el punto de vista político, el principio de culpabilidad supone que no cabe el recurso a la pena cuando esas condiciones no se dan.

La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder



ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad.

PALACIOS MOTTA (2004) al referirse al elemento de la culpabilidad, afirma lo siguiente: “Es la actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de un hecho típico antijurídico” (pág. 76).

La culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho.

El debate doctrinal que durante los últimos años ha generado la culpabilidad ha dado lugar a una tendencia que gira en torno a una definición mínima y negativa de la culpabilidad en cuya virtud interpretamos a García Arán (2010) exponiendo que hay culpabilidad cuando se comete un hecho antijurídico y no se está en ninguno de los supuestos en los que se excluye la culpabilidad. Los elementos de la culpabilidad son utilizados para afirmarla o negarla, pero no son suficientes para definirla; es preciso, por tanto, fundamentar positivamente la culpabilidad, y va a ser precisamente este criterio el que sirva de base uniforme para interpretar de forma idéntica cada uno de los elementos que la componen.

La idea de reproche, ligada siempre al indemostrable libre albedrío, plantea cuestiones irresolubles, que han determinado, sobre todo en el marco de actuales

propuestas de orientación a las consecuencias, toda una reformulación de concepto y fundamento de la culpabilidad que dé respuesta a los requerimientos de la prevención.



La responsabilidad penal depende de dos datos que deben añadirse al injusto: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley. Señala ROXIN (1997) que “el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de la llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho” (pág. 47).

Derivado de lo anterior, la acción típica y antijurídica ha de ser culpable, es decir, ha de poderse hacer responsable de ella al autor, la misma se le ha de poder, como mayoritariamente se dice, "reprochar". Para ello es presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y la ausencia de causas de exculpación, como las que suponen por ejemplo el estado de necesidad como causa disculpante. La diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida. Únicamente no se castiga, pero por regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica.

En una línea similar podemos llegar a entender la categoría dogmática de la culpabilidad como el conjunto de garantías que legitiman al Estado a imputar personalmente el hecho (dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad,

igualdad, presunción de inocencia e igualdad) e imponer una pena al autor del comportamiento antijurídico (necesidad de prevención).



Tal concepción, en efecto, aprehende el contenido garantista que ha de acompañar a las propuestas basadas en la prevención. No obstante, los principios garantistas, que están en la base de todo el ejercicio del *ius puniendi*, no explican por sí solos es el contenido de la culpabilidad.

En la construcción de ROXIN (1981) el sujeto actúa de manera culpable si le puede alcanzar el efecto llamada de la norma y si posee capacidad de autocontrol suficiente, de modo que la alternativa de actuación conforme a derecho le sea psíquicamente asequible. La culpabilidad, entonces, será la capacidad de dirigirse por la norma. En la base de su concepción se sitúa, pues, la capacidad del individuo para comportarse de acuerdo con la norma; esto es, la capacidad de decisión del individuo.

En síntesis, las categorías básicas descritas que podemos llamar también "peldaños de la estructura del delito" que han sido poco a poco desarrolladas por la ciencia en un proceso de discusión de décadas. Así como se puede mencionar el concepto de acción desarrollada por primera vez como piedra básica del sistema del delito. La exigencia de reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad la formula poco después hasta llegar a desarrollar la culpabilidad abriendo el camino para desarrollar hasta lo que tenemos hoy en día.



## CAPÍTULO II

### 2. EL ELEMENTO CULPABILIDAD DEL DELITO

Para comprender el concepto de la culpabilidad y su ubicación en el campo de la teoría del delito es necesario conocer el desarrollo histórico del concepto hasta llegar a la actualidad.

En sentido amplio la culpabilidad ha sido estimada por JIMÉNEZ DE ASÚA (1954) como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprobabilidad personal de la conducta antijurídica" (pág. 379), comprendiendo por ello a la imputabilidad, mientras en sentido estricto, como lo observa VON LISZT (1956), culpabilidad es reprobabilidad, calidad específica de desvalorar que convierte el acto de voluntad en un acto culpable" (pág. 387). Desde este punto de vista, la libertad.

La culpabilidad ha sido considerada, a través del tiempo, de diversas maneras. En primer lugar, en las épocas más antiguas, la punición del hecho dañoso atendió al nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ella. La responsabilidad, por tanto, tuvo un carácter exclusivamente objetivo, siendo la lesión o el daño causado la legitimación de su punibilidad.

Posteriormente, se toma en cuenta, además, para reprimir y castigar el hecho, pero fundamentalmente para fincar la responsabilidad, un elemento psicológico relacionante del daño con su autor, el cual hizo consistir en la previsión del evento y la voluntariedad de su acusación. Esta fórmula llegó a exagerarse, pues la manifestación de la voluntad criminal, en ocasiones, se castigó con independencia de la realización integral del hecho lesivo o de su proceso de

ejecutividad. En el primitivo derecho punitivo, fundado en el principio de la venganza de sangre y la composición, fue del todo desconocida la exigencia de la culpabilidad para la sanción de los hechos considerados ilícitos.



La culpabilidad, como principio, sirve precisamente para fijarle un límite, en cuanto a la respuesta sancionatoria que da el Estado, cuando se constata la efectiva afectación de un bien jurídico fundamental. Para ello, se debe tomar en consideración una serie de aspectos que la ley y la doctrina han ido estableciendo.

Una de las finalidades del derecho penal es ilustrar a los ciudadanos sobre las conductas que están prohibidas debido a que afectan gravemente la convivencia social. Se espera que de esta forma la persona respete esta normativa y sepa que si la incumple será sancionada. El derecho penal motiva a las personas para que eviten ciertos comportamientos perjudiciales para la mayoría.

La culpabilidad puede definirse como el juicio de reproche que se realiza al autor de un hecho delictivo por haber realizado la conducta antijurídica. Una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico es culpable cuando sea un adulto con todas sus facultades, que conoce la norma prohibida y sin que exista una circunstancia que haga inexigible otra conducta. Como se verá más adelante, la culpabilidad se confirmará cuando no existan causas que la excluyan.

La culpabilidad, como principio del proceso penal, tiene una función limitadora de la actividad punitiva estatal, en la medida que, ante la ausencia de culpabilidad, deben cesar las pretensiones represivas del Estado. De ello se puede establecer que, para la punibilidad, si bien la antijuridicidad de la acción es



necesaria, no es, sin embargo, suficiente; una acción antijurídica, para ser punible, debe haberse producido también culpablemente.

Al hablar de una distinción, entonces, entre los términos del injusto y la culpabilidad es considerada con razón como una de las perspectivas materiales más importantes que ha logrado elaborar la ciencia del derecho penal en los últimos cien años.

Además, la discusión sobre la delimitación y el contenido de ambas categorías del delito ha aportado algunos resultados que hoy pueden considerarse seguros, a saber: que no se puede dividir limpiamente injusto y culpabilidad en lo externo y lo interno, en elementos objetivos y subjetivos, como se hacía en el sistema “clásico” de Belling, en el que: “La culpabilidad no es una categoría descriptiva que, como compendio de todos los movimientos de la voluntad que se puedan hallar en la psique del autor, pudiera alcanzar su unidad en la homogeneidad del substrato material; y que, según esto, el sistema del delito no se puede basar en un concepto de culpabilidad “psicológico”, sino “valorativo” ( Muñoz Conde, F. 1981, pág. 57).

Sin embargo, los diversos presupuestos tanto filosóficos como científicos que surgieron a lo largo de la historia tuvieron especial interés, para el tema de la culpabilidad, su pronunciamiento en torno al libre arbitrio como una ilusión y que los hechos síquicos también están sometidos al principio de la causalidad. Si se atiende a que el delito, de acuerdo con el positivismo, es el producto de causas antropológicas, físicas y sociales y el delincuente está predeterminado para su actuación en función de esa conjunción de causas y careciendo del libre arbitrio, resulta lógica la afirmación de que el hecho realizado y considerado como delito particular, tenga que ser estudiado y analizado tomando como base a la persona

sometida a todas las influencias deterministas y no haciendo abstracción lógicamente científica que dé previamente un concepto genérico de culpabilidad.



Sin embargo, al hablar de culpabilidad no podemos dejar afuera la tesis de Roxin (1981) que menciona:

La culpabilidad se centra en dos puntos: a) Admite que la culpabilidad es ciertamente insuficiente para justificar la imposición de una pena; y que esto se debe a la debilidad misma del concepto tradicional de culpabilidad, ya que la posibilidad de actuar de un modo distinto a como realmente se obró es empíricamente indemostrable en el caso concreto que se tiene que juzgar, esta posibilidad no es presupuesto de la culpabilidad, sino de la acción misma jurídicamente relevante a la que pertenece el hecho. Y b) determina el autor que la culpabilidad tiene una función protectora de los ciudadanos, del cual sirve de límite máximo a la magnitud de la pena que se puede imponer en el caso concreto (pág. 23).

Por ello, si se quiere hablar del tipo de culpabilidad y la valoración, la mayoría de los autores la designan como reprochabilidad, es decir, que al hablar de este término estamos hablando de la totalidad del hecho y del injusto más los elementos específicos de la culpabilidad.

Existen distintas teorías que tratan de explicar cuál es el fundamento de ese juicio de reproche que se realiza a la persona, o visto bajo el ángulo opuesto, por qué ciertas personas que realizan un injusto no son culpables. Estas pueden agruparse en dos grandes grupos:





## 2.1. Fundamentos de la exigencia de culpabilidad

### 2.1.1. La culpabilidad y la libertad de la voluntad

La culpabilidad se rige fundamentalmente por el principio proveniente del derecho romano: *poena non alios quean suos teneat auctores*, nadie puede ser responsable de las acciones de terceros que no ha podido impedir.

Un aspecto de importancia consiste en determinar si la responsabilidad deriva de una cuestión personal o bien de un hecho, es decir, establecer si la culpabilidad surge del hecho realizado, o bien, si su realización permite, para los efectos, determinar la culpabilidad.

Resulta importante suponer que el fundamento de la culpabilidad radica básicamente en la posibilidad de actuar de modo distinto, sobre todo a partir de las críticas que señalan lo difícil que es hablar de una libertad de voluntad en casos en los cuales el sujeto toma una decisión en un momento determinado irrepitible. En este sentido, lo lógico es pensar que no pudo ser precisamente otra, por los factores que incidían en esa ocasión con el carácter de irrepitibles, pues por más que puede haber otra alternativa de actuación el comportamiento desplegado no puede correr la misma suerte.

Por otra parte, afirma Córdoba Roda (1997) "las ciencias del comportamiento no permiten demostrar si el sujeto en un momento determinado le fue posible evitar la comisión del delito, en virtud de que existe una libertad de actuación que en ciertos casos rebasa los límites de lo científicamente factible" (pág. 24). Por ende, tendrían que sumarse las características de nuestro sistema de administración de justicia el cual necesariamente conlleva en los más de los casos a un alejamiento

entre el juez y la acción cometida, por cuestiones de tiempo, de posibilidades periciales u otros de diversa índole.



Tampoco podría exigirse que los textos legales establecieran como presupuesto de la culpabilidad actuar de modo distinto, pues en tal sentido sería algo difícil de acreditar, precisamente, por los factores irrepetibles que se presentan.

El principio de culpabilidad presupone lógicamente la libertad de decisión del hombre, pues solo si existe la posibilidad en el hombre de actuar de modo distinto podrá deslindarse sobre de él la responsabilidad penal. Si la conducta estuviera determinada en definitiva por la virtualidad causal de fuerzas objetivas sustraídas al influjo de la voluntad, al modo de los procesos naturalísticos, reprochar al hombre sus acciones tendría tan poco sentido como hacerle responsable de sus enfermedades.

En consecuencia, un derecho penal que se oriente por el principio de culpabilidad debe, por el contrario, enfrentarse a la problemática de la libertad de voluntad, lo cual no presupone determinar solo que el hombre pueda decidir con libertad, sino, correctamente, por lo que a la par de la libertad de querer realizar un determinado comportamiento debe estar la capacidad para distinguir los valores.

En conclusión, el autor es culpable porque siendo libre para elegir, optó por cometer una acción típica y antijurídica. El autor pudo actuar de otra manera, pero escogió la conducta prohibida. Así, el incapaz no será culpable porque no tiene capacidad para elegir. La principal crítica que se le hace a esta tesis es que es imposible demostrar que una persona es totalmente libre en su elección. Sin llegar

a posturas deterministas, es indudable que existen condicionamientos sociales culturales, económicos o de educación que limitan esa capacidad de elección.



### **2.1.2. La motivación como fundamento de la culpabilidad**

Acorde con Muñoz Conde, nos indica “la culpabilidad es la última fase del proceso de motivación que comienza con la educación paterno y prosigue durante toda la del individuo en virtud de la introyección de exigencias sociales. De tal manera, que cuando no existe participación en los bienes jurídicos, falta todo sentimiento de culpabilidad en el sujeto, en consecuencia, la razón para formularle un reproche” (pág. 14). Entonces, deben considerarse no culpables aquellas personas que no pueden ser motivados o compelidos por las normas penales. Lo fundamental no será la libertad de la persona al escoger una opción, por cuanto no podremos demostrar si pudo o no actuar de otra manera. En realidad, la norma penal busca motivar a la persona mediante sus mandatos normativos.

En este sentido, Córdoba Roda (1977) señala la necesidad de orientar la categoría de culpabilidad sobre la base de la normalidad en la motivación del sujeto activo, pero solo en lo referente a la comprobación de la normalidad en la motivación, pues la posibilidad de motivación condiciona a la antijuricidad, lo cual sirve de fundamento para afirmar que “existe culpabilidad cuando el autor de un hecho penalmente antijurídico actúa en condiciones de motivabilidad normal, lo que sucede si no es imputable, ni obra en situación de no exigibilidad” (párr. 28).

Cuando existe la imposibilidad de motivar al sujeto, entonces resulta conveniente prohibirle el hecho, lo cual no exige que la motivabilidad alcance un determinado grado de normalidad, por lo que no es necesaria la prohibición del hecho, pero si lo que resulta acreditado en la plena anormalidad de las condiciones



de motivación del sujeto, no debe castigársele por la falta de culpabilidad y, obstante, que el hecho deba seguir siendo prohibido por la norma.

Por ello, no será culpable aquel que no sea motivable mediante los mandatos normativos. La culpabilidad es reprochabilidad que se dará si el sujeto pudo entender lo antijurídico de la conducta y si su ámbito de autodeterminación ha tenido cierta amplitud. La persona será culpable porque eligió realizar un comportamiento que sabía que era típico y antijurídico.

Precisado por la mayor parte de los autores contemporáneos, la culpabilidad es un elemento constitutivo del delito; sin él no es posible concebir su existencia. Esta verdad quedó apuntada por BELINGA al elaborar el principio *nulla poena sine culpa* cuyo rango es fundamental en el derecho penal moderno.

La realización de un hecho que reúna las apariencias externas de una figura delictiva no alcanza a integrar un verdadero delito, sino cuando, como lo decimos en la definición de este, ese hecho sea típicamente culpable. Al análisis objetivo del hecho examinado debe seguir el de la relación que aquel tenga con su autor.

Si, por una parte, el estudio de la culpabilidad supone el análisis previo de la antijuricidad del hecho, por otra parte, presupone también establecida la atribución física de este hecho a determinada persona, pues la culpabilidad comprende el estudio del contenido interno de un hecho que ya se ha declarado ilícito y del cual el sujeto es ya considerado autor.



## 2.2. La culpabilidad como categoría del delito

La culpabilidad según Rodríguez Devesa (1981) encuentra su fundamento en la idea de la libertad humana, sin la cual resulta imposible construir el concepto mismo del delito puesto que donde no hay libertad falta no solamente la culpabilidad, sino la acción: si el hombre está sometido de modo inexorable a férreas leyes físico-naturales desaparece toda posibilidad de diferenciar el comportamiento humano de cualquier acontecimiento del mundo inanimado (pág. 416).

En materia de culpabilidad no existe una opinión unánime respecto de cómo definirla sobre todo en materia de los elementos que integran desde la óptica formal y su significado material a la luz de conceptos causales, sicologistas, normativistas y finalista.

En lo que sí resulta coincidente la doctrina es respecto de que mientras la antijuridicidad constituye un juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, la culpabilidad requiere, además, la posibilidad de atribución de ese hecho desvalorado a su autor.

También debemos recordar que la culpabilidad relevante para el derecho penal es la que reúne la perspectiva jurídica, mas no desde el punto de vista moral, es decir, no interesará la circunstancia de que una persona cuente con la posibilidad de desarrollar un sentimiento de culpabilidad, sino el reproche dirigido en su contra por el comportamiento desplegado.

Por otra parte, resulta cierto que los mandatos y prohibiciones que ampara el derecho penal coinciden ampliamente con las normas de la moral, pues sin vinculación del derecho con la moral, este se empobrecería sustancialmente. No

obstante, la independencia de dichas órdenes resulta el derecho complementado por la mora.



La culpabilidad jurídica tiene tal carácter en virtud de que se mide con arreglo a fórmulas jurídicas, así como por circunstancia de que ha de ser constatada públicamente ante la instancia de un órgano jurisdiccional, con sujeción a un procedimiento jurídico, a distinción de la culpabilidad moral, la cual solo existe y se sujeta a las reglas de la propia conciencia.

Empero, ¿qué es la culpabilidad? Existen diversas tendencias algunas enfocadas al incumplimiento de un deber jurídico de actuar, otros ponen de relieve la existencia de otra alternativa de actuación y finalmente los que la entienden sistemáticamente como condición de la punibilidad.

La culpabilidad podemos definirla como el juicio de reproche que se dirige en contra del sujeto activo de un delito, en virtud de haber ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no obstante, la independencia de dichos órdenes resulta el derecho complementado por la moral.

La culpabilidad Mir Puig (2006) la define así:

“La culpabilidad no se agota en la relación de disconformidad sustancia entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reprocho personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podría omitirla. La conducta del autor no es como se la existe el Derecho, aunque él habría podido observar las existencias del deber ser del Derecho. Él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. El autor respecto de la figuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el



reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica...” (pág. 197).

Al análisis de las diferentes concepciones en el tema de la culpabilidad el cual resulta plausible analizar una vez agotado el estudio de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad, cuestión por la cual, es indiscutible que uno de los presupuestos de la culpabilidad sea precisamente la existencia de una acción típica y antijurídica.

Respecto a la culpabilidad no existe una opinión unánime sobre los elementos que la integran desde la óptica formal y su significado material, propiciado precisamente por la evolución de las teorías de la culpabilidad a la luz de conceptos causales, sicologistas, normativistas y finalistas.

En lo que sí resulta coincidente para Mir Puig (2006) sobre la doctrina, es respecto de que “mientras la antijuridicidad constituye un juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, la culpabilidad requiere, además, la posibilidad de atribución de ese hecho desvalorado a su autor” (pág. 575).

Por ello, es relevante analizar los presupuestos que debe reunir para determinar si la motivación de la norma penal cumple su cometido para llegar al agente, siendo estos:

### **2.2.1 La capacidad de actuar**

La capacidad de actuar no es idéntica a la capacidad de derecho o la capacidad de obligación, sino más bien conceptos diferentes. La capacidad de actuar se refiere siempre a un hecho bien determinado, es capacidad de actuar *ad*



*hoc*. La capacidad de delinquir y la capacidad de actuar son idénticas desde el punto de vista de su esencia y sus elementos constitutivos.

Por ello, se le denomina capacidad de delinquir, o bien, capacidad de culpabilidad y erróneamente capacidad de imputación, esta capacidad de actuar presupone:

- a) Capacidad de autodeterminación
- b) Tener conocimiento de la norma
- c) Posibilidad del conocimiento del deber en el momento de hecho
- d) Capacidad de guiarse por la norma y
- e) Capacidad para el cumplimiento del deber.

Por consiguiente, la manera de concebir la culpabilidad impone como previo ella, examinar las relaciones psíquicas concretas en que un individuo se encuentra en un caso determinado. Es necesario examinar si ese sujeto reúne cierto mínimo de condiciones que el derecho en general exige como indispensable para alcanzar la capacidad para cargar con las consecuencias jurídicas de las acciones, es decir, para tener el deber de soportar la sanción penal.

Ese examen es previo e indispensable, porque en concreto el acto psíquico representativo o volitivo puede ser igual en un capaz y en una incapacidad, por ejemplo, cuando decimos que un niño de diez años no responde penalmente, supongamos, por la rotura de un cristal, lo decimos a pesar de que su conocimiento de la fragilidad del cristal es psíquicamente idéntico al correspondiente acto psíquico de un mayor acto.





Lo mismo ocurriría comparando procesos psíquicos de personas normales con los de ciertos alienados. La diferencia entre un acto culpable y uno inculpa- ble presupone, que el sujeto sea antes considerado “capaz de culpa”, solo después de ello es correcto examinar el acto concreto para ver la forma que la culpabilidad ha asumido, que puede ser dolosa o culposa.

a) La capacidad de autodeterminación; vista como la libertad de voluntad resulta un presupuesto indispensable de la capacidad de actuar.

b) Tener conocimiento de la norma; surge solo a través del conocimiento de la existencia y contenido de la norma. Así, se requiere que el sujeto conozca la proposición jurídica que contiene la prohibición o mandato que va a contrariar. Exigirle a un individuo el cumplimiento de proposiciones jurídicas sin que esté en posibilidad de conocerlas no orilla a exigirles algo que desconocen.

Ahora bien, tampoco resulta válido el aserto en el sentido de que a partir de un desconocimiento alguien pretenda justificar su acción antijurídica.

c) La posibilidad de desconocimiento del deber en el momento del hecho; se agrega la capacidad de recordar tanto la prohibición como el mandato o bien de construirlos mediante consideraciones racionales.

d) Capacidad para el cumplimiento del deber; en este caso el sujeto tiene que plantear correctamente en su conciencia el contenido de su voluntad de causación. No tiene que saber, sino estar en posibilidades de saber qué es lo que piensa causar. Además de una capacidad de libertad de la determinación de la voluntad.

En conclusión, las causas que eliminan la imputabilidad y las que eliminan la culpabilidad serán, pues, diferentes, aun cuando todas ellas tengan el efecto común de eliminar la pena.



## 2.2.2 La exclusión de la capacidad de delinquir

Los elementos que hemos incluido en la capacidad de actuar traen como consecuencia excluir la capacidad de delinquir. ello vale para el error de prohibición invencible.

Un individuo que comete un delito creyendo no hacerlo, según sea el escenario, estaría frente a un error de prohibición, siendo injusto que este sea sancionado (de ser invencible), por sus falso conocimiento o errónea percepción, pues carecería de uno o varios elementos de la infracción penal, siendo imposible un juicio de reproche en su contra a fin de atribuir la responsabilidad al autor.

Vemos entonces la afirmación de que la culpabilidad es reprochabilidad y equivale a decir que la virtud es aprobación, o que la peligrosidad es temor; así como un sujeto es temible porque es peligroso o estimable porque es virtuoso, así también es reprochable porque es culpable.

Con criterio de Frank, Liszt y Mezger habría que decir que también la antijuricidad objetiva de la acción es un elemento de la culpabilidad, pues aquella es precisamente la circunstancia que da base al juicio de reproche, ya que solamente los hechos antijurídicos son los que pueden ser reprochados. El reproche o reprobación es la reacción social o jurídica determinada por el delito cometido, con todos sus elementos.

Es decir, que al haber incurrido el legitimado pasivamente en un error inevitable no es procedente efectuarle ningún tipo de reproche por su conducta antijurídica, decae la culpabilidad, debiendo descartarse



En igual criterio, el profesor Hans-Heinrich (1996) explica que "...El error invencible de prohibición no le puede ser reprochado al autor, ya que cuando infringe el derecho quien no se encuentra en situación de conocer el injusto del hecho, aquel no revela ninguna censurable actitud interna frente al referido derecho. De ahí que el error invencible de prohibición deba exculpar siempre..." (Pág. 413).

Los fundamentos de esta exención punitiva se originan, en esencia, en que la ausencia de reproche será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad por el hecho al no haber podido el autor obrar de manera disímil y derivado de la imposibilidad de percatarse de la ilicitud del accionar como consecuencia de la inevitabilidad del yerro en que se incurre; basándose la exclusión de la punibilidad en el desconocimiento latente de la antijuricidad.

Aquí las cosas no resultan ser tan sencillas. Como es sabido, el error de prohibición, cuando tiene la cualidad de ser invencible, elimina la culpabilidad. Es decir, que configura uno de los aspectos negativos de la culpabilidad en tanto el agente no ha podido comprender la antijuricidad del hecho y por ello no resulta posible el reproche al autor. De modo tal que elementales razones de coherencia dogmática, llevan a concluir que solo tendrá sentido admitir el error de prohibición en un esquema de tipicidad compleja en el que el dolo y la culpa yacen en el injusto, como formas especiales de estructura típicas.

### **2.3 Teorías sobre la culpabilidad**

Al tratar de estructurar el concepto de la culpabilidad, la doctrina penalista se debate, principalmente, en dos posiciones diversas: la psicológica y la normativista.



### 2.3.1 Teoría psicológica

Para esta teoría la culpabilidad consiste, como lo declara ANTOLISEI, en el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior, o como anota Carlos FONTÁNBALESTRA: "La relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él" (pág. 14) . Así entendida la culpabilidad, tanto el dolo como la culpa son formas de vinculación, admitidas por la ley, entre el autor y el hecho ilícito, constituyendo la imputabilidad el presupuesto de aquella.

SOLER, adherido a la concepción psicológica precisa, con relación al hecho concreto, que se afirmará la culpabilidad cuando el sujeto capaz obra no obstante la valoración que él mismo está obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico. Ello supone, en primer término, la vinculación del sujeto con el orden jurídico y, por otra parte, la vinculación subjetiva del propio sujeto con su hecho, fenómenos ambos de naturaleza psicológica pero que atienden a fundamentos distintos, pues mientras el primero implica una valoración normativa, el segundo está privado de toda valoración. En síntesis, para esta teoría la culpabilidad es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa.

Así como la antijuridicidad es el resultado de una valoración objetiva concreta del hecho, dice SOLER, (1992) "la culpabilidad proviene de la comprobación de la discordancia subjetiva entre la valoración debida y el desvalor creado, conciencia de la criminalidad del acto" (pág. 159), por ende, desde tiempo atrás la concepción de delito propuesta por Beling y Liszt, inició la concepción psicológica de la culpabilidad en este ese sentido y la concibió como la relación entre el hecho y el autor.



La teoría del delito en el siglo pasado dividía el análisis de la culpabilidad en dos aspectos: el externo y el interno. Por otra parte, definía como elemento fundamental a la causalidad, por ello se identificó a la antijuricidad con el aspecto externo y a la culpabilidad con lo interno o subjetivo. El delito entonces existía como resultado de una doble vinculación: la relación de la causalidad material, la cual daba lugar a la antijuricidad y la conexión de la causalidad síquica, que contemplaba a la culpabilidad.

En la concepción psicológica de la culpabilidad, el dolo y la culpa no solo se encuentran a nivel de culpabilidad, sino que también son dos de sus especies, entendida la primera como el género, no solo eran formas de la culpabilidad sino incluso la culpabilidad en sí misma. Entonces, resultaba que la presencia del dolo o de la culpa ante el delito no representaba solamente la posibilidad de la culpabilidad, sino también su existencia en atención a la relación de género y especie.

El delito doloso era la especie más perfecta de culpabilidad porque suponía la relación síquica completa entre el autor y el hecho. La culpa se entendía como una conexión síquica imperfecta con el hecho, sin embargo, la concepción fracasó ante el problema de la culpa y ante la existencia de las causas de exculpación que no excluyen al dolor. En efecto, la culpa no era factible de explicarse como relación psicológica pues, por ejemplo, en la culpa inconsciente no existe relación psicológica entre el autor y la lesión, pues uno de los elementos es precisamente la falta de representación. En el caso de la culpa consciente se pretendía explicarla a la luz del conocimiento del peligro que supone.

Ignacio VILLALOBOS (1975) concretiza el concepto afirmando que “la culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, esto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los

mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo” (pág. 153). Las diferentes posturas resultaron insuficientes en virtud de que no lograban resolver cuestiones como las relaciones síquicas que eran penalmente relevantes y el porqué del fundamento de culpabilidad al estar presente, así como la exclusión ante su ausencia. Tampoco resultaba factible de fundamentar el porqué de la inculpabilidad tratándose de enfermos mentales o bien en el estado de necesidad.

Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, y la supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo de la gente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. “Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; el cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual.

El primero indica la suma de dos querer: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Luis FERNÁNDEZ DOBLADO (1950) se expresa así: “Para la doctrina que comentamos, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso” (pág. 49)

Entre otras cosas, que para los psicólogos la culpabilidad se agota solo en el hecho psicológico, ya hemos dicho cómo el estudio del factor subjetivo del delito se realiza supuesta la integración de los anteriores elementos: conducta, tipicidad y



antijuricidad y sobre esa base se analiza la culpabilidad del sujeto imputable. Por otra parte, claro está que en la teoría psicologista se trabaja dentro del campo normativo como es el derecho, único donde puede hablarse de delito.



### 2.3.2 Teoría normativista

En virtud de las críticas a la teoría psicológica de la culpabilidad surgió la teoría normativista propiciada por las ideas de Frank (1970), Goldschmidt (1913 y 1930) Hegler (1930) y Mezger (1931), las ideas formuladas desde principios de siglo en oposición a la teoría psicológica transformaron a la culpabilidad en un juicio de valor, entendido como reprochabilidad.

En tal sentido, el dolo y la culpa se transformaron de especies de la culpabilidad a elemento de la culpabilidad, la presencia del dolo y de la culpa no resultaban definitivas para la presencia de la culpabilidad. La concepción normativa de la culpabilidad planteaba: a) La imputabilidad como capacidad de culpabilidad. 2) El dolo o la culpa como voluntad defectuosa y 3) Ausencia de causas de exculpación.

Algunos autores como Jiménez de Asúa (1956) hacen el señalamiento en torno a que la imputabilidad en este caso es a nivel psicológico, en tanto la culpabilidad es eminentemente valorativa, puesto que su contenido es un reproche, ya que la concepción normativa de la culpabilidad intentó incluir la totalidad de los elementos síquicos del hecho bajo un solo concepto material que permitieron la valoración de la parte interna del hecho y la hicieron comprensible, así como la definición de los factores que pertenecen a la culpabilidad y cómo deberían enjuiciarse la falta de sus elementos particulares.



Al momento de calificar a la culpabilidad como reprochabilidad y ser considerada como su presupuesto, además de la imputabilidad, del dolo o de la culpa, es de especial relevancia el estado de normalidad de las circunstancias bajo las que obra el autor. El concepto de culpabilidad del derecho penal alemán se refirió fundamentalmente a la culpabilidad por el hecho individual, lo que derivó de la elección de un derecho penal del hecho.

A la vez Rodríguez Devesa (1981) trataba de explicar: a) Que se niega la culpabilidad en casos en los que no puede negarse la imputabilidad ni la presencia del dolo o la culpa, como, por ejemplo, en el estado de necesidad exculpante, b) Que se afirme allí donde en el momento de realizarse la acción no existe una relación síquica entre el sujeto y el resultado de su actividad, por ejemplo, en la culpa inconsciente (pág. 420).

El injusto en el que se apoya el reproche de culpabilidad consiste en la comisión de un determinado hecho prohibido por el ordenamiento jurídico y no en una conducta vital jurídicamente desaprobada. Entonces, el objeto del juicio de la culpabilidad es el hecho antijurídico en relación con la actitud interna jurídicamente desaprobada que se actualiza en aquel, cuando falta la capacidad de culpabilidad el autor puede, ciertamente, actuar, pero no devenir culpable, ya que el hecho no obedece a una actitud interna ante el derecho que se digna de desaprobación.

Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.





La exigibilidad solo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad.

Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor puede haber evitado; y por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al derecho; es decir, el deber ser jurídico. Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ser solo en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico.

Reinhart Maurach (1994) escribe: "La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio valorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a derecho, el que decidió en favor del injusto, aun cuando podía comportarse conforme a derecho, aun cuando podía decidirse en favor del derecho" (pág. 27).

En síntesis, la culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico, este juicio normativo está justificado, en la misma medida, tanto frente al agente doloso como frente al que actúa por imprudencia. En el primer caso alcanza al autor el reproche de haberse alzado conscientemente contra los mandatos del derecho, en el último se le hace patente que, por descuido, ha infringido las exigencias impuestas por la vida social.



Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causa del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto. No resulta ocioso advertir que los normativistas no se han unificado ni en torno a la norma soporte del juicio de culpabilidad, ni con relación a la materia de hecho sobre la cual ha de recaer ese juicio.

#### **2.4 La culpabilidad material y la culpabilidad formal**

La culpabilidad material y formal son una clara herencia de los postulados contruidos en el siglo XIX, a partir del pensamiento que dejaban de lado el valor para juzgar al ser.

En tal virtud, según Zaffaroni: “El dolo se entiende como falta de sentimiento, la culpa como falta de entendimiento y la culpabilidad en general como falla a la disposición social del individuo” (pág. 546). Se entiende como culpabilidad formal cuando se reúnen los presupuestos que un determinado sistema penal requiere para que pueda serle imputado un hecho a un sujeto, en tanto que la culpabilidad material será el contenido explicativo de la culpabilidad, el porqué de la culpabilidad formal.

El concepto formal de culpabilidad abarca aquellos elementos síquicos del hecho en que, en un ordenamiento jurídico dado, se exigen positivamente como presupuestos de la imputación subjetiva. En sentido formal, la culpabilidad equivale al conjunto de elementos que en un sistema de derecho penal históricamente dado se contemplan como presupuestos de la imputación subjetiva.

Según Hans-Heinrich nos indica: “El concepto material de culpabilidad tiene el carácter de un postulado según el cual solo pueden entrar en consideración como

fundamente del juicio de culpabilidad características muy precisas de la acción o del autor” (pág. 580).



Por ende, la culpabilidad puede ser anulada por diversos supuestos, estos pueden resumirse en la no exigibilidad de un comportamiento diverso ante la ley, con lo cual se avanza, pero no se aclara el punto relativo.

## 2.5 Elementos de la culpabilidad

Al analizar la culpabilidad destaca su concepción a nivel de consecuencia de una conducta típica y antijurídica, lo cual se traduce en una reflexión metódico-sistemática que nos orilla a pensar en su existencia solo cuando estamos ante un resultado producto de una acción, típica y antijurídica, a la cual sumaremos la usencia de eximentes de culpabilidad.

En consecuencia, los presupuestos de la culpabilidad son: la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la usencia de eximentes de culpabilidad. Por otra parte, si pretendemos referir el aspecto relativo a los elementos de la culpabilidad, debemos dejar en claro que existen una serie de conceptos como consecuencia de los cuales resulta la culpabilidad. Así, los elementos que integran a la culpabilidad en el estado actual de la evolución de la teoría del delito son:

- a) La imputabilidad, no a nivel de presupuesto sino como condición de la culpabilidad
- b) La posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho y
- c) La ausencia de causas de exculpación.



### 2.5.1 La imputabilidad o capacidad de culpabilidad

Para elegir entre distintas opciones, es necesario tener un cierto grado de madurez psíquica, así como capacidad para entender lo que se está haciendo y comprender la ilicitud de una norma. Por ello, no podrá ser culpable un niño o un enfermo mental.

La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir de trastornos mentales, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos. El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, este pueda responder de ellos.

Históricamente, la exigencia de la imputabilidad aparece como una limitación a la responsabilidad penal. Pronto se observó que los niños y los enfermos mentales no podían ser tratados como adultos o los sanos mentalmente. La pena para ellos era una institución inútil y debía ser sustituida por otras medidas (reformatorios, manicomios, etc.) que, en la práctica, tenían el mismo carácter de control social que la pena, pero que teóricamente no tenían el mismo sentido punitivo.

Aunque esto parece hoy evidente no son, sin embargo, tan claros la razón y el fundamento del porqué en estos casos no se podía considerar culpable al autor de un hecho delictivo. La doctrina clásica buscó una base común en la libertad de

voluntad. Esta libertad se basa en la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo; el que carece de esta capacidad no actúa libremente y, por eso, no puede ser considerado culpable de lo que hace.



Como ya se ha dicho, en el caso de la tesis mencionada anteriormente era insostenible no solo porque se basa en algo indemostrable, como es la libertad de voluntad o libre albedrío, sino, además, y por lo que se refiere al problema que ahora se está tratando, porque reduce todas las facultades humanas a los planos intelectual y volitivo, que no son los únicos, ni tan siquiera los más importantes.

En todo caso, las facultades intelectivas y volitivas humanas están condicionadas por otra serie de factores, que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad (factores psíquicos y socioculturales). Por eso no puede considerarse, actualmente, que la capacidad de culpabilidad sea solo un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino algo mucho más complejo.

En el proceso de interacción social que supone la convivencia, el individuo, obligado por sus propios condicionamientos al intercambio y a la comunicación con los demás, desarrolla una serie de facultades que le permiten conocer las normas que originan la convivencia en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dichas normas. Se establece así un complejo proceso de interacción y comunicación que corresponde con lo que en la psicología moderna se llama motivación.

Es pues, la capacidad de motivación a nivel individual, o la capacidad de motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de ese

elemento de la culpabilidad que llamamos imputabilidad. En la medida en que esa capacidad no haya llegado a desarrollarse por falta de madurez, por defectos psíquicos de cualquier origen o por trastornos transitorios, no podrá hablarse de culpabilidad.



### 2.5.2 Conocimiento de antijuricidad

Junto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, constituye también un elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuricidad. Quien realiza dolosamente un tipo penal actúa, por regla general, con conocimiento de la ilicitud de su hacer. Así como decíamos antes, que la tipicidad es un indicio de la antijuricidad, podemos decir ahora que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido, tanto más cuando el bien jurídico protegido en el tipo en cuestión sea uno de los fundamentales para la convivencia y en cuya protección tiene su razón de ser el derecho penal.

Conocimiento de la antijuricidad, como menciona CASTILLO GONZÁLEZ, (2001) que “la culpabilidad implica un juicio de reprochabilidad personal al sujeto a quien, pudiendo comportarse conforme a derecho, no lo hizo” (pág. 29). Entonces, decimos que actúa culpablemente quien conoce que su comportamiento es prohibido.

De ahí que, en la práctica, el conocimiento de la antijuricidad no plantee demasiados problemas y se parta de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado, cuando dicho sujeto es imputable.



No obstante, el conocimiento de la antijuricidad no es un elemento superfluo de la culpabilidad sino, al contrario, un elemento principal y el que le da su razón de ser. Lógicamente, la atribución que supone la culpabilidad solo tiene sentido frente a quien conoce que su hacer está prohibido. La función motivadora de la norma penal solo puede ejercer su eficacia a nivel individual si el individuo en cuestión, autor de un hecho prohibido por la ley penal (por tanto, típico y antijurídico), tenía conciencia de la prohibición pues, de lo contrario, este no tendría motivos para abstenerse de hacer lo que hizo.

Según WELZEL (1971), con este concepto se analiza si la persona que desarrolla una conducta típica y antijurídica lo ha hecho con conocimiento actual, o al menos con posibilidades de conocimiento (el error de prohibición vencible), de que dicha acción estaba prohibida y penada por el derecho. “Este elemento, deja intacto el dolo del hecho y se refiere –con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas el hecho- a otros fundamentos que están fuera del tipo, que excluyen la antijuricidad” (pág. 59).

Este conocimiento de la antijuricidad no es necesario, sin embargo, que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o a la penalidad concreta del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia. Para un sector doctrinal, es suficiente con un conocimiento potencial de la antijuricidad, es decir, sería suficiente con que el autor hubiese podido conocer lo ilícito de su hacer para que pudiese reprochársele como culpable.

Sin embargo, con esta teoría se amplían desmesuradamente las posibilidades de considerar culpable a todo el que, con capacidad de culpabilidad,

comete un hecho típico y antijurídico, porque siempre cabe la posibilidad de que hubiera podido conocer la prohibición. Una vez más hay que recurrir a la concepción de la función motivadora de la norma penal, como una función de comunicación y participación que culmina el proceso de socialización del individuo.



De acuerdo con los profesores CASTILLO GONZÁLEZ (2001) interpretado en sentido contrario significa que el autor es culpable, solamente cuando conoce que la conducta que realiza está sujeta a pena (tiene conocimiento actual del injusto penal); o bien, cuando desconocía que el hecho realizado estaba sujeto a pena, pero le resultaba posible haberlo conocido, en cuyo caso se afirma que el autor tiene conocimiento potencial de injusto, pues se encuentra en error de prohibición vencible o evitable (págs. 59-60).

Solo en la medida en que se dé la internalización de los mandatos normativos y el proceso de socialización no se encuentre alterado (analfabetismo, subcultura, etc.) podrá plantearse el tema del conocimiento de la antijuricidad. En una sociedad en la que coexisten distintos sistemas de valores hay que admitir que haya individuos que, aun pudiendo, teóricamente, conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen siquiera este problema cuando ese hacer es normal en el grupo social concreto al que pertenecen.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que el autor deba tener en el momento del hecho una conciencia exacta de que su hacer está prohibido; es suficiente con que, de acuerdo con su formación, nivel cultural, etc., se represente dicha ilicitud como posible y, a pesar de ello, actúe.



El conocimiento falta cuando la persona se encuentra en error de prohibición cuando cree que su conducta no está prohibida y penada. Esta clase de error puede ser directo, cuando la persona desconoce que su conducta contradice el ordenamiento jurídico; o bien puede ser indirecto cuando, a pesar de que conoce esa contradicción, cree que actúa amparado en una causa de justificación, que en realidad no existe o cuyos límites han sido rebasados.



En definitiva, el conocimiento de la antijuricidad, como los demás elementos subjetivos de la teoría del delito, es también un concepto que requiere del juez una valoración de los diversos componentes psicológicos y sociales, que inciden en el comportamiento del individuo. Si el sujeto desconoce la antijuricidad de su hacer, actúa entonces en error de prohibición.

### **2.5.3 La exigibilidad de otra conducta**

El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber para todos los ciudadanos. No obstante, los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc. En principio, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico no puede imponer, salvo en casos determinados, el cumplimiento de sus mandatos.

Este factor también es conocido como la inexigibilidad o inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho. Previo a abordar la inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho, es importante conocer la definición que se le ha dado a exigibilidad. Es así como José Sainz Cantero (1985) menciona que



“cuando el hombre medio, situado en idénticas circunstancias externas, impulsado por las mismas motivaciones, y semejanzas condiciones personales en que ha actuado el autor concreto, se hubiera comportado de acuerdo con el deber” (pág. 97).

La creación ideal abstracta de un ciudadano promedio responde a simplificaciones que se le pretenden dar a la aplicación penal, y no se adecua a la realidad en donde se vive, con gran cantidad de sujetos, culturas, aspectos socioeconómicos, niveles de educación, e incluso capacidades de razonamiento o inteligencia.

Así, por ejemplo, citamos algunos artículos del Código Penal guatemalteco: **1) Homicidio culposo (artículo 127 del Código Penal).** Al autor de homicidio culposo se le sancionará con prisión de dos a cinco años. Cuando el hecho causare, además lesiones a otras personas o resultare la muerte de varias la sanción será de tres a ocho años de prisión.

Si el delito culposo fuere cometido al manejar vehículo en estado de ebriedad o bajo efecto de drogas o fármacos que afecten la personalidad del conductor o en situación que menoscabe o reduzca su capacidad mental, volitiva o física, se impondrá al responsable el doble de la pena que le correspondería en caso de no existir estas circunstancias. Si el hecho se causare por piloto de transporte colectivo, la pena respectiva se aumentará en una tercera parte.

Para que una persona sea responsable se requiere la concurrencia de dos elementos: en primer lugar, la persona debe ser culpable del delito (haber pasado el análisis de culpabilidad) y, en segundo lugar, se deben requerir necesidades



preventivas; es decir, debe acreditarse que en el caso concreto es necesario aplicar una sanción al sujeto para que no vuelva a cometer el delito.

En el caso del delito culposos si un agente amenaza a su víctima con un arma blanca, pero este tiene un arma de fuego y le dispara primero y lo mata entonces es importante analizar la culpabilidad del sujeto, es necesario cuestionarse, además, si es posible exigirle una conducta alternativa a la realizada, la cual evidentemente configura un delito. En este requisito, existen algunos supuestos en los que no es posible exigir al sujeto una conducta diferente a la ejecutada. En ese sentido, estaríamos haciendo referencia a supuestos que eliminan la exigibilidad de otra conducta.

**2) Lesiones culposas (artículo 150 del Código Penal).** Quien causare lesiones por culpa, aun cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, será sancionado con prisión de tres meses a dos años.

Si el delito culposos de lesiones fuere ejecutado al manejar vehículo en estado de ebriedad o bajo efecto de drogas o fármacos que afecten la personalidad del conductor o en situación que menoscabe o reduzca su capacidad mental, volitiva o física, se impondrá al responsable, además, una multa de trescientos a tres mil quetzales. Si el hecho se causare por piloto de transporte colectivo, la pena respectiva se aumentará en una tercera parte.

En el supuesto que dos personas que estén bajo los efectos del alcohol y comienzan a agredirse y como resultado se tienen las lesiones culposas, en tal sentido, cuando la persona ha cometido un delito de mínima gravedad, se autoriza al juez de eximirlo de responsabilidad penal, esto porque no hay necesidad de



aplicar una sanción, Entonces, existen conductas típicas, antijurídicas y culpables que pueden ser no sancionadas penalmente. Por ello, podemos decir que no todo delito genera sanción penal, la regla general es que sí, pero no es una regla absoluta.

**3) Incendio y estrago culposo (artículo 285 del Código Penal guatemalteco).** Quien culposamente causare estragos o incendio, será sancionado con prisión de uno a tres años. Si del incendio o del estrago culposo hubiere resultado la muerte de una o más personas, el responsable será sancionado con prisión de dos a cinco años.

En el caso de que una persona que trabaja cocinando por descuido deja encendida la estufa y este provoca un incendio del cual se pierde todos los bienes es culpable por la acción causada, ahora bien, en nuestro Código Penal no se utiliza el término culpabilidad, sino el término responsabilidad. Cabe preguntarnos si ambos términos son iguales. La respuesta es negativa, no se trata de términos iguales: el término responsabilidad es más amplio que el término culpabilidad.

La culpabilidad analiza a la persona y su culpabilidad en la acción realizada; en tal sentido, se analiza la imputabilidad del delito a la persona, por ello el conocimiento del delito es necesario para establecer la culpabilidad: no comete delito aquella persona que no sabe que su conducta es típica y antijurídica. Con todo esto se puede afirmar que los dos primeros elementos del delito giran en torno a la acción del sujeto (conducta), mientras que el tercer elemento gira en torno al sujeto mismo.

**4) Un hombre que agrede físicamente a una mujer, existiendo un vínculo en el ámbito privado con la intención y voluntariedad de causarle daño o perjuicio, cometerá un delito doloso de violencia contra la mujer.**



Normalmente, estas situaciones de no exigibilidad general u objetiva excluyen ya el tipo del correspondiente delito en cuya redacción se tenga en cuenta esta situación o, por lo menos, la antijuricidad del mismo. Pero junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad subjetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él.

El derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere, por ejemplo, realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física. En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuricidad (el hecho no es justificado por el ordenamiento) sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable).

De la misma manera, GUSTAVO CHAN (2012) menciona que

“La crítica que se le puede formular al concepto de exigibilidad es que, al igual que sucede con el concepto de conocimiento de la culpabilidad, también se encuentra formulado a partir de un ideal abstracto. Esto significa que se define que alguien podía actuar o no conforme a derecho con base en el criterio del ‘ciudadano promedio’ enfrentado a la misma situación, es decir, de conformidad con lo que habría hecho un modelo abstracto de ser humano, y no de conformidad con lo que podría o no haber hecho la persona concreta enfrentada a la misma situación de necesidad” (pág. 65).

La idea de la no exigibilidad de otra conducta no es, sin embargo, privativa de la culpabilidad, sino un principio regulador e informador de todo el ordenamiento jurídico. En la culpabilidad, dicha idea obliga a comprobar, antes de formular el juicio completo de culpabilidad, si el autor, que con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuricidad de su hacer realizó un hecho típico y antijurídico, se encontraba en alguna situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de vista de los fines de la pena, imponerle una sanción penal.



A esta idea responden dos exenciones de pena contenidas en el Código Penal: el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes. El estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes de igual valor presenta una problemática específica.

Sin perjuicio de lo mencionado se continúa con el análisis de este elemento, las causas de exculpación se caracterizan porque ellas presuponen una acción típica, antijurídica y culpable. En ellas, la culpa del autor no se excluye conceptualmente porque dejan subsistente lo injusto, pero el legislador considera determinadas razones por las cuales hace decaer la punibilidad por causa de una disminución de lo injusto y del contenido injusto del hecho.

En las causas de exculpación no ocurre una total exclusión de la culpabilidad, pues la situación de excepción que toma en cuenta el legislador para configurarlas no excluye ni la capacidad de culpabilidad del agente ni su conocimiento del carácter prohibido de la acción.

Para saber cuándo estamos frente a esta situación debemos aplicar cuando estamos ante un error vencible o un error invencible, debemos manejarnos con la

noción de poder de actuación alternativa. Según afirma Fernández (2014): "Esto significa que por más que no podemos preconizar un prevailecimiento de la perspectiva individual del autor por sobre el estándar del hombre medio, no se debe admitir como absoluto la idea de que exista un deber general de información, con base en el cual le es exigible a cualquier persona un cierto grado de reflexión o información" (pág. 320).



Por lo que estos extremos deben ser contrastados según las dimensiones personales de aptitud. No puede ser exigido a ninguna persona que permanentemente esté consultando acerca de la legalidad de su comportamiento. Si no estamos frente a ningún motivo por el cual la persona tenga que estar cerciorándose acerca de su conducta y si, además, el sujeto no conoce y/o no comprende la prohibición o mandato, estaremos, pues, ante un error invencible o inevitable y, por lo tanto, frente a una no culpabilidad del individuo.

Solamente ante situaciones que motiven el nacimiento del deber de información y los deberes accesorios de consulta e información según recursos disponibles, es que puede decirse que el comportamiento cae en un error que es vencible o evitable, dado que en esa postura el sujeto estuvo en condiciones de conocer o comprender la disposición y, por tanto, de plegarse a ella.



## 2.6. Fundamentos de la exigencia de culpabilidad

### 2.6.1 El principio de culpabilidad y la libertad de la voluntad

La culpabilidad se rige fundamentalmente por el principio proveniente del derecho romano: *poena non alios quean suos teneat auctores*, nadie puede ser responsable de las acciones de terceros que no ha podido impedir.

Un aspecto de importancia consiste en determinar si la responsabilidad deriva de una cuestión personal o bien de un hecho, es decir, establecer si la culpabilidad surge del hecho realizado, o bien, si su realización permite, acaparar los efectos, determinar la culpabilidad.

Resulta importante suponer que el fundamento de la culpabilidad radica básicamente en la posibilidad de actuar de modo distinto, sobre todo a partir de críticas que señalan lo difícil de hablar de una libertad de voluntad en casos el del sujeto que toma una decisión en un momento determinado irrepetible. Lo lógico es pensar que no puede ser precisamente otra, por los factores que incidían en esa ocasión con el carácter de irrepetibles, pues por más que puede haber otra alternativa de actuación el comportamiento desplegado no puede correr la misma suerte.

Por otra parte, afirma Córdoba Roda (1997) "las ciencias del comportamiento no permiten demostrar si el sujeto en un momento determinado le fue posible evitar la comisión del delito, en virtud de que existe una libertad de actuación que en ciertos casos rebasa los límites de lo científicamente factible" (pág. 24). Por ende, tendría que sumarse las características de nuestro sistema de administración de justicia el cual necesariamente conlleva en los más de los casos a un alejamiento entre el juez y la acción cometida, por cuestiones de tiempo, de posibilidades periciales u otros de diversa índole.





Tampoco podría exigirse que los textos legales establecieran como presupuesto de la culpabilidad actuar de modo distinto, pues en tal sentido sería algo extremadamente difícil de acreditar, precisamente por los factores irrepetibles que se presentan.

En conclusión, el principio de culpabilidad presupone lógicamente la libertad de decisión del hombre, pues solo si existe la posibilidad en el hombre de actuar de modo distinto podrá deslindarse sobre de él la responsabilidad penal.

## **2.7 Culpabilidad y antijuricidad**

El Código Penal guatemalteco y la doctrina distinguen entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exclusión de la antijuricidad. A continuación, se desarrollan los motivos para realizar tal distinción.

En primer lugar, se debe señalar que la acción típica justificada será legítima y aceptada por el derecho. El ordenamiento, entendido en su conjunto, ve como correcto el que una persona mate para que no le maten. Frente a este hecho, el derecho penal tolerará la situación de injusto inculpable.

La ley penal no considera positiva la acción de matar bajo trastorno mental transitorio, pero entiende que no procede contra el autor sanción penal. Ahora bien, el resto del ordenamiento no es tan “generoso” con la acción injusta inculpable y por ello sí mantendrá sus sanciones respectivas, básicamente la reparación civil o indemnización. Es por ello que en caso de legítima defensa los familiares del agresor muerto no podrán pedir reparación civil, pero sí los del que ha sido asesinado por un demente.



En segundo lugar, la diferencia entre causas justificantes y causas excluyentes de la culpabilidad tiene importancia para determinar el carácter ilegítimo de la agresión en la legítima defensa. Cuando un policía golpea a un ladrón para que no huya comete una acción típica, pero justificada por ejercicio legítimo de un deber. Frente a ella el ladrón no podrá actuar en legítima defensa. Sin embargo, cuando una persona es atacada por un loco podrá actuar en legítima defensa ya que la acción, aun cuando no es delictiva, sí es antijurídica, es decir, ilegítima.

En tercer lugar, hay que destacar que el partícipe en acción ilegítima responderá penalmente, cosa que no sucede en los casos en que la acción sea justificada. Si se le da un arma de fuego a un loco y este da muerte a una persona, se le imputará el delito, incluso como autor. Sin embargo, si el arma se le da a una persona que actúa en legítima defensa su conducta no será delictiva. Finalmente, al autor de una acción típica antijurídica no culpable se le podrá imponer una medida de seguridad, cosa que no ocurre con el autor de acción típica y justificada, por muy loco que esté.

Existe, no obstante, una excepción a estos principios que se dan en el estado de necesidad justificante que está sometido a un régimen particular, tanto en lo relativo a la responsabilidad civil como frente a la legítima defensa.

Como lo afirma GONZÁLEZ CUHAPÉ-CAZAUX (2003): “La culpabilidad se confirma cuando no concurren causas que la excluyan. La doctrina enumera como causas de inculpabilidad, aquellas que excluyen la imputabilidad, las que excluyen el conocimiento de la antijuricidad y las que se deben a la no exigibilidad de otra conducta” (pág. 95).

Por ende, en materia de culpabilidad no existe una opinión unánime respecto de cómo definirla sobre todo en materia de los elementos que la integran desde la óptica formal y su significado material propiciado precisamente por la evolución de la teoría de la culpabilidad a la luz de conceptos causales, sicologistas, normativistas y finalistas.



Interpretando de MIR PUIG (2006) con respecto a la antijuricidad indica, que si resulta coincidente la doctrina es respecto de que mientras la antijuricidad constituye un juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, la culpabilidad requiere además la posibilidad de atribución de ese hecho desvalorado a su autor.

Por otra parte, resulta cierto que los mandatos y prohibiciones que ampara el derecho penal coinciden ampliamente con las normas de la moral, pues sin la vinculación del derecho con la moral, este se empobrecería sustancialmente. No obstante, la independencia de dichos órdenes resulta el derecho complementado por la moral.

La culpabilidad jurídica tiene tal carácter en virtud de que se mide con arreglo a fórmulas jurídicas, así como por la circunstancia de que ha de ser constatada públicamente ante la instancia de un órgano jurisdiccional, con sujeción a un procedimiento jurídico, a distancia de la culpabilidad moral, la cual solo existe y se sujeta a las reglas de la propia conciencia.

Por ejemplo, acerca de la ilicitud de la acción carece de poder para transformar un hecho doloso en culposo. Así, en los ejemplos de Binding, si un maestro a pesar de dudar si tiene o no derecho a ello, castiga a un niño, si un

agente, dudando de si está o no autorizado a usar armas en determinada situación, cuando las usa, el resultado de las acciones ilícitas cometidas es imputable al mismo título que si se hubiesen realizado sabiendo su ilicitud.



Es claro, en tales casos, que, subjetivamente, se da esa situación de menosprecio en que la culpabilidad se funda, pues no existe de parte del sujeto la diligencia que la ley exige para su observancia. Según Soler (1992) nos indica: “La actitud subjetiva del agente puede sintetizarse en esta fórmula: «diga lo que diga el derecho, yo ejecuto el acto»” (pág. 30). Sin embargo, podremos decir que es una actitud de menosprecio e indiferencia total hacia el orden jurídico.

Ahora bien, ya hemos dicho que la culpabilidad no se funda en la voluntad específica de violar la ley penal, sino en la conciencia genérica de procederse contra el derecho, y ella se da, evidentemente, en el que obra a pesar de dudar de la licitud de su hecho.

Otro ejemplo podríamos determinarlo cuando se dice que la culpabilidad deriva o proviene de una exigencia, se subraya hasta con exceso la posibilidad de casos en los cuales la culpabilidad es afirmada y la pena impuesta, por razones de estado, desde fuera, sin atender propiamente la subjetividad efectiva del individuo en el caso concreto. Esto es algo innegable en la realidad jurídica y aun cuando el campo de este juicio constitutivo de culpabilidad sea restringido y considerablemente moderado, acaso ningún régimen jurídico pueda considerarlo eliminable sin residuo alguno.

El error de derecho sea vencible o invencible, las infracciones contravencionales, los delitos culposos abren campos en los cuales la vida práctica

impone con cierta premura un derecho penal sin muchas contemplaciones. Sabido que el derecho en muchos casos no tiene más remedio que efectuar generalizaciones que necesariamente comportan alguna injusticia individual.



Sin embargo, cuando la sanción jurídica es de carácter penal, cuando se trata de una norma atributiva, pareciera que en aquella actitud fuera envuelta una especie de contradicción. En las normas penales, en efecto, más que en las otras, se expresa con particular energía la finalidad preventiva del derecho y esta, solamente a través de la subjetividad real de los destinatarios de las normas puede ser alcanzada.

Aún no existe otro mecanismo para ello, fuera de la "buena voluntad", pues bien, cuando el derecho prescinde de ella y no hace consistir la culpabilidad en la real existencia de una actitud de menosprecio o, a lo menos, de indiferencia, es posible que aquel responda a exigencias inaplazables de la praxis, pero no cabe duda de que al sancionado no le guarda la consideración de persona.

Le reconoce capacidad para ser castigado, pero se desentiende de examinar si tuvo voluntad de obedecer. El sujeto soportará una pena apoyada más sobre la presunción de culpabilidad que sobre una culpabilidad real. Otro aspecto que podríamos mencionar es el rumbo que cumple la evolución cultural en este aspecto del derecho lleva no ya hacia una nivelación impersonal, sino, por el contrario, al reconocimiento del ser humano como partícipe del orden jurídico, es decir, como ser espiritual y como persona.

## CAPÍTULO III



### 3. ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO EN GUATEMALA

#### 3.1 Concepto de error

“El error que puede operar como razón para la exclusión de la imputación de un comportamiento como hecho penalmente” (Herrera, 1972, pág. 11).

La dogmática penal reconocía al error de hecho que consiste en el error sobre los elementos que configuran la tipicidad de la conducta (*error facti*) y/o (*error iuris*) que no tenía relevancia alguna para el derecho penal, pues era imperante el principio de presunción del conocimiento de la ley penal, que se reputaba en todo momento conocida por todos los habitantes sometidos a su imperio.

El derecho penal de principios del siglo XX tuvo en Karl Binding a uno de los detractores de este principio, quien sostenía que los casos de error sobre hechos y sobre normas eran siempre jurídicamente relevantes. Posteriormente, Alexander Graf Zu Dohna sugiere reemplazar las expresiones de error de hecho y error de derecho por las de error de tipo y error de prohibición.

Creus (1992) manifiesta que:

“Entiéndase por error la falsa noción sobre algo y por ignorancia el desconocimiento sobre algo. Jurídicamente la ignorancia funciona como un caso de error; el desconocimiento induce a error sobre el carácter de la conducta, ya que el fundamento de este como factor negativo del delito es el desconocimiento de que se observa una conducta antijurídicamente típica” (pág. 347).



Si bien la inferencia lógica en el texto citado anteriormente que realiza Oreus parecería verdadera respecto a la similitud entre ignorancia y error, para demostrar lo contrario es fundamental distinguir entre uno y otro.

HERRERA manifiesta que: “El error consiste en la falsa idea que tenemos de algo, ya que no resulta ser tal cual la creemos” (1991, pág. 11).

Antes era inconcebible pretender que existía el “error” en el accionar de las personas, ya que se presumía que las personas sabían y conocían el derecho, de allí apareció el famoso “principio de que la ley es conocida por todos”, que se presume, que las personas conocen el derecho y que su ignorancia no les exime de responsabilidad penal. Además, se agregaba que por simple raciocinio todas las personas saben qué acción es buena y qué acción no es tan buena.

Fontán Balestra (1998) establece que:

“Es común entre los autores clásicos el estudio del error como causa excluyente del dolo. Más exacto es hacerlo como causa de inculpabilidad, pues si bien es cierto que la consecuencia más frecuente del error es eliminar el dolo, dejando subsistir la culpa, puede también excluir totalmente la culpabilidad. La distinta naturaleza de la ignorancia y el error radica en que la primera supone la ausencia total de conocimiento, en tanto que el error implica un conocimiento equivocado” (pág. 349).

Sin embargo, el error y la ignorancia en la ley penal, además de ser un problema complejo y de vigencia actual, se presentan como uno de los conflictos más añejos y difíciles no solo del derecho penal, sino del derecho en general.



Los términos de error e ignorancia tienen significados diferentes, el error implica una falsa o equivocada concepción de la realidad, es decir, desconocimiento parcial de algo que constituye parte de un todo, o bien, otorgarle a una determinada situación un significado que en verdad no le corresponde. Sin embargo, todo supuesto de error es vencible, ya que lo que se conoce en forma parcial no supone el desconocimiento, sino falta de entendimiento. Asimismo, aquella hipótesis en donde como consecuencia del error se da a la cosa un significado distinto del que tiene, también es vencible, en virtud de que lo se conoce mal se pudo conocer.

### **3.2 Concepto de ignorancia**

La palabra ignorancia existe en todos los idiomas y se emplea por toda clase de personas, es una palabra de uso común, utilizada por el hombre inculto como por el letrado, por lo que su significado es perfectamente comprendido por todos, por lo menos en un significado vulgar; sin embargo, cabe resaltar que, en las definiciones sobre la ignorancia, se observa una drástica diferencia con la del error.

La primera idea que tenemos de la palabra ignorancia es completamente clara: el que ignora, el que no sabe, el que desconoce, por eso se le ha definido de esta manera.

En conclusión, los términos de error y de ignorancia son conceptualmente diferentes; no obstante, me he podido percatar que se les da un trato indistinto, inclusive un gran sector de la doctrina los considerara como sinónimos; sobre lo anterior y desde cualquier ángulo que se le vea se refiere a situaciones diversas.





### 3.3 Error de prohibición

Ya lo indica Armaza Galdós (2002) al decir que obra en error de prohibición “el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica un bien jurídico tutelado” (pág. 61). Dicha creencia equivocada de que su actuar es lícito puede provenir o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico o del pensamiento también equivocado de que su actuar está amparado por alguna causa que exime su responsabilidad penal.

Se puede definir entonces el error como aquella discrepancia existente entre el conocimiento del sujeto y la realidad. Esta falta de coincidencia se debe a que el sujeto no tiene representación alguna de la realidad (ignorancia) o a que tiene una representación equivocada de la realidad (equivocación).

El error de prohibición se indica como la falta de comprensión de la ilicitud penal del hecho debida a error o ignorancia sobre su prohibición. La antigua diferenciación que se establecía entre ignorancia, como ausencia de conocimiento, y error, como conocimiento distorsionado, no tiene mayor sentido, ya que ambos producen idéntico efecto. Pero sí es importante la distinción entre error inevitable y evitable, porque producen efectos jurídicos distintos.

El fundamento de las consecuencias del error de prohibición consiste en que a una persona no le es exigible actuar conforme a derecho, desde que no sabe o no conoce que está actuando antijurídicamente. El error de prohibición excluye o atenúa la reprochabilidad, debido a que el autor del hecho no tuvo conciencia de la criminalidad de su conducta. Esto implica que el error debe recaer sobre la prohibición de carácter penal, y que el conocimiento de la antijuridicidad extrapenal no excluye el error. Es decir, que si el sujeto tenía conciencia de que su conducta

era contraria a una norma de derecho privado, pero no sabía que estaba desaprobadada por un precepto penal, está en un error de prohibición.



Siguimos a LUZÓN PEÑA (1996), entre otros, en torno a la teoría de los elementos negativos del tipo. Esto es, que el sujeto debe conocer, para poderle imputar dolo, todos los elementos fundadores de la prohibición, tanto los positivos como los negativos (dolo objetivamente malo), porque si el sujeto desconoce la concurrencia en su hecho de alguno de los presupuestos de la prohibición o de la desvaloración de lo que él se representa, ya no es una conducta que esté desvalorada y prohibida por el derecho, actuando sin dolo.

Habrán ocasiones en que el sujeto no tenga clara la situación jurídica, considera probable que su conducta esté permitida, pero también cuenta con la posibilidad de que esté prohibida.

Tanto el error de tipo como el error de prohibición no siempre excluyen completamente la tipicidad o la culpabilidad, ya que el error que se ejecuta al momento de actuar no siempre obedece a circunstancias inevitables, sino que, por el contrario, puede ser evitado por el agente; hechos, que el legislador toma en cuenta para configurar el error vencible e invencible, siendo la segunda hipótesis en la que el actor responderá por delito culposos.

### **3.4 Cultura guatemalteca**

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (1992), define el concepto de cultura como “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial en un época o grupo social”.



El fenómeno del multilingüismo de la población de un Estado nacional o de una región del mundo está unido al fenómeno de la pluriculturalidad. Tal afirmación se basa en que la lengua es el instrumento principal de la construcción, expresión, evolución, intercomunicación y proyección de la cultura.

Otra definición que tiene aún vigencia es la que ha propuesto TAYLO (1871) la cual dice que cultura es “todo el complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, la costumbre y cualquier otra capacidad o hábito adquirido por el hombre en cuanto que es miembro de la sociedad (citado por Chinoy, E. en la Sociedad, Una introducción a la sociología, 1996).

Otro texto que introduce nuevos significados al concepto de cultura en los comienzos del siglo XXI es el contenido en el mensaje del 1 de enero de 2001, en el cual el papa Juan Pablo II invitó a los pueblos del mundo a promover el diálogo entre las culturas por una civilización de amor y paz. Esto significa que las culturas se caracterizan siempre por algunos elementos estables y duraderos y por otros dinámicos y contingente.

De lo anotado anteriormente, la acogida de la propia cultura como elemento configurador de la propia personalidad, especialmente en la primera fase de crecimiento, es un dato de experiencia universal, cuya importancia no se debe subvalorar.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) considera, en un sentido más amplio, que cultura es “el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o grupo social. Ella engloba además de las artes y las

letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.



Actualmente, en Guatemala, conviven y se interrelacionan tres culturas plenamente identificadas, más otras comunidades culturales que se han asentado en el país. Estas son: la ladina de origen hispano-occidental, la maya de origen mesoamericano y la garífuna de origen afrocaribeño, cada una de las culturas mencionadas es el sustento y fundamento de la identidad y autoestima de las comunidades que la conforman y juntas construyen la identidad plural de Guatemala.

¿Detrás del delito hay un conflicto cultural? Este elemento debe cumplir, además, de acuerdo con algunos, es decir, el requisito de la objetividad. Se debe dar correspondencia entre la motivación personal y la expectativa en el «grupo étnico de referencia». En algunos casos se hace, además, mención de la suficiente heterogeneidad entre la cultura del grupo de referencia y la cultura dominante.

Los esfuerzos de algunos autores por crear una categoría única de delito cultural con una consecuencia jurídica única son solo propuestas de *lege ferenda*, dado que es imposible reconstruir del dato positivo una noción común de delito cultural y no parece conveniente que la consecuencia jurídica deba ser única, debiéndose poder distinguir entre casos que no merecen modificar la responsabilidad penal y aquellos en los que sí y, entre estos últimos, entre la exención y la atenuación de la responsabilidad penal.

Así pues, desde un punto de vista del derecho positivo vigente, es el “derecho a la propia cultura” lo que da unidad a la categoría de delitos culturales en sentido

estricto. Todos los delitos culturales en sentido estricto constituyen por definición el ejercicio del derecho a la propia cultura puesto que al cometerlos el autor permanece fiel, de forma consciente o inconsciente, a su propia cultura minoritaria



El derecho a la propia cultura debe entrar en juego con otros derechos y principios constitucionales, por lo que solo en algunos casos será suficiente para exigir una disminución o desaparición de la cantidad de coerción penal o bien una transformación de la misma en su calidad. En concreto, en este trabajo analizaremos la posible interpretación pluralista de sus elementos normativo-culturales y la incidencia y adecuación social como una posible justificación por la vía del ejercicio de un derecho o de la procedimentalización.

No obstante, no todos los delitos culturales -entendidos en sentido amplio- son ejercicio del derecho a la propia cultura o bien, siéndolo, no se les podría asociar legítimamente una atenuación como consecuencia jurídica por dicha razón, como el caso de los homicidios por honor. Es por ello necesario definir los delitos culturales en sentido amplio como conjunto al que pertenecen los delitos culturales en sentido estricto y otros casos.

Podemos decir que un delito cultural es aquel en el que está presente un “conflicto de motivación” a nivel de la psique del sujeto individual. La solución jurídica a estos casos debe encontrarse en aplicación del principio de personalidad de la responsabilidad penal, a nivel de dolo, de culpabilidad y de individualización de la pena.

En concordancia con la Ley del Organismo Judicial de Guatemala en su artículo tres (3) estipula que: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse



ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario”. Sin embargo, dicha normativa no concuerda con la Constitución al no tener presente la diversidad cultural, claro ejemplo de esto, son las comunidades indígenas y su jurisdicción, lo que guarda relación con el punto de vista de Balanguera & Pallares (2011) al establecer, que el autor de un hecho punible no alegraría a su favor el desconocimiento de la norma, vulnera así, el principio de presunción de inocencia.

De lo anterior, en concordancia con la Constitución de la República de Guatemala que reza: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido...” (art. 12).

Es evidente que existen muchos factores que influirían si el juez dictara una sentencia. En tal sentido, podríamos pretender pensar que el juzgador estudiara a fondo y comprobara que el error de tipo podría ser aplicado, si existen factores como: su grado de instrucción, rusticidad, posición social, situación económica y laboral.

Según Flórez (2017) “el conocimiento del derecho en cuanto a las normas jurídicas (...), no están al alcance de toda la sociedad cuando, se tienen los problemas de desigualdad, pobreza, analfabetismo y abandono del Estado” (pág. 26).

El autor citado realiza un estudio sobre la “eficacia de la implementación del error como eximente de responsabilidad en el delito de acceso carnal abusivo” (Flórez, 2017) donde explica sobre la eficacia en la aplicación del error que realiza



el juez sobre las particularidades del actor, tanto culturales, económicas, como de grado de instrucción. Es posible, por ende, que el error específicamente de prohibición, se puede aplicar en un caso de violación a menores de 14 años, sin que ello signifique un mensaje de impunidad.

La lingüística e idioma juegan un papel importante en el desarrollo sociocultural de una sociedad. Su estudio debe ser de trascendencia para la población porque es ahí donde se pone en práctica los roles tanto políticos, sociales como culturales. El idioma es una de los indicadores de la existencia de cualquier comunidad, sin embargo, la posición que ocupan los idiomas de origen maya ha sido subordinada, de mejor jerarquía y considerados como patrimonio cultural.

La Constitución Política de la República de Guatemala no los reconoce como oficiales, regionales o territoriales como lo indica en el artículo ciento cuarenta y tres (143) "Idioma oficial. El idioma oficial de Guatemala es el español, las lenguas vernáculas, forman parte del patrimonio cultural de la nación". No existe mejor manera de expresar los sentimientos, conocimientos, las experiencias y el pensamiento a través de la lengua materna como uno de los vehículos más eficaces del proceso de educulturación, no obstante, en Guatemala, se ha tratado de imponer el idioma español para expresarse en todos los ámbitos comerciales, de justicia, en los servicios de salud, etc., negando el rol cultural de los idiomas mayas, garífuna y xinca a pesar de que históricamente han transmitido de generación en generación la información utilizada por los científicos para la construcción de la historia maya.

Ya lo menciona COJTÍ (2005): "Los idiomas mayas deben contribuir a la configuración de la identidad étnica del ladino y de la identidad cultural de la sociedad guatemalteca" (pág. 83). Además, la educación bilingüe es una alternativa para la población indígena.



Guatemala es un país multiétnico y cada etnia posee un código lingüístico diferente, identidad cultural propia que determinan proceso comunicativos particulares bien definidos por lo que estos deben tomarse en consideración al determinar el conocimiento de la norma jurídica.

### **3.5 Error de prohibición culturalmente condicionado en Guatemala**

Zaffaroni (2011) ha elaborado la categoría dogmática que denomina “error condicionado culturalmente”. La comprensión, en tanto estadio superior al conocimiento, no debe haber sido impedida por razones culturales, dado que, en caso contrario, el reproche penal no podrá realizarse; distingue entre “error por desconocimiento de la prohibición”, del “error de comprensión”. Afirmando que:

“Se produce el error por desconocimiento de la prohibición no solo cuando el autor desconoce la existencia legal de un mandato o prohibición, sino también cuando el autor, conociéndola, no sabe que su conducta colide con la prohibición en razón de un error en la interpretación de la norma, sea porque se la entienda incorrectamente, sea porque crea que la misma no es válida por razones de jerarquía (por ejemplo, porque la crea inconstitucional), por razones de inadecuación al ámbito espacial, o por razones de índole temporal” (pág. 227).

Existe este tipo de error cuando el autor de un hecho antijurídico no tiene conciencia de su antijuridicidad debido a su condicionamiento cultural. Pero no siempre el condicionamiento cultural provocará un error de prohibición, en algunos casos excluirá la tipicidad de la conducta. Por ejemplo, el brujo de una tribu africana que hace ingerir una sustancia abortiva a una mujer embarazada creyéndola idónea únicamente para bajarle la fiebre, actuará con error de tipo que eliminará el dolo y la tipicidad del aborto, y no con error de prohibición.





El error de prohibición culturalmente condicionado, si bien es un error directo de comprensión, puede ser también un error indirecto. Para la formulación del reproche, el derecho penal no exige la efectiva comprensión de la antijuridicidad, sino que basta con su posibilidad. Pero, por comprender no puede entenderse solo conocer, ya que el conocimiento de un suceso de una realidad que no implica necesariamente su comprensión.

Al interpretar a algunos autores como Chomsky (1988), quien defiende que lenguaje y pensamiento son dos funciones mentales independientes se observa que otros opinan que el pensamiento se sustenta en el lenguaje. Aunque a la mayoría de las personas le pueda parecer poco relevante discutir acerca de este asunto para su vida diaria, quizás les podría resultar más interesante saber que la riqueza de la estructura del lenguaje influye en las estructuras y en los procesos mentales, así como en las deducciones lógicas.

Por ende, el conocimiento es un grado anterior a la comprensión, pero esta requiere internalizar, introyectar, que la norma pase a formar parte de nuestro propio estado psicológico. Comprender implica, pues, conocer y también internalizar. En este sentido, se hace evidente que quien realiza una conducta antijurídica frecuentemente no ha comprendido su antijuridicidad. Por ello, el derecho penal no puede exigir una efectiva comprensión de la misma, pues casi nunca se da; lo que el derecho penal requiere, y está dado en la mayoría de los casos, es la posibilidad de comprender la antijuridicidad.

Interpretando a Zaffaroni (1987) la exigibilidad de la comprensión (internalización) de la antijuridicidad depende siempre del grado de esfuerzo que el

sujeto debía realizar para materializar esa internalización o comprensión efectiva. Cuando podía exigírsele jurídicamente esa comprensión, la acción antijurídica es reprochable en la medida de la exigibilidad y del grado de esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar.



Pero si nos encontramos ante un supuesto en que la dificultad para la comprensión está condicionada culturalmente, y en el que el esfuerzo que debe realizar el autor es de una magnitud tal que claramente determina su inexigibilidad jurídica, este será un caso de error de prohibición que excluye la reprochabilidad.

La otra forma que Zaffaroni (2011) individualiza es el error de comprensión indicando que: "El mismo es aquel que abarca el caso en el cual, pese a conocer la norma, al autor no puede exigírsele la comprensión. Está constituido por aquellos casos en los cuales es inexigible al sujeto la introyección o internalización como parte de su equipo valorativo; situaciones estas muy frecuentes cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores distintos y hasta incompatibles con los que el derecho prescribe" (pág. 285).

Para el citado autor no debe recurrirse a las nociones de "inexigibilidad de otra conducta" o de "estado de necesidad", sino que se debe recurrir a la idea de "error condicionado culturalmente". Idea que se presenta cuando el sujeto no puede internalizar la norma por razones culturales, constituyéndose en regla general la cuestión de que no se le puede reprochar la falta de internalización.

En este tipo de casos la imposibilidad de comprender no se relaciona, como en los supuestos de inimputabilidad, con una insuficiencia o alteración psicológica, sino que tiene que ver con la introyección de otra estructura normativa diversa que



su comunidad le exige. El sujeto se enfrenta así a una elección entre dos normas. Por un lado, la norma consuetudinaria que ha internalizado por las vivencias culturales desarrolladas en el seno de su comunidad y que comprende perfectamente.

Por otro lado, la norma positiva del derecho guatemalteco que le ordena, a veces, lo contrario, y que no ha internalizado, no la comprende, ya que contiene un sustrato valorativo que su comunidad no comparte y que le resulta extraño.

Ahora bien, se podría definir esta defensa cultural, según Lyman (1986) como aquel momento cuando “se negará o mitigará la responsabilidad penal donde los actos son cometidos bajo una creencia de buena fe, razonable en su propiedad, basada en la herencia o tradición cultural del actor” (pág. 123).

Manifiestan los propulsores de este planteamiento teórico, que para determinar la relevancia del error hay que considerar la influencia de la cultura en la capacidad de comprensión del sujeto. A pesar de lo anterior, muchos autores han planteado que no se trata de un “error” de prohibición estrictamente en el sentido de la palabra, sino por el contrario, un constructo cultural interiorizado.

Según Castillo González (2001), el planteamiento del profesor argentino se enfoca de la siguiente manera:

Por comprender no puede entenderse solo conocer. El conocimiento es un grado de anterior a la comprensión. Comprender implica, pues, conocer y también internalizar, porque internalización requiere un conocimiento previo. En este sentido de comprender como internalizar, se hace evidente que la



mayoría de los autores de injustos no han comprendido la antijuricidad. De anterior (...) habrá casos en que el agente conoce de la antijuricidad, sin embargo no le sea exigible la internalización de la pauta que conoce (pág. 307).

Entonces, el error culturalmente condicionado da un margen más amplio de acción, ya que para que se dé un conocimiento de la antijuricidad no solo se exige el conocimiento de que la conducta contradice la norma, sino que el sujeto comprenda de la criminalidad del acto.

### **3.6. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Según el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º veintidós (22): Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales ha determinado en los siguientes casos:

- a) Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. 136. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste

su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.



- b) Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Serie C N.º 141138 171.

Los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquellos. La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura.

En consecuencia, conforme a su jurisprudencia constante en materia indígena, mediante la cual ha reconocido que la relación de los indígenas con el territorio es esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material, el Tribunal considera que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...], genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas”, por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación.



### 3.7 Análisis de casos

#### a) Primer caso

|                                      |   |
|--------------------------------------|---|
| Número de expediente                 | 4012-2012   |
| Sentencia de donde emana             | Corte de Constitucionalidad, en calidad de tribunal extraordinario de amparo  |
| Fecha                                | 29 de mayo de 2013  |
| Delito                               | Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivas   |
| Resolución del tribunal sentenciador | <p>El tribunal sentenciante absolvió con base en la supuesta ignorancia sobre la prohibición por parte del sindicato. Obvió el hecho de que en nuestra legislación no se regula el error de prohibición, y que en aquellas legislaciones que sí contempla, se aplica a casos excepcionales, distinguiendo si se trata de un error ubicado en el nivel de la culpabilidad o en el de la antijuricidad y, además, la importante distinción entre el error vencible y el error invencible. El sentenciante no realiza ningún análisis doctrinario y de manera simple decide que, por ser el sindicato residente de una aldea de Amatitlán, no estaba en condiciones de conocer el contenido de la norma prohibitiva.</p> |



|                               |  |
|-------------------------------|--|
| <p>Conclusión de la Corte</p> | <p>Al analizar las constancias procesales y los alegatos de las partes, esta Corte concluye que no existen los agravios aducidos por el postulante, pues la autoridad objetada acertadamente al resolver el recurso de casación lo declaró improcedente, pues expresó de forma clara y precisa los motivos de hecho y de derecho por los que a su juicio, no era viable la acción recursiva presentada por el postulante, ya que no existió error de prohibición alegado por el postulante, estableciendo que se respetaron las reglas procedimentales y sustanciales del proceso penal, en las que la ignorancia no es motivo de inculpabilidad, principalmente cuando la norma que regula la materia no es de reciente incorporación a nuestra legislación, y su contenido, así como la norma prohibitiva, se presumen conocidos. En consecuencia de lo anterior, se establece que no existe agravio y que el criterio lógico jurídico de la autoridad impugnada no puede ser revisado por esta vía constitucional, el hecho de que lo resuelto no sea favorable a los intereses del postulante, no significa que exista violación a un principio o derecho constitucional</p> |
|-------------------------------|--|



alguno, ya que la autoridad cuestionada actuó de conformidad con las facultades que la ley rectora del acto reclamado le confiere, y fue acordada en el ejercicio de la exclusiva potestad de juzgar conferida a jueces y magistrados por el artículo 203 constitucional, declarando improcedente el recurso de casación, razón por la cual el amparo solicitado es notoriamente improcedente y así debe declararse al emitir el pronunciamiento legal correspondiente.

Por lo anterior, se concluye que el proceder de la autoridad impugnada en la emisión del acto reclamado no configura violación a derecho constitucional alguno, razón por la cual, el amparo solicitado es notoriamente improcedente y así debe declararse al emitirse el pronunciamiento legal correspondiente, sin condenar en costas procesales al postulante por no haber sujeto legitimado para su cobro, ni imponer multa al abogado patrocinante, por ser integrante del Instituto de la Defensa Pública Penal.





Creemos que el problema central está en determinar si con el conocimiento por parte del sujeto de los presupuestos de la prohibición se produce o no un efecto que al hombre medio ideal le haría saber que la conducta está prohibida.

Parece que este efecto llamado se producirá con mayor facilidad en unos ámbitos que en otros del derecho penal, siguiendo el pensamiento de Díaz y García Conlledo (2008) parece exagerado en relación con algunos ejemplos, la idea de que en los ámbitos del dolo se exija el conocimiento de la antijuridicidad. Precisamente, estos sectores se incorporan al derecho penal después de una concienciación social previa (medios de comunicación, iniciativas ciudadanas, trabajo de organizaciones), provienen las conductas de una intervención extrapenal previa, esto se trata de conductas que en muchas ocasiones ya constituían ilícitos previos.

Además, en muchos de estos ámbitos, hay profesionales del derecho, auténticos expertos en las materias con labores de asesoramiento, todo ello hace posible que la generalidad reconozca como desvalorada y prohibida una conducta a partir del conocimiento de la concurrencia de los elementos típicos. Puede haber casos, incluso dentro del derecho penal más tradicional, en los que el conocimiento de la concurrencia de los elementos típicos no implique para la generalidad el conocimiento de la prohibición.

Se entiende que la situación puede deberse a dos razones: o la conducta descrita por el tipo no contiene la antijuridicidad material suficiente, o bien el legislador no ha acertado a describirla correctamente. En el primer caso lo que habría de promoverse es la despenalización de la conducta y en el segundo caso o también la reformulación del tipo o tratar de solucionarlo mediante la interpretación cuando sea posible.



Para Roxin (1997) “en sentido jurídico un error de prohibición no solo es invencible cuando la formación de dudas era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el derecho que se manifiesta en su error no precisa sanción, a pesar de que tuviera dudas sobre la antijuridicidad del hecho” (pág. 865).

Por ende, en el caso citado con anterioridad se pudo llegar a otra conclusión al momento analizar la vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición ya que se pondrá de manifiesto la mayor extensión que se produjo el error invencible, generándose en la práctica un claro acercamiento a la teoría del dolo en cuanto a resultados. Ello, sin abandonar la idea de que el conocimiento de la antijuridicidad se mantiene en la culpabilidad, lo que dogmáticamente parece más correcto y además más acorde con la regulación positiva.

**b) Segundo caso**

|                             |   |
|-----------------------------|---|
| Número de expediente        | 2635-2018   |
| Sentencia de donde emana    | Corte de Constitucionalidad, en calidad de tribunal extraordinario de amparo  |
| Fecha                       | 03/10/2018  |
| Delito                      | Tenencia ilegal de municiones para armas de fuego   |
| Resolución del sentenciador | El Tribunal Undécimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala dictó sentencia condenatoria contra Luis Ángel Padilla |



|                        |   |
|------------------------|---|
|                        | de León por el delito de tenencia ilegal de municiones, imponiéndole la pena de cinco años de prisión incommutables.  |
| Conclusión de la Corte | Esta Corte determina que en el asunto sometido a conocimiento de la justicia constitucional, la autoridad reprochada ajustó su actuar a las disposiciones normativas aplicables al caso concreto, en tanto que le fue denunciada la indebida aplicación del artículo 50 del Código Penal con relación con el artículo 114 de la Ley de Armas y Municiones, advirtiendo que la Sala de la Corte de Apelaciones incurrió en error jurídico al otorgar al ahora postulante el beneficio de conmuta de la pena privativa de libertad, no obstante había sido condenado por un delito que taxativamente tiene prohibición legal para la aplicación del referido beneficio, por lo que la autoridad objetada, en su labor de velar por la correcta aplicación de las normas y para mantener una uniforme interpretación de la ley sustantiva, concluyó, luego de realizar una integración de los preceptos aplicables, que el recurso de casación era procedente, emitiendo para el efecto las consideraciones de hecho y de derecho por las que decidió casar la |



|  |  |
|--|--|
|  | <p>sentencia recurrida y declarar la inconvertibilidad de la pena impuesta. Cabe agregar que la limitación expresa de la ley en cuanto al otorgamiento de conmuta de pena por el delito imputado, no limita al amparista para que, durante la ejecución de la sanción impuesta, pueda optar a otros beneficios penitenciarios, en tanto concurren los presupuestos legales exigibles del caso.</p> |
|--|--|

Un sector doctrinal afirma que el contenido del conocimiento debe identificarse con el conocimiento de la prohibición penal porque solo entonces habrá conocido plenamente el significado antijurídico del mismo. Desde una perspectiva motivacional no está igualmente motivado un sujeto que conoce la prohibición penal que aquel que solo conoce la prohibición general.

En el presente caso la Corte emitió razonamientos que resultan contrarios a las disposiciones legales que prohíben la interpretación extensiva en tanto no se garantice la libertad, lo que a nuestro juicio resulta contrario a los principios generales del derecho y a la equidad.

En el citado caso, la Sala de Apelaciones indicó que no violentó la prohibición de otorgar el beneficio de conmuta, agregando que la Sala realizó una interpretación extensiva y favorable realizando un análisis y resolución dentro del marco de la ley, dicho argumento es improsperable, pues con base en lo ya considerado, la Cámara denotó una errónea interpretación de la ley, pues por disposición de una ley



especial, se ha regulado su prohibición en el presente caso tal y como fue antes analizado, por lo que el argumento refutado no tiene sustento legal.

En la práctica, suelen ser más habituales los casos en los que un sujeto amplía los casos de prohibición penal que los que los reduce. En todo caso, si el sujeto conoce la prohibición general, entiendo que ello ya supondrá un motivo para informarse, por lo que si no lo hace podremos como mucho estar ante un error de prohibición vencible.

De acuerdo con lo que propone Bacigalupo (1987), “tener la posibilidad de conocer la punibilidad es tener la posibilidad de conocer que el hecho es punible, pero no significa que se requiera también el conocimiento de la gravedad de la amenaza, de allí que el error sobre la cuantía de la pena no sea relevante” (pág. 270).

Por ende, al confrontarse dos normas jurídicas podemos decir que habrá error de prohibición invencible cuando la normativa es confusa o poco clara o cuando desde instancias fiables se le da una información equivocada al ciudadano que pregunta. También será invencible aquel error en los que el sujeto recibe informaciones contradictorias desde instancias del mismo rango, puesto que se trataría de un supuesto de duda irresoluble causada por una situación no imputable al sujeto. No podemos exigir más al sujeto que se informa exhaustivamente y descubre que hay informaciones contradictorias, que al sujeto menos exhaustivo que solo consulta a un experto.

Una interpretación así, más la atenuación obligatoria en caso de error vencible permite una aplicación amplia del error de prohibición y a modo de ver soluciones satisfactorias en el denominado ámbito del derecho penal accesorio.



**c) Tercer caso**

|                             |  |
|-----------------------------|--|
| Número de expediente        | 2554-2015  |
| Sentencia de donde emana    | Corte de Constitucionalidad, en calidad de tribunal extraordinario de amparo   |
| Fecha                       | 12/10/2015   |
| Delito                      | Portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivas  |
| Resolución del sentenciador | El Juez Unipersonal del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, absolvió de todo cargo a Melvin Alexander Ventura González en el proceso seguido en su contra por el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas;   |
| Conclusion de la Corte      | <p>...En efecto, estimó que, conforme a los hechos acreditados en el debate, no era posible encuadrar la conducta del sindicado en el delito imputado por el Ministerio Público, al considerar mediante la interpretación analógica en beneficio del reo, que este había actuado por error, bajo la creencia de que lo hacía en legítimo ejercicio de un derecho; criterio de carácter jurídico que no evidencia la existencia de un agravio de trascendencia constitucional que amerite el otorgamiento del amparo.</p> <p>Así las cosas, debe señalarse que el acto reclamado se encuentra</p> |



|  |   |
|--|---|
|  | <p>debidamente motivado al haberse emitido conforme a los parámetros constitucional y legalmente exigidos para su validez. En ese sentido, es evidente que la autoridad cuestionada analizó el asunto sometido a su conocimiento con el rigor jurídico propio del recurso extraordinario de casación conforme el submotivo de procedencia instado y de acuerdo con los límites que establece la ley, por lo que se advierte del análisis de los agravios denunciados, que la pretensión de la institución postulante es utilizar el amparo como instancia de revisión de lo decidido por la jurisdicción ordinaria.</p> |
|--|---|

En el presente caso, cabe analizar que con la consolidación de los Estados democráticos de derecho parecía ser poco conciliable este adagio con el principio de culpabilidad, inspirador del derecho penal y garantizado constitucionalmente.

De igual manera, no resulta sencillo compatibilizar el principio de igualdad con el de *ignorantia iuris nocet*, que igualaba en el tratamiento jurídico a aquella persona que conscientemente se decidía en contra del derecho y aquella otra que en este caso resolvió conforme a las constancias procesales, en el que se cree que al resolver el caso la cámara penal, basándose en fundamentos erróneos, concluyó en 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.



A raíz de esto excluye de responsabilidad penal al sindicado con base en apreciaciones subjetivas, al asumir que el presunto error de prohibición fue invencible, cuando ha quedado acreditado que el procesado incurrió en la conducta delictiva sin que exista la causa de inculpabilidad que por analogía se aplicó según el amparista.

Recordemos que los sistemas jurídicos como el alemán, italiano y español, que al igual que el guatemalteco pertenecen a la familia de tradición romana-germánica, históricamente han reconocido, primero a través de su jurisprudencia sustentada por las corrientes teóricas modernas, la relevancia jurídico penal del error de prohibición en la exclusión de la culpabilidad, así como su compatibilidad con los principios que inspiran la construcción de sus Estados de derecho, para luego reconocerlo expresamente mediante su legislación penal. Lo anterior fue consecuencia necesaria para romper con el paradigma que mantenían dichos sistemas jurídicos con relación a la máxima romana *ignorantia iuris nocet* (la ignorancia de la ley perjudica).

Igualmente, no resultaba sencillo compatibilizar el principio de igualdad con el *ignorantia iuris nocet*, que igualaba en el tratamiento jurídico a aquella persona que conscientemente se decidía en contra del derecho y aquella otra que no conocía la antijuridicidad de su conducta (Montiel Fernández, Juan Pablo. Tesis doctoral: Fundamento y límites de la analogía In Bonam Partem en el Derecho Penal. Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. España. 2008. pp. 258 y 259).

El Código Penal guatemalteco reconoce como efecto exculpante solo el error que recae sobre la creencia de que existe la causa de justificación de legítima defensa. Por lo tanto, debe integrarse el derecho penal para dar solución al caso objeto de análisis, debido a la laguna axiológica que existe en cuanto al tema de error de prohibición indirecto.



Al aplicar la norma extrapenal contenida en el artículo tres de la Ley del Organismo Judicial, para integrar el derecho, se acudiría a la máxima de que la ignorancia de la ley perjudica, de tal manera que el error sobre el carácter antijurídico del hecho sería tomado como intrascendente para la culpabilidad. Lo anterior resulta cuestionable por la consecuencia que trae esta integración, al ser evidente la vulneración que produciría al principio de culpabilidad e igualdad, como fue mencionado anteriormente.

En este caso, la Cámara Penal, 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, que 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. Ello es así, 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 3.º del Código Penal) a otro caso no regulado, ya que 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.

Por lo tanto, la consecuencia jurídica de integración del derecho a través de la interpretación analógica *legis in bonam partem*, conlleva a considerar como excluyente de responsabilidad el error del procesado de creer que la conducta de portar un arma de fuego se estaba realizando en el legítimo ejercicio de los derechos que este adquirió por su calidad de agente de seguridad privada.



**d) Cuarto caso**



|                             |  |
|-----------------------------|--|
| Número de expediente        | 4625-2018  |
| Sentencia de donde emana    | Corte de Constitucionalidad, en calidad de tribunal extraordinario de amparo   |
| Fecha                       | 21 de agosto de 2019   |
| Delito                      | Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas   |
| Resolución del sentenciador | <p>El Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Sololá emitió fallo condenatorio contra Salvador Tziná Sojuel por el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas.</p> <p>La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal declaró procedente parcialmente el recurso de casación que, por motivo de forma, interpuso Salvador Tziná Sojuel contra el fallo que no acogió la apelación especial que promovió, dentro del proceso penal que se sigue en su contra por el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas. Señala como agravante que la autoridad reprochada, al declarar improcedente el recurso de casación que instó, no fundamentó su decisión de conformidad con lo que regula el artículo 11 Bis del Código Procesal</p> |



|                        |   |
|------------------------|---|
|                        | <p>Penal, puesto que se limitó a tomar los argumentos de la Sala, sin realizar un análisis propio en donde explicara los motivos de hecho y de derecho en que basó su decisión.</p> <p>En relación con el motivo de fondo argumentó inobservancia y errónea aplicación del artículo 25 numeral 3) del Código Penal, puesto que al sindicato se le indujo a cometer una acción que no puede ser considerada como delictiva, puesto que, en el presente caso existe un error de prohibición indirecto, en vista de que el procesado adquirió el arma de fuego por medio de una venta que le efectuó un abogado a través de un documento privado, el cual lo indujo a error al no haber faccionado el instrumento legal correspondiente, sin el cual no le extenderían la licencia de portación de la referida arma.</p> |
| Conclusion de la Corte | Del análisis de las constancias procesales, los alegatos de las partes y según lo antes transcrito, se advierte que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal –autoridad reprochada–, al emitir el acto reclamado, llevó a cabo el estudio correspondiente sobre el fallo de apelación especial, en concordancia con el caso de procedencia invocado en  |



casación por el procesado, a efecto de determinar si concurría el vicio formal denunciado y, realizado el análisis correspondiente, concluyó en su existencia, y con la debida motivación, determinó que en relación al argumento del citado submotivo de forma, en cuanto a la falta de aplicación del artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, se refirió a que la Sala jurisdiccional no dio respuesta a los tres aspectos señalados por el apelante en el motivo de forma instado, puesto que no razonó ni hizo referencia alguna en cuanto a el tiempo, lugar y modo del supuesto error de prohibición alegado, el bien jurídico tutelado que vulneró el acusado con su actuar, ni si existieron las contradicciones cual manifestó, puesto que únicamente realizó un argumento general en el cual indicó que el fallo de la Sala se encontraba debidamente fundamentado; de ahí que no le permitió conocer al acusado las razones claras y precisas por las que no se acogió su recurso. El acto reclamado se encuentra debidamente motivado, al exponer de forma clara y precisa las razones de hecho y de derecho que sustentan la decisión asumida, sin que



sea dable que por medio del amparo se revise el criterio lógico y valorativo del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en casos, como el que ahora se analiza, en el cual su proceder es acorde a los parámetros constitucional y legalmente exigidos para la validez de sus decisiones. Por las razones expuestas, se concluye que la autoridad denunciada, al emitir el acto reclamado, actuó en el ejercicio de las facultades que le otorgan los artículos 203 constitucional y 442 del Código Procesal Penal, sin vulnerar derecho constitucional alguno, por lo que el amparo solicitado deberá denegarse por ser notoriamente improcedente, sin condenar en costas al postulante, ni imponer multa al abogado patrocinante, por imperativo legal.

En el caso anterior surge el cuestionamiento en cuanto a determinar ¿cuál era el bien jurídico tutelado que puso en peligro el acusado? Ello, en razón del momento de la comisión del delito, se analiza que no amenazaba a nadie ni cometía delito alguno contra otras personas, puesto que él portaba el arma bajo la creencia de que por haberla adquirido de un abogado y haber efectuado un documento privado a través del cual se le entregaron los documentos de tenencia del arma, eran suficientes para portarla, tal como se ve en la apreciación de la prueba.

El propio criterio del sentenciador es contradictorio en cuanto a la manera y objeto de la obtención del arma de fuego, la cual al no ser vendida mediante un documento legal demostraba que el acusado fue engañado y, por lo tanto, no había dolo en portarla sin licencia.



En relación con el motivo de fondo en el que se argumentó inobservancia y errónea aplicación del artículo veinticinco (25) numeral tercero (3) del Código Penal, puesto que al sindicado se le indujo a cometer una acción que no puede ser considerada como delictiva, puesto que, en el presente caso existe un error de prohibición indirecto. Esto en vista de que el procesado adquirió el arma de fuego por medio de una venta que le efectuó un abogado a través de un documento privado, el cual lo indujo a error.

Aunado a lo anterior, desde el punto de vista doctrinario, como lo hemos visto, se afirma que el contenido del conocimiento debe identificarse con el discernimiento de la prohibición penal porque solo entonces habrá conocido el significado antijurídico del mismo. Desde una perspectiva motivacional no está igualmente motivado un sujeto que conoce la prohibición penal que aquel que solo conoce la prohibición general.

En todo caso, si el sujeto conoce la prohibición general, entiéndase que ello ya supondrá un motivo para informarse, por lo que si no lo hace podremos como muchos estar ante un error de prohibición indirecto, como se argumentó. Ahora bien, sí se considera que la motivación es diferente según se trate de normas penales o de otro tipo de normas y ello, en la medida en que afecta a la culpabilidad del sujeto deberá tenerse en cuenta.

Pero también entiéndase que, en la medida en que el sujeto conoce la prohibición, su motivación por las normas no desaparece del todo. Por ello, se trae a interpretación la propuesta de LUZÓN PEÑA con la matización de DÍAZ Y



GARCÍA CONLLEDO, en el sentido de que debe tenerse en cuenta esa menor culpabilidad cuando la hubiera, pero a través de una atenuante analógica al error de prohibición incluso muy cualificada, ya que en el error de prohibición indirecto de manera abstracta el agente conoce lo prohibido, pero se cree no obstante autorizado por una causa de justificación que en realidad no concurre a actuar como lo hace.

**e) Quinto caso**

|                             |  |
|-----------------------------|--|
| Número de expediente        | 1226-2019  |
| Sentencia de donde emana    | Corte de Constitucionalidad  |
| Fecha                       | 12/12/2019   |
| Delito                      | Delito de portación ileal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas  |
| Resolución del sentenciador | Falta de mérito: del que conoció la Sala Mixta de la Corte de Apelaciones del departamento de Chiquimula – autoridad objetada– que, en auto de 31 de agosto de 2017 –acto reclamado–, declaró con lugar el medio de impugnación interpuesto y, como consecuencia, revocó lo resuelto, ordenando ligar a proceso al amparista por el citado delito.                                 |
| Conclusion de la Corte      | ... Asimismo, dicha Corte internacional sostuvo criterio similar en la sentencia del 24 de junio de 2005, emitida en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador, en la cual refirió: “125. (...) la Corte observa que el señor Acosta Calderón, como detenido extranjero, no fue notificado de su derecho de comunicarse con un funcionario consular de su país con el fin de procurar la |



|  |   |
|--|---|
|  | <p>asistencia reconocida en el artículo 36, 1, b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.</p> <p>El extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado...”. Aunado a lo anterior, el referido tribunal regional de derechos humanos, en opinión consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, consideró que la observancia de los derechos que reconoce el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no se encuentra subordinada a las protestas del Estado que envía, señalando que la identificación del imputado, requisito indispensable para la individualización penal, es un deber que recae en el Estado que lo tiene bajo su custodia, pues ello le permitirá cumplir con sus obligaciones y observar puntualmente sus derechos –del procesado–, incluso en los casos en que el extremo de ser extranjero sea difícil de establecer.</p> <p>De esa cuenta, el Estado debe hacer saber al detenido los derechos que tiene en caso de ser extranjero, del mismo modo en que</p> |
|--|---|





se le informa sobre los otros derechos reconocidos, concluyendo que, en virtud de que el derecho a la información es un componente del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el detenido extranjero debe tener la oportunidad de valerse de este derecho en su defensa, siendo que la inobservancia u obstrucción de dicho derecho conllevaría vulneración de las garantías judiciales. [Consideraciones similares sostuvo este Tribunal en la sentencia dictada el 24 de mayo de 2016, dentro del expediente 5866-2015]. Acotado lo anterior, esta Corte estima pertinente que la autoridad cuestionada, en cumplimiento de su deber de efectuar control de convencionalidad *ex officio*, función que compete, entre otras, a las autoridades judiciales, verifique la observancia de lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en cuanto al cumplimiento de la comunicación al sindicato extranjero de los derechos que le asisten, entre ellos, el derecho a la información sobre la asistencia consular.

Con fundamento en lo considerado, se concluye que la autoridad cuestionada, al emitir el acto reclamado, infringió los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva que le asisten al postulante, así como el principio jurídico de debido



|  |   |
|--|---|
|  | <p>proceso, por lo que procedente resulta acoger el recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia del Tribunal de Amparo de primer grado y otorgar la protección constitucional a efecto de que la autoridad cuestionada dicte nueva resolución debidamente fundamentada y acorde al procedimiento respectivo, conforme lo aquí considerado, sin condenarla en costas por estimarse buena fe en las actuaciones judiciales....</p> |
|--|---|

Derivado análisis del caso anterior se cita a Stratenwerth, (2005): "Aun cuando el autor, por su constitución psíquica, disponga de la capacidad de comprender lo ilícito del hecho, la falta de comprensión puede ser consecuencia de otras razones que pueden estar tanto en su biografía (como el hecho de provenir de un país extraño con otro orden constituido) cuanto en circunstancias externas (como una falsa información sobre el derecho). Por lo tanto, no es posible un reproche de culpabilidad referido a quien, en el momento del hecho, no supo ni pudo saber que su conducta contradecía normas jurídicas" (págs. 177 y 178).

Cuando hay dolo se conocen todos los presupuestos de la prohibición y por tanto "el hombre medio ideal" desde el punto de vista del derecho, debería reconocer también la desvaloración y la prohibición jurídica. Esto no es siempre así. A veces, por circunstancias personales del sujeto, este no llega a conocer la prohibición (error de prohibición) A veces también este desconocimiento de la prohibición proviene de la propia regulación (nefasta o compleja en algunos ámbitos).



Habrán ocasiones en que el sujeto no tenga clara la situación jurídica, pero considera probable que su conducta esté permitida, pero también cuenta con la posibilidad de que esté prohibida. Es lo que denominamos conciencia eventual de la antijuridicidad. Entonces, se afirma que para excluir el error no basta con un conocimiento cierto y seguro, sino que basta con que el sujeto considere altamente probable el carácter prohibido de la conducta. Ante la duda de abstención: se equipara el conocimiento seguro al conocimiento eventual (de forma paralela al dolo directo dolo eventual) y se rechaza la posibilidad de cualquier error de prohibición.

Pero la sola existencia de la ley previa no justifica la pena si el sujeto no pudo, inevitablemente, conocerla y comprender la criminalidad de su conducta. De esta manera, puede llegarse a sostener que el principio de culpabilidad y la admisibilidad del error de prohibición puedan tener rango constitucional y, por lo tanto, no pueden ser desconocidos por ninguna ley penal.

#### f) Sexto caso

|                             |  |
|-----------------------------|--|
| Número de expediente        | 1870-2018  |
| Sentencia de donde emana    | Corte Suprema de Justicia  |
| Fecha                       | 02/08/2019   |
| Delito                      | Violación con circunstancias especiales de agravación  |
| Resolución del sentenciador | El Juez Unipersonal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de J., el 9 de enero de 2018, encontró al acusado autor responsable del delito de VIOLACIÓN CON CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE AGRAVACIÓN, tipificado en los artículos <u>173</u> y <u>195</u> <u>Quinquies</u> del <u>Código</u> |



|                               |   |
|-------------------------------|---|
|                               | <p>Penal; y no del delito de agresión sexual con agravación de la pena que le imputó el Ministerio Público; cometido contra de la libertad e indemnidad sexual de la menor de edad (...); por el cual le impuso la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, aumentada en tres cuartas partes por circunstancias especiales de agravación, haciendo un total de quince años con nueve meses de prisión inconvertibles.</p>   |
| <p>Conclusión de la Corte</p> | <p>En ese sentido, el argumento central de la apelación especial fue que el procesado no sabía la edad de la agraviada, ignoraba que ella fuera menor de catorce años; por lo que el recurrente dedujo que el error fue haber confirmado la sentencia subida en grado; y además, al no haberse acreditado violencia en el hecho debió habersele absuelto del delito por el cual fue condenado, y ordenar su inmediata libertad, por lo que pretende que case el recurso de casación, se modifique la sentencia de segundo grado, se le absuelva y se ordene lo que en derecho corresponde...</p> <p>La Cámara Penal establece que con su fallo, la Sala de Apelaciones no incurrió en el agravio que reclama ahora el recurrente, en un error de tipo; ya que el conocer o desconocer la edad de la víctima, no representa algún elemento del tipo penal de violación, toda vez que de manera expresa determina que "Siempre se</p> |



comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad”, incluso, respecto al argumento del casacionista que “al no haberse acreditado violencia en el hecho debió habersele absuelto”, sin embargo, se establece que la norma básica establece textualmente: “Siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, (...) aun cuando no medie violencia física o psicológica (...)”, en ese sentido, se concluye que en el presente caso, no procede acceder a lo pretendido por el casacionista, toda vez que se estableció tanto por el *Ad quem* como por esta Cámara, que los hechos cometidos por el procesado se subsumen en los supuestos de hechos del delito de violación, y por la edad cronológica de once años, con la que contaba la víctima en el momento de los hechos, es aplicable de pleno derecho las “Circunstancias especiales de agravación”, con lo cual se desvirtúa el agravio reclamado de que la Sala de Apelaciones incurrió en error de tipo o error de prohibición, en ese sentido, la S. de Apelaciones recurrida no incurrió en la comisión del error señalado, ya que tal como lo reguló el legislador, el tipo penal por el que se le condenó al procesado contempla la comisión del hecho de violación siempre cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de



|  |   |
|--|---|
|  | <p>edad, incluso, aunque no se ejerza violencia física o psicológica, para el cual contempla una sanción consistente en prisión de ocho a doce años, la cual al momento de imponerla se obliga al juzgador aplicar las circunstancias especiales de agravación, como mecanismos efectivos y apropiados para proteger a la niñez contra toda forma de abuso, físico, sexual, emocional y descuido o trato negligente, con los cuales el Estado de Guatemala debe cumplir como parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el cual no cabe la discrecionalidad del juzgador de aplicar o no el mismo, además que ya se encuentra expresamente regulado en la ley sustantiva penal, constituyendo de esa manera la sanción aplicable para dicho delito, lo cual sucede en el caso concreto.</p> |
|--|---|

Se puede reconocer también como terminología asentada la del error de tipo y error de prohibición que viene a sustituir a la antigua de error de hecho y error de derecho, precisamente, porque con esta no se acababa de aclarar bien alguna cuestión tal como por ejemplo el hecho de que algunos errores sobre elementos normativos provenían del desconocimiento del derecho y, sin embargo, podrían calificarse como error de tipo. Por otro lado, algunos errores sobre presupuestos objetivos de una causas de justificación, a pesar de ser errores fácticos, se consideraban error de prohibición.



Un correcto entendimiento de la norma del deber ser no es otra cosa que el correcto entendimiento del tipo penal, dado que este es la formulación negativa del contenido de la norma. Por consiguiente, el conocimiento del tipo penal es el conocimiento del sentido de la norma y un error sobre el tipo penal es un error sobre el mandato o prohibición contenido en la norma. Conforme a nuestro derecho penal, el objeto de conocimiento de lo injusto sigue siendo la norma del deber ser, pero a ella se llega solamente a través del tipo penal que castiga la conducta.

El conocimiento de lo injusto debe abarcar el específico contenido injusto de la clase de delito (de tipo penal) de que se trate, pues si no referimos el conocimiento de lo injusto a un tipo penal o clase de tipos penales caeríamos en la infame regla del *versari in re illicita* y se haría responder al autor también por la violación de normas que no conocía al momento de los hechos.

La acción es antijurídica en sentido material cuando viola o pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma correspondiente. Puesto que el derecho penal tiene como función proteger bienes jurídicos y la lesión del bien jurídico tiene que estar referida a un correspondiente tipo penal. El conocimiento de lo injusto supone que, en el momento del hecho, en la mente del autor exista la representación de lesionar un bien jurídico concreto que está protegido por un tipo penal.

Del anterior caso es consecuencia de que la culpabilidad es siempre culpabilidad por el hecho del autor. Esto es lo que se denomina referencia de la conciencia de lo injusto al tipo penal. Puesto que la conciencia de lo injusto debe ser referida a un bien jurídico, que se encarna en un tipo penal, puede existir, solamente con relación a uno o algunos de los delitos en concurso, si el agente comete varios delitos en concurso material o en concurso ideal.



Es necesario recordar que hay una diferencia radical entre la prueba del dolo de tipo y la prueba del conocimiento de lo injusto. En el dolo de tipo, la carga de la prueba corresponde al acusador, sea que se considere que hubo intención, dolo directo, o dolo eventual, pues sería inadmisibles una sentencia condenatoria con dolo de tipo potencial.

En caso de que el acusador no pueda establecer el dolo de tipo, vale respecto a la existencia del dolo el principio *in dubio pro reo*. En el caso del conocimiento de lo injusto, el acusado debe aportar hechos o circunstancias que demuestren la ausencia de un conocimiento actual o potencial de lo injusto, y en el caso de que lo alegue, la existencia de un error inevitable de prohibición. Dado que el lugar del conocimiento de lo injusto no está en el dolo, sino en la culpabilidad, y esta es un juicio de reproche, el conocimiento de la antijuridicidad la determina el juez mediante una valoración.

El agente no está obligado, naturalmente, a aportar hechos o circunstancias que hagan creíble sus alegaciones sobre error de prohibición, pero este es el presupuesto necesario para discutir el tema. El acusado no tiene exactamente una carga de la prueba respecto a la prueba de ausencia de conocimiento de lo injusto en el momento del hecho, pero sí tiene la obligación de plantear y sustantivar su pretensión.

**g) Séptimo caso**

|                          |                           |
|--------------------------|---------------------------|
| Número de Expediente     | 1379-2012                 |
| Sentencia de donde emana | Corte Suprema de Justicia |
| Fecha                    | 01/08/2012                |





|                             |  |
|-----------------------------|--|
| Delito                      | Caza sin licencia otorgada por la autoridad correspondiente y portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas   |
| Resolución del sentenciador | <p>La Jueza Unipersonal del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Escuintla, el 17 de agosto de 2011, condenó al procesado en el grado de autor por el delito de caza sin licencia otorgada por la autoridad correspondiente, en grado de tentativa, imponiéndole la pena de tres años de prisión inconvertibles y lo absolvió del delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas.</p> <p>La juzgadora absolvió al procesado ya que no se acreditó cuál de las armas era la que llevaba, porque todos los testigos reconocieron las escopetas, pero ninguno indica cuál de ellas llevaba el acusado; además, argumentó que no se recibió prueba científica que fehacientemente acreditara que las escopetas constituyen armas de fuego y que se encuentran en capacidad de disparar, y en todo caso, que las mismas puedan modificarse, de manera que puedan funcionar como arma de fuego.</p> |
| Conclusión de la Corte      | En el derecho romano se estableció el principio “ignorantia el error iuris non excusat” ya que las leyes se enseñaban a todos, de ahí que se parte de la premisa que las leyes se conocían por todos los   |



ciudadanos. En el ordenamiento jurídico guatemalteco, también se adopta dicho principio y se recoge en el artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial. Por esta razón, no es posible alegar desconocimiento de la ley, para excluir la culpabilidad y evitar responsabilidades.

En el presente caso, el recurrente alega que al no haber sido individualizada el arma que portaba, no debió de habersele condenado a una pena tan grave (10 años de prisión) por el delito de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas. No obstante, en aras de la justicia se resuelve de oficio, sobre una cuestión diferente, que ubica el tema de litigio en si incurrió o no en error de hecho al momento de acompañar al dueño de las armas a la práctica de cacería.

El error de tipo es aquel que recae sobre las circunstancias que dan contenido a la figura o tipo delictivo, es decir, sobre circunstancias de hecho, lo que determinaría, ausencia de tipo.

La Cámara Penal observa que existió un error que impidió comprender la criminalidad del acto, al incoado, por lo que este excluye su culpabilidad en el caso objeto de estudio. Según **Mir Puig**: "Si el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando



|  |  |
|--|--|
|  | <p>suponga el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto (página 253).</p> <p>Ello es la esencia del error de prohibición, en este caso el cazador porta una escopeta que goza de licencia a nombre del propietario que lo acompaña, el elemento determinante es que el propietario contaba con la licencia de portación de arma de fuego, por lo mismo, es explicable que incurriera en error de que no realizaba el supuesto de hecho del artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones, por cuanto se consideraba amparado por esa licencia y además porque el propietario de la escopeta iba con él...</p> |
|--|--|

Al análisis del caso anterior si las cuestiones del conocimiento de lo injusto, de la existencia de un error y de su carácter evitable o inevitable, si son alegadas y planteadas, obligan al Tribunal a resolver sobre ellas, pues afectan la culpabilidad y la pena aplicable, que son cuestiones que el tribunal debe resolver conforme a derecho. Lo anterior, porque la cuestión de si el acusado actuó o no con conocimiento de lo injusto, o si él realizó el hecho en estado de error de prohibición, son parte de los hechos internos a que debe referirse el tribunal, sobre todo cuando el acusado pretende haber actuado en error de prohibición.

Sin embargo, y dado que el error invencible de prohibición excluye la culpabilidad, que esta es un presupuesto para la imposición de la pena y que el error vencible de prohibición podría implicar una disminución de la pena, es obligación del Tribunal hacer referencia a la ausencia de conocimiento actual de lo injusto, en



el caso de que descubra que esta falta, aun cuando no la haya alegado el acusado. Si el Tribunal omite la referencia a la ausencia de conocimiento de lo injusto o al error de prohibición, alegada por la parte o descubierta por él, la sentencia es nula por falta de fundamentación.

De acuerdo con este criterio y al análisis del caso anterior, quien no se motivó conforme a derecho al realizar su acción, no tuvo conocimiento actual de lo injusto, y debería tener un menor grado de culpabilidad que quien realizó el hecho con conocimiento actual de lo injusto.

El contenido que debe otorgarse al conocimiento de antijuridicidad se ha planteado básicamente en torno a si dicho contenido se refiere a la prohibición general de la conducta si el sujeto debe conocer el carácter de prohibición penal, pudiéndose por tanto apreciar error de prohibición cuando el sujeto solo conozca la prohibición extrapenal.

En la situación anterior, el autor tiene la convicción del obrar legítimamente, sea porque considera que la acción no está prohibida, porque ignore la existencia del tipo legal, porque dé a una causa justificación o un alcance que no tiene, o porque juzgue que concurre una causal de justificación que la ley no consagra o, finalmente, porque se considere legitimado para actuar.



#### h) Octavo caso

|  |   |
|--|---|
| Autoridad de donde emana la resolución | Juzgado de Paz de Cobán, Alta Verapaz   |
| Fecha                                  | Marzo de 2020   |
| Delito                                 | Atentando contra el patrimonio natural y cultural de la nación  |
| Resolución del sentenciador            | <p>Criterio de oportunidad;</p> <p>Los campesinos Óscar Sun Cucul y Manuel Pop Cucul fueron detenidos el 26 de marzo del año 2020 por cortar noventa y seis (96) pacayas en el parque las Victorias, de Cobán, Alta Verapaz. El Consejo Nacional de Áreas Protegidas (Conap) indicó en un comunicado que ambas personas fueron capturadas por el decomiso ilícito de flora no maderable y la planta de pacaya se encuentra en la lista de especies amenazadas.</p> <p>Por el delito de atentado contra el patrimonio cultural se contempla una condena de cinco a diez años de cárcel y una multa de diez mil a veinte mil quetzales.</p> |

El análisis al que podemos llegar sobre este caso, es que los campesinos, que la justicia oficial los conoce como “delincuentes comunes”, no lo son, porque son el reflejo mismo de la pobreza y el hambre que corroe todo el país. Indistintamente si se llevaron noventa y seis (96) pacayas o más, para que se



alimentara la familia o para agenciarse de algún recurso económico para su casa como es común en cualquier lugar del país, ellos son indiscutiblemente el efecto de lo que pasa en Guatemala.

No hay trabajo, no hay vivienda, no hay tierra para sembrar, no hay formas de lograr mejoras de vida. Lo que sí existe es un sistema económico que fortalece el capital privado en detrimento de la gran mayoría. No es extraño que a pocas cuadras donde sucedió el hecho, el “parque Las Victorias”, está la Plaza Magdalena y otros centros comerciales. Es decir, un centro económico departamental, con miles de familias pobres alrededor, que no tienen nada qué comer.

Con estas acciones, los finqueros o terratenientes en alianza con la institucionalidad del Estado ven a todos aquellos indígenas y campesinos pobres, que demandan tierras que les fueron usurpadas con anterioridad o quienes tomen algo de un lugar considerado privado, como enemigos, como usurpadores, como delincuentes y que, por lo tanto, el sistema de justicia tendrá que actuar con todo el peso de la ley.

Si se olvida que, a los pueblos indígenas, incluyendo a estos dos comunitarios, nadie les respetó el derecho a la propiedad privada histórica que tienen sobre su tierra y territorio y siempre se les negó el derecho a vivir bien. De hecho, estos campesinos desconocían que el lugar en donde estaban cortando dichos frutos era “área protegida”. Ante este evento cabe confirmar que “el desconocimiento a la ley”, es un hecho evidente y notorio en Guatemala.

No sabemos qué es un área protegida y que repercusiones tiene. Tenemos una concepción histórica-cosmogónica, sobre la tierra y el territorio que no ha sido

respetada por el Estado ni por los terratenientes. Parece ridículo que defensores del territorio sean criminalizados. Así es de ridículo las sanciones que se le imponen a dos campesinos que, por el hambre y la pobreza cortan pacayas en un área protegida, sin que se les haya dicho lo que es un área protegida.



Se les prohíbe no volver ingresar al Parque Nacional Las Victorias, pero se le exige que vayan a recibir educación ambiental impartida por la misma administración del parque. Entonces, ¿pueden entrar o no pueden entrar?, es la pregunta. Realizar trabajos comunitarios los días sábados y domingos durante seis meses, para la municipalidad de Cobán, violando el concepto de comunidad que tiene el pueblo Q'eqchi', porque en esa realidad, los comunitarios siempre realizan trabajo comunitario, para el bien de todos. El juez constituido en un asesor espiritual o director de un centro de rehabilitación, grupo de alcohólicos anónimos, les prohíbe consumir bebidas alcohólicas. Permanecer en su trabajo habitual, cuando los dos comunitarios no tienen trabajo y por eso recurrieron a llevarse las pacayas.

### **3.8 Reflexiones sobre los casos investigados**

Finalmente, al realizar una investigación de campo a la luz de la existencia del error de prohibición podemos puntualizar que los órganos jurisdiccionales en Guatemala no ven como una opción aplicarlo aun siendo el derecho un sistema dinámico y la sociedad con la que se trata, ya que ni la presunción de voluntariedad edificada como indestructible por los artículos citados por estos aludiendo reiteradamente en un punto cerca del término ignorancia o error de derecho como antiguamente se establecía no contiene una plataforma jurídica para invocarlos.

No parece admisible sostener, como se hace en la doctrina, que la proscripción de invocar el error de prohibición funcione para la configuración de algunos de los aspectos del delito. La solución que podríamos encontrar para aplicar el error de prohibición sería una reforma a nuestro Código Penal guatemalteco y que esta pueda servir como fuente inspiradora a tal fin.



Así, se podría refutar, en un caso concreto en el que la creencia errónea de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal, así este fuera vencible o invencible y así determinar que esta, a nuestro entender, es la única manera de respetar a ultranza el principio de la culpabilidad tal como es concebido modernamente en un Estado democrático de derecho.

También se puntualiza, que cuando se obra en error de prohibición, el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado, cae en una creencia equivocada de su actuar lícito, que puede provenir o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico, o del pensamiento de que le ampara una eximente por justificación, que realmente no se da o porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva. O, finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho de que, si por el contrario concurriesen, ameritarían justificarlo.

Es decir, procede bajo el error de prohibición, quien 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 aun cuando ni siquiera se ha planteado la licitud o ilicitud del hecho.





## CAPÍTULO IV

### 4. Error de prohibición como causa de inculpabilidad

#### 4.1 Naturaleza dogmática del error de prohibición

Es necesario abordar la problemática del error de prohibición, desde la óptica del llamado conocimiento o comprensión de la antijuridicidad, como elemento de la culpabilidad, que posibilite la reprochabilidad por el hecho a su autor. Ciertamente, los autores están de acuerdo en requerir para la presencia del delito, que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley.

Esto es como afirma Mir Puig (1985): “No basta que quién actúa típicamente conozca la situación típica, sino que hace falta, además, saber o poder saber que su actuación se halla prohibida. En otros términos, es necesario el conocimiento, o su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho” (pág. 536).

El principio *ignorantia vel error iuris non excusat* (es decir: la ignorancia o el error de derecho, no excusan) viene del derecho romano, ya que en aquel ordenamiento jurídico las leyes se enseñaban a todos, y de aquí partía la premisa de que las leyes se presumían conocidas por todos los ciudadanos romanos.

Nuestro ordenamiento jurídico también adopta dicho principio, por lo que las leyes luego de publicadas y desde el día que ellas establezcan, son consideradas obligatorias, por lo cual se presumen que son conocidas por todos los habitantes de la nación. Es por esta cuestión que no es posible alegar desconocimiento de la ley, para excluir la culpabilidad y evitar responsabilidades. Sin embargo, en el derecho penal, el tema del error de prohibición tiene matices especiales y peculiares.

En principio, si el error de prohibición impide comprender la criminalidad del acto, debe excluir la culpabilidad. El error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, ni la elimina siquiera, pero puede ocurrir que la conducta no sea reprochable porque el error de prohibición es un puro problema de exclusión de la culpabilidad en su aspecto negativo, así como la justificación era el aspecto negativo de la antijuridicidad.



## **4.2 Teorías explicativas del error de prohibición**

### **4.2.1 Error de prohibición desde la psicología**

El fenómeno de la imputación subjetiva comienza a ser nombrado por Von Litz como culpabilidad, lo cual da nacimiento a la teoría psicológica de la culpabilidad al reducir la acción a un proceso causal originado en un impulso voluntario o como la responsabilidad por el resultado causado mediante un movimiento corporal voluntario disponiendo que la relación subjetiva se agota en el dolo y la culpa.

Es decir, se entendía como la relación de carácter subjetivo que tiene el autor con el acto, la relación psíquica del agente con el hecho, idea dentro de la cual se sustentaban dos especies diferentes, el dolo y la culpa, dependiendo de su incidencia.

Para Von Litz, citado por Bustos Ramírez (1994), "la concepción de delito se amparaba en identificar el tipo penal como una cuestión de carácter objetivo que podía ser descrita, dejando solamente para lo subjetivo a la culpabilidad, elaborando una definición de culpabilidad en la que se establece una relación entre el autor y el acto, comprendiendo el contenido de la voluntad separado del impulso de voluntad y agotándose en el dolo y la culpa" (págs. 423-424).

Debe tenerse en cuenta que dicha teoría, tenía una serie de problemas, en cuanto no podía explicar la imprudencia de los sujetos en su variante de la culpa por representación, pues si se hace depender la imputación a la conexión entre la mente del sujeto y el hecho, como explicar el supuesto de responsabilizar a una persona que ni siquiera se había representado mentalmente la ocurrencia del suceso.



Por tales motivos, se buscó una idea que, si explicara la determinación de la imputación subjetiva del agente, desde la incidencia del elemento normativo de la culpabilidad, será la idea predominante.

#### **4.2.2. Error de prohibición desde el causalismo clásico**

El causalismo clásico hablaba de error de hecho y de derecho para expresar lo que actualmente se denomina error de tipo y de prohibición. El causalismo consideraba el conocimiento de la antijuridicidad del hecho como necesario para que ocurra el dolo, que se contempla en la culpabilidad. Esta teoría concibe la existencia del *dolus malus*, como voluntad consiente no solo del hecho, sino también de su significado antijurídico, en consecuencia, el error de prohibición llamado error de derecho por los causalistas hace desaparecer el dolo, al privarle de una de sus partes.

Interpretando a Roxin (1997) determinaba que la naturaleza dogmática del error de derecho coincide con el error de hecho, lo que conduce a un mismo tratamiento para ambas clases de error. Si el error invencible procede de la

impunidad por falta de dolo e imprudencia y si es vencible da lugar a la imprudencia, esta es la llamada teoría del dolo, porque según ella el derecho excluye el dolo.



#### **4.1.3. Error de prohibición desde el finalismo**

El finalismo redujo el dolo al conocer y querer los elementos de la situación típica, excluyendo de él el conocimiento de su significación antijurídica, con esto el dolo se transformó en dolo natural. Al pasar el dolo de la culpabilidad al injusto, no pasó con él el conocimiento de la juridicidad, este permaneció en la culpabilidad, completamente separada del dolo, el error de prohibición ya no podía ser incluido en el dolo.

El finalismo estableció que el conocimiento de la antijuridicidad del hecho debe valorarse como requisito autónomo de la culpabilidad, y su ausencia, el error de prohibición, no impide la subsistencia del injusto doloso, sino que afecta solo a la culpabilidad de su autor. De ahí que esta doctrina reciba el nombre de teoría de la culpabilidad.

Welzel (2004) indicaba:

“Si la culpabilidad se hace depender del «poder de actuar de otro modo», cabe fundamentar la relevancia del error de prohibición diciendo que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no tiene razones para actuar de otro modo, por eso el error invencible determina la ausencia de culpabilidad. Quien desconoce la prohibición de forma evidente actúa culpablemente porque podría haberla conocido, pero su culpabilidad puede hallarse disminuida, en la medida en que el desconocimiento de la antijuridicidad reduzca su reprochabilidad” (pág. 186).



El finalismo reconoce tres tipos de error de prohibición, vencible, invencible y burdo, constituyéndose cada uno respectivamente en excluyente de la culpabilidad atenuante o causal de mantenimiento de la misma. Se precisa la posibilidad de reconocer la prohibición del hecho, si dicha posibilidad falta, lo que ocurre en el error invencible, se excluye la culpabilidad y toda pena, en caso de error vencible, no queda excluida la culpabilidad porque no desaparece la posibilidad de conocer la prohibición, pero si disminuye la reprochabilidad, atenúa la culpabilidad, lo cual no sucede cuando el error es burdo.

Lo que importa en el finalismo ya no es si el autor conoce o no conoce la prohibición, sino si podía o no podía conocerla, importa el llamado conocimiento potencial. Lo que queda fuera del dolo, como elemento autónomo de la culpabilidad no es el conocimiento de la antijuridicidad, sino la posibilidad de dicho conocimiento.

#### **4.3 Error de derecho y error de hecho**

La doctrina distingue el error en error de derecho y error de hecho desde el derecho romano. Esta distinción ha sido receptada por no pocas legislaciones, entre ellas, nuestra ley que se refiere únicamente al error de hecho, para acordarle poder excusante. La ley promulgada se presume conocida y, su ignorancia, no procede a los efectos exculpatórios.

Así afirma Soler (1983): “La exclusión terminante del error de derecho en la ley penal suscita en la doctrina algunas dudas y dificultades porque, en general, comporta una excepción al principio *nulla poena sine culpa*” (pág. 68)



Si la culpabilidad se funda en una actitud psíquica del sujeto, no podrá negarse la relevancia del error, cualquiera que sea su naturaleza, por causa de que el individuo actúe sin tener conciencia de la criminalidad del acto, que es, como se afirma, lo que da contenido a la culpabilidad.

No obstante, la más elemental inteligencia bastará para informar al sujeto más rústico de la ilicitud de sus acciones: nadie que sea hombre normal podrá decir que no sabe que está prohibido matar al padre o robar.

Asimismo, Soler, (1983) citando a Finger, establece que:

“Si se admite que actuar jurídicamente significa examinar la relación entre la acción y el derecho y comportarse en consonancia con este, y que el derecho no puede requerir, sino que todos obren conforme con los preceptos por ellos conocidos, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad cuál sea el elemento en que el error se funda. Agréguese a esto que es imposible una distinción suficiente entre error de derecho y error de hecho, por cuanto el derecho, en sus disposiciones, se refiere a hechos y con ello transforma las cuestiones de hecho en cuestiones de derecho” (pág. 69).

La previsión de la ley en Guatemala no admite la posibilidad de dar valor excusante al error de derecho, no por aplicación de la referencia al error hecha en la ley, sino por ausencia de un elemento del dolo.

Entendiendo el error de derecho como el desconocimiento de lo ilícito, puede ser situado en un terreno que participa del hecho y del derecho, y es más acorde con la realidad que la posición clásica, que distingue, de modo tajante, entre error



de hecho y error de derecho. Así afirma Fontán Balesta (1980) que: “La conciencia se resiste a negar hoy toda significación al error de derecho, particularmente en esos casos en que el autor ha hecho todo lo que la diligencia y el buen sentido indican para conocer la naturaleza jurídica del acto que realiza y la consecuencia de su indagación ha sido mantener o crear en él el error en que actúa” (pág. 125).

Lo decisivo para la inculpabilidad no es la situación de inocencia que el error acarrea, sea de hecho o de derecho, sino que el poder excusante proviene de la cosa ignorada, y por ello solo excusa la ignorancia de hechos y no de normas. De ahí el principio de que la ignorancia del derecho solo a la propia torpeza puede imputarse, pues la ley se presume conocida y es un deber conocerla, de donde se deduce, que en derecho penal la *ignorantia juris* no excusa.

Así, por ejemplo, la doctrina alemana moderna (Mayer, Finger, Binding, Beling, Litz, Schmidt, Oetker, etc.), niega validez y utilidad a la clásica distinción entre error de hecho y de derecho, como así también el principio de que el error de derecho no excusa.

Siguiendo algunas palabras de Mayer (2007) sostiene que es indiferente que el error recaiga sobre hechos o sobre el derecho; lo que interesa, es la consecuencia que el error deba producir: imposibilidad de comprender la criminalidad del acto. Si el error produce efectivamente esa consecuencia (impide comprender la criminalidad del acto), sea error de hecho o de derecho, debe excluir la culpabilidad.

Otros autores afirman que el derecho, al referirse a los hechos, los transforma en cuestiones de derecho, con lo cual aparecería sumamente confuso el límite entre las cuestiones de hecho y las de derecho (Binding, sostiene un criterio similar).



Así Finger (1912) apoya su opinión con el siguiente ejemplo. Supongamos que, siendo delito la tenencia de estupefacientes sin autorización, yo tengo cocaína sin estar autorizado. Ahora bien, puede ser que yo ignore la disposición que prohíbe la tenencia sin autorización, o bien, que ignore que la sustancia que tengo es cocaína. En el primer caso, habría error de derecho; en el segundo, de hecho. Pero “en ambos casos –dice Soler, refiriéndose al ejemplo de Finger- ignoro que la sustancia que tengo, está jurídicamente considerada y sometida a determinada reglamentación”; con lo cual, la distinción entre error de hecho y de derecho, no aparece suficientemente clara.

Así, bien, la jurisprudencia alemana no adopta tal posición, siendo fiel a las fuentes romanas, en el sentido de distinguir entre error de hecho y el de derecho. Lo que sí aceptó aquella jurisprudencia, fue la opinión –ya sostenida por Carrara- que distingue entre error de derecho penal, y error de derecho no penal (o extrapenal), entendiendo a este, como equiparable al error de hecho y que, por tanto, excluía la culpabilidad.

Para concluir, Zaffaroni (2002) expresa que:

“No puede identificarse al error de prohibición con el error de derecho. La clasificación del error en error de derecho y error de hecho (*error juris* y *error facti*) está desprestigiada y, si queremos compararla con la de error de tipo y de prohibición, así como el error de tipo no es lo mismo que el error de hecho, el error de prohibición tampoco es igual al error de derecho, porque la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada, es decir, la llamada «justificación putativa», es un error de hecho (el sujeto cree que lo agraden y le están jugando una broma, cree que el incendio le amenaza porque está encerrado y no está encerrado) y, no obstante, es un error de prohibición” (pág. 545).





Ante la imposibilidad teórica y fáctica de definir y encontrar a “un hombre promedio”, la doctrina se dio a la tarea de buscar una serie de criterios para determinar cuándo una persona tenía posibilidades reales de superar el error de prohibición en que se encontraba.

Quien no puede saber que la acción que realiza está penada, no puede comprender su carácter criminal y, por ende, no puede ser reprochado jurídicamente sin violar reglas elementales de racionalidad. La exigencia de ley penal previa tiene por objeto que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación penal de su conducta antes de su realización.

Por tanto, el principio de culpabilidad, como necesaria consecuencia de la legalidad, impide el ejercicio del poder punitivo cuando esa comprensión fuese imposible. Durante mucho tiempo se sostuvo que el error de derecho no excusa (en latín: *error juris nocet*) en abierta violación al principio de culpabilidad. Hoy se lo rechaza y se sostiene que el principio mencionado debe respetarse en todos los casos. Por ende, se admiten plenamente los errores que excluyen la culpabilidad o errores exculpantes.

El principio de culpabilidad y su violación mediante la regla *error juris nocet* expresan la dialéctica entre Estado de derecho y Estado de policía en la teoría del error. A favor de la regla *error juris nocet* se argumentaba que las prohibiciones penales eran obvias para todos. Esto no es sostenible frente a la actual legislación penal, que ya no es un limitado catálogo de conductas más o menos conocidas por todos, sino un abigarrado conjunto de disposiciones sin transparencia. De la vieja ilusión iluminista de una ley penal tan clara que cualquiera pudiese conocerla, se ha

pasado a una situación en que la ley no es conocida por casi nadie e incluso quienes la interpretan técnicamente tienen grandes dificultades.



El ocultamiento normativo es una técnica autoritaria que permite ejercer poder mediante el ocultamiento de sus modos de operar, lo que confirma que el poder se fortalece escondiendo sus mecanismos. Esto revela que una teoría del error fuertemente respetuosa del principio de culpabilidad debe ser la barrera infranqueable que oponga el derecho penal al constante esfuerzo del poder punitivo por hacer inextricable la formación legislativa.

Por cierto, que quien cree estar haciendo otra cosa tampoco puede comprender la prohibición o la punibilidad, pero porque no hay tipicidad (dolosa), lo que hace innecesario analizar la culpabilidad. No tiene sentido preguntarse si podía comprender la ilicitud del homicidio quien no sabía que causaba una muerte. Pero la distinción respecto del error de tipo tiene otras consecuencias importantes. En principio, este error excluye directamente el injusto (al menos el injusto doloso): el que dispara para cazar no incurre en tipicidad dolosa, aunque su conducta pueda configurar tipicidad culposa.

#### **4.4 Clasificación de las formas del error de prohibición**

##### **4.4.1 Error sobre la existencia y ámbito de la norma**

Como lo indican Vargas B. & Pérez Quirós (1999): "Este tipo de error se presenta cuando el sujeto desconoce que su acción es antijurídica. Este error puede darse ya sea porque ignora que la conducta está prohibida; porque piensa equivocadamente que su actuar está autorizado por una norma inexistente de autorización; o interpreta ampliamente la norma de autorización o restrictivamente la norma prohibitiva; creyendo así que su comportamiento está permitido o no

prohibido. Y aquí nos detenemos ante el error de subsunción, como una especie de "error de esta clasificación" (pág. 87).



Podremos decir que este se presenta cuando se interpreta incorrectamente una norma, reconociendo el autor la prohibición existente, pero con la convicción de que tal prohibición no alcanza la conducta realizada por él. Vale aquí la aclaración de que no todo error de subsunción es un error de prohibición. Citemos un ejemplo en el cual un error de subsunción es un error de tipo. El autor conoce el contenido objetivo de un elemento del tipo, pero se equivoca sobre su significado jurídico-penal, de tal forma que no considera que la placa de su automóvil es un documento público. El error de subsunción será relevante o no de acuerdo con las circunstancias particulares del caso y de la "valoración paralela en la esfera del profano" para poder determinar su vencibilidad o no.

#### **4.4.2. Error sobre la validez de una norma prohibitiva**

Este error opera cuando el sujeto conoce la norma que prohíbe la conducta, pero actúa bajo la creencia errada de que la norma no tiene validez, es decir, es nula, porque contraviene el ordenamiento jurídico, porque el órgano productor de la norma no tiene competencia para ello, o que en determinados casos particulares no tiene validez la norma prohibitiva.

Según Muñoz Conde nos indica: "El error ocurre entonces el aspecto de la fuerza vinculante de la norma jurídica" (pág. 69), pero no puede ser aplicado cuando el error sea el resultado de la rebelión del sujeto activo de la infracción frente a las normas. De igual forma, solamente puede proponerse esta clase de error cuando el sujeto activo de la infracción invoque una causa de nulidad de la norma prohibitiva, la cual debe estar expresamente considerada en la ley.



Esta clase de error lo tenemos cuando el sujeto conoce la prohibición, pero cree que no es válida pues piensa erróneamente que la norma prohibitiva en cuestión fue derogada o porque se opone a otra de rango superior, como la Constitución.

No será error de prohibición si la persona estima que la norma no es obligatoria para él, no teniendo validez respecto a él exclusivamente, pues estaríamos ante un autor por convicción, y en este caso, el delincuente por convicción posee la conciencia de lo injusto, sabe y conoce que su actuar es ilícito.

#### **4.4.3. Error sobre la validez de una norma de autorización**

Aquí el sujeto tiene la errónea creencia de que su conducta prohibida está justificada por la existencia de una norma de autorización reconocida por el orden jurídico. Citemos el caso del mecánico, quien cree erróneamente que la norma que autoriza el derecho de retención le permite vender el bien privadamente para pagarse el monto adeudado.

#### **4.4.4. Error vencible e invencible**

Hablar de evitabilidad o inevitabilidad del error es lo que en doctrina se conoce como vencibilidad o invencibilidad del error.

Si interpretamos a Zaffaroni (1999), vemos que el que un error sea evitable o inevitable, se basa en el poder conocer la antijuricidad de la conducta desplegada, o sea, que el estudio está en la conciencia del autor, pero cabe destacar que esta conciencia sobre la antijuricidad es diferente a la conciencia general exigida por la culpabilidad, ya que esta última, se analiza una vez confirmada la capacidad del sujeto de comprender la mentada antijuricidad.

Por consiguiente, el error de prohibición invencible es aquel en el cual no pudo evitar la comisión del delito, empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en las circunstancias en que actuó.



En el mismo orden de ideas, hace referencia al error invencible denominándolo error inculpable; estableciendo que será tal cuando no obstante haber puesto en la acción la normal diligencia requerida por la naturaleza de los hechos, se ha incurrido en él.

Maurach (1994) afirma que: "Si bien desde el punto de vista de la estructura delictiva del hecho sigue siendo doloso, ello no afecta al autor, por cuanto el dolo libre de valoraciones nada predice por sí solo acerca de la enemistad o indiferencia del autor frente al derecho. Pero también desaparece toda posibilidad de atribuir responsabilidad por culpa: este realizó el tipo dolosamente (...). El error de prohibición inevitable trae como consecuencia forzosa la absolución" (pág. 420).

En cuanto al evitabilidad del error, denominada por Fontán Balestra, error culpable (culposo) es aquel que procede de las mismas fuentes que la culpa: es decir, la imprudencia y la negligencia.

En consecuencia, el error vencible o culpable, lo que hace es eliminar el dolo dejando subsistente la responsabilidad culposa, o bien disminuye la reprochabilidad del autor, reflejándose esta en la cuantía de la pena. En tanto que, respecto del error invencible o inculpable, lo que se elimina es la culpabilidad, es decir, no hay reprochabilidad del injusto.

Al respecto Maurach indica (1994): “El error de prohibición evitable de la subsistente el cuadro global de un hecho delictivo doloso, pero crea la posibilidad de aplicar una pena atenuada debido a una culpabilidad disminuida” (pág. 423). Se entiende que el concepto de culpabilidad, es decir, la evitabilidad o inevitabilidad del error, debe valorarse siempre en relación con el sujeto en concreto y a sus posibilidades.



El error imputable o vencible (también llamado evitable) no elimina el reproche. Suele decirse que el error es vencible cuando al autor le era exigible evitarlo. Con esto solo se dice que el error vencible es reprochable, lo que no constituye ninguna regla práctica para individualizarlo.

Para ello, en los últimos tiempos se sostuvo que en el error vencible se violaría un pretendido deber de información jurídica. Pero lo cierto es que este deber *general* no existe y, si existiese, sería menester preguntarse qué sucede cuando se ignora ese deber, lo que llevaría a un *regressus ad infinitum*, sin contar con otras dificultades: se volvería a la teoría de las *actiones liberae in causa*, se penaría la violación de ese pretendido deber y no el delito cometido, se exigiría una conciencia efectiva y actual de la antijuridicidad, etcétera.

#### **4.4.5. El error no esencial**

El error no esencial, también denominado accidental, se da cuando el mismo recaiga sobre circunstancias que acompañan al hecho, pero que las mismas no alteran la esencia de la figura delictiva, o bien, su calificación.

Para que el error sea excluyente de toda culpabilidad, el mismo debe ser no esencial e inculpable o invencible. La exigencia de que el error sea no esencial corresponde a la circunstancia de que es esa la única forma que impide comprender



la criminalidad del acto; y, la exigencia de que sea inculpable o invencible se deriva de que esta es la única forma que elimina el dolo y la culpa.

Para Fontán Balestra (1980) dentro del error accidental o no esencial se distinguen tres clases:

- a) El primero de ellos, *Aberratio ictus*, es aquel en el cual el resultado producido no es el mismo que se perseguía, pero, sin embargo, es idéntico en su significación jurídica.
- b) El error *in persona*, segunda clasificación, es un caso de error en el objeto, es decir, que recae sobre el sujeto objeto de padecer la acción del delito, o mejor dicho, en aquellos tipos enumerados en los delitos contra las personas, como la libertad, el honor o la integridad sexual.
- c) El error en los medios empleados, es decir, cuando sean distintos de los propuestos pero idénticos para causar el mismo resultado (pág. 470).

#### 4.4.6 Error indirecto

Este error de prohibición para Zaffaroni (1999), se da “cuando recaiga sobre el conocimiento de la norma prohibitiva y será indirecto cuando recaiga sobre la permisión de la conducta; la cual puede consistir en la falsa suposición de existencia de un permiso que la ley no otorga o bien en la falsa admisión de una situación de justificación que no está dada” (pág. 437).

El error de prohibición será indirecto y también llamado concreto, el cual consiste en que, a pesar de conocer el mandato normativo, el autor supone, una retirada de la norma frente a su autorización para actuar.



Donna (1995) afirma que, haciendo una interpretación que formula Zipf, enumera tres tipos de error de prohibición:

- a) El primero de ellos es el error directo, abstracto o sobre la existencia de la norma, según el cual el autor no sabe la existencia de la norma propiamente dicha.
- b) Y el error sobre una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho, en el cual el autor cree que la norma no le es exigible (pág. 285).

Se categoriza como error de prohibición directo o inmediato a aquel en el que el sujeto activo de la infracción penal no es consciente del carácter injusto del hecho, es decir, es el error en el cual la ilicitud es desconocida por el sujeto que a su vez no conoce el contenido de la norma penal.

Esta clase error recae sobre los mandatos o prohibiciones de la norma penal. Este tipo de error se lo ejemplifica con el siguiente caso: el funcionario que ignorándolo aplica una norma que ha sido declarada inexecutable, a un hecho acaecido después de tal declaratoria, actúa en un error de prohibición (de interpretación) que excluye la culpabilidad de la conducta.

#### **4.4.7 Error de comprensión**

El error que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad es el error de prohibición, pero no obstante puede haber casos en que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no le sea exigible la internalización de la pauta que conoce: este es el error de comprensión.

Se menciona como un caso especial del error de comprensión al error culturalmente condicionado. Así, por ejemplo, los miembros de la cultura ahuca, en el oriente ecuatoriano, en que tienen el convencimiento de que el hombre blanco



siempre los matará en cuanto los vea, de modo que deben adelantarse a esta acción, entendiendo que es un acto de defensa. En este caso nos hallamos con un error de prohibición culturalmente condicionado.



#### **4.5 Ignorancia un acercamiento al error de prohibición**

La ignorancia puede contemplarse en dos momentos: con anterioridad a toda iniciativa del entendimiento en relación con la verdad, o en concomitancia con un estado del entendimiento en relación con esa misma verdad. Estamos frente a la ignorancia del derecho, pues, esta se da cuando un individuo no conoce la existencia misma de una norma.

Para distinguirla del error de prohibición, este no es carencia de conocimiento, sino la falsedad del mismo. Supone, pues, una actividad incorrecta del entendimiento, dicho desconocimiento, que afecta a la sociedad en su conjunto, se puede deber a numerosas causas, y puede tener sus efectos más profundos cuanto mayor sea, en el grupo que lo padece, el grado de vulnerabilidad social, cultural, laboral, económica, etc.

Cárcova (2006), afirma que: “El desconocimiento se puede presentar, entonces, en varias escalas y con varios matices. La ignorancia puede ser plena, aquejando a un individuo o a un grupo, que por diversas cuestiones sufre una situación de aculturación o marginalidad absolutas; o también puede presentarse de una forma semiplena o parcial, tanto al común de la gente como a un operador jurídico calificado, fruto de un ordenamiento jurídico complejo y cambiante” (pág. 206).

La comprensión, como ya se ha dicho, implica un grado posterior al conocimiento de la norma, un surplus que lleva a que el individuo aprehenda a la norma, la tome y entienda todas las implicancias que la disposición arroja en la



sociedad de la cual él es parte. Dado que el conocimiento es un grado anterior a la comprensión, esta última implica estar en condiciones de internalizar la norma de hacerla parte del propio dispositivo psíquico, y si en términos de derecho penal hablamos, implica estar en condiciones, al menos, de asumir la antijuridicidad de la conducta.

La no comprensión del derecho se vincula más que nada con factores relativos a la profusión normativa, a la complejidad técnica de los institutos, a factores éticos y estructurales, a mecanismos de ocultación y ocultamiento, a contenidos ficcionales del derecho y al multiculturalismo, marginalidad, desempleo y pobreza, entre otros.

Al profundizar en las causas de opacidad es menester mencionar que tiene una heterogénea composición, en la medida en que los sujetos desconocen por distintas razones “el estatuto jurídico de los actos que realizan”, según palabras del propio Cárcova, sea por no comprensión, por desconocimiento u opacidad, dependiendo ello de aspectos históricos, socioculturales y socioeconómicos, pero también ideológicos y hegemónicos, sobre todo estos dos últimos.

En la época actual se produce el fenómeno de la “pulverización del derecho legislativo”, originado por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, que llega al extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas. Esto lleva, a la desaparición de las características “clásicas” de la ley, donde “la creciente vitalidad de los grupos determina además situaciones sociales en cada vez más rápida transformación que requieren normas jurídicas *ad hoc*, destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades.

Si seguimos con la línea de pensamiento de Zagrebelsky (2011) nos dice que: “La ley ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma

se ha convertido en un medio y causa de inestabilidad. El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el derecho exige continuamente nuevas reglas e intervenciones jurídicas” (pág. 178).



La denominada represividad excedente se canaliza en una de sus vertientes, en el exceso represivo de la relación con la legislación penal inflacionaria, con la expansión del derecho penal a través de la incesante tipificación de nuevos delitos y, particularmente, con el endurecimiento de las penas.

Un tema también recurrente es el de la complejidad técnica de los institutos. El derecho regula la vida social a través de normas jurídicas, las cuales construyen institutos a aplicar en caso de que se presente la necesidad de hacerlo, ante los casos concretos. Sucede que muchos de dichos institutos pecan de una complejidad tal que los hacen distanciarse de los destinatarios.

Destinatarios entre los que no solo se encuentra “el pueblo”, la gente sin versación jurídica, sino también profesionales y operadores del derecho. Como ya fue apuntado, muchas de las normas jurídicas están plegadas de una mala técnica legislativa, problemas de indeterminación, vaguedad, ambigüedad y contradicciones.

A la vez, la no comprensión es fruto de importantes problemas que aquejan sobre todo a estas latitudes, tales como la marginalidad, la pobreza, el desempleo, etc., que llevan a una situación de grave aculturación y anomia, profundizada por la migración, la multiculturalidad y el pluralismo. Existen también otras causas apuntadas, que llevan a un “aumento incesante de opacidad”, acompañado a un incremento también incesante de complejidad, y es la mayor diferenciación del subsistema jurídico, la variabilidad en aumento de sus posibilidades internas, la

especialización constante de sus prestaciones y la singularización permanente de sus comunicaciones.



La sociedad debería estar en condiciones de poner en funcionamiento recursos tanto económicos, como humanos, orgánicos y tecnológicos, con tal de llevar adelante la divulgación necesaria y fundamental acerca de los derechos y sus garantías, así como de las obligaciones entre todos los habitantes.

El propósito de determinar si la ignorancia tiene una aproximación al error de prohibición cabe destacar que este asume varias formas: error sobre la antijuridicidad de la conducta, error sobre la norma aplicable, error sobre la ley aplicable y el error sobre la pena aplicable el error recae sobre la circunstancia de que el hecho no está sujeto a pena, es decir, sobre una forma particular de error de derecho denominado *error poenae*.

Un correcto entendimiento de la norma del deber ser no es otra cosa que el correcto entendimiento del tipo penal, dado que este es la formulación negativa del contenido de la norma. Por consiguiente, el conocimiento del tipo penal es el conocimiento del sentido de la norma y un error sobre el tipo penal es un error sobre el mandato o prohibición contenido en la norma.

Conforme a nuestro derecho penal, el objeto de conocimiento de lo injusto sigue siendo la norma del deber ser, pero a ella se llega solamente a través del tipo penal que castiga la conducta.

La doctrina dominante específicamente en Alemania, con normas diferentes a las nuestras, considera que existe conciencia de lo injusto cuando el agente sabe

que su conducta es prohibida por cualquier rama del ordenamiento jurídico (prohibida por el derecho civil, administrativo, etc.) sin que sea necesario que el agente sepa que existe un tipo penal que prevé su conducta como punible.



En nuestro derecho penal y, conforme al artículo veintiséis (26) inciso noveno (9.º) del Código Penal, con referencia al acercamiento al error de prohibición que establece: La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución; en este caso el autor puede saber que su comportamiento contradice ciertas normas jurídicas, pero desconocer o creer que no cae en un tipo penal y que no está sujeto a pena. En tal caso, este agente se encuentra en error de prohibición. El conocimiento de que el hecho realizado es punible es simple y se mide por las reglas del pensamiento material y no conforme a las reglas del lenguaje, comparable al conocimiento de las reglas de multiplicar que tiene quien hace una multiplicación.

Para la existencia de este conocimiento de lo injusto no se requiere de conocimientos jurídicos especiales o especializados, sino que basta el conocimiento según la esfera de un profano.

El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal, error de prohibición directo, o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto, error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación.

Como se estableció anteriormente, en el error de prohibición directo, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su conducta, en cambio, en el

error de prohibición indirecto, el autor sabe que su conducta es prohibida en general, pero cree erróneamente que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos.



La responsabilidad por la acción u omisión estará determinada por la vencibilidad del error. Se configura el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad, por lo que, si el autor de un delito no pudo vencer o evitar su error, entonces actúan de modo típico y antijurídico, pero no culpable, y ha de ser absuelto.

Si por el contrario, el error se presenta como fue vencible, no excluye la culpabilidad, sino que conduce solo a una atenuación de la pena. El error de prohibición sea vencible o invencible, no afecta al dolo del sujeto. Sobre el error de prohibición vencible eximente de responsabilidad existen dos posturas, opuestas que se conocen con los nombres de teoría del dolo y teoría de la culpabilidad.

La teoría de la culpabilidad, bajo la influencia de la teoría finalista, parte de la idea de que la conciencia de la antijuridicidad no sería presupuesto del dolo y tampoco necesariamente de la plena culpabilidad. A quien por indiferencia absoluta no se preocupa de la ley no se le ha de juzgar, en caso de infracción de esta, más benignamente que a aquel que conscientemente la burla, un error de prohibición podría atenuar la pena correspondiente al dolo según la medida de su reprochabilidad.



Cabe mencionar que el error de prohibición directo es aquel que recae sobre los mandatos o prohibiciones de la ley penal: el sujeto no sabe que la ley penal prohíbe u ordena un determinado comportamiento, el sujeto no sabe que es delito apropiarse de las cosas ajenas, o desconoce la prohibición que existe bajo determinadas condiciones, cree que a su acción no le es de aplicación el tipo de hurto. O, considera no vigente una determinada disposición legal, bien por entenderla derogada, bien por entenderla contraria a la Constitución.

El error de prohibición indirecto es el que recae sobre las causas de justificación que excepcionalmente autorizan la violación de las normas penales: es decir, que, aunque el sujeto sabe lo que hace y, además, sabe que lo que hace está abstractamente prohibido, pero se cree no obstante excepcionalmente autorizado por una causa de justificación, que en realidad no concurre a actuar como lo hace.

Estos casos en los que el sujeto se cree autorizado para realizar una conducta típica se conocen en la terminología jurisprudencial con el nombre de eximentes putativas. Dentro de esta modalidad de error de prohibición (indirecto) suelen distinguirse, a su vez, distintos supuestos.

El error sobre los límites de una causa de justificación refiere a que cuando el sujeto se equivoca sobre el alcance de una causa de justificación realmente admitida por el ordenamiento jurídico, por ejemplo, el sujeto se cree autorizado a matar en legítima defensa para evitar que le sustraigan el reloj.



El error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: el sujeto cree erróneamente que concurren las circunstancias fácticas que le hubieran autorizado a actuar como lo hizo, por ejemplo, quien mata creyéndose víctima de una agresión antijurídica inexistente.

En cuanto a los efectos jurídicos del error de prohibición, está fuera de toda discusión que el error de prohibición invencible excluye la responsabilidad penal, sin embargo, si se discuten sus efectos que dependen de cuál sea la posibilidad interpretativa.

La teoría estricta de la culpabilidad, sistema finalista de la teoría del delito, procedió a una redefinición del dolo en un doble sentido, en primer lugar, extrajo de él el elemento de la conciencia de la antijuricidad que, como conciencia potencial de la misma, paso a ser un requisito autónomo de la culpabilidad. En segundo término, el dolo resultante, un dolo natural ajeno totalmente al problema de la conciencia de la antijuricidad, dejó de ser entendido como forma de culpabilidad para ser conceptualizado como modalidad o forma de ilícito en la tipicidad.

La teoría atenuada de la culpabilidad se distingue de la anterior solo y exclusivamente en que considera que una modalidad del error de prohibición, indirecto que recae sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, debe ser tratado con arreglo a las normas que regulan el error de tipo.

Para ello se argumenta que aquella modalidad de error constituye una hipótesis *sui generis* en la que se reúnen tanto elementos del error de tipo como del error de prohibición.





La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que este puede conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones, porque si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuirse a título de culpabilidad o responsabilidad.

El sistema penal exige que el agente conozca que su conducta contradice los requerimientos del ordenamiento jurídico, que su accionar se halle prohibido jurídicamente, y tal conocimiento no precisa de conciencia estricta del precepto prohibitivo, sino debe atenderse al conocimiento que tiene *el hombre medio*.

El conocimiento de lo injusto es el elemento principal y el que le da la razón de ser a la teoría de la culpabilidad: la atribución que supone la culpabilidad solo tiene sentido frente a quien conoce que su actuación es prohibida. Siendo así, sin la conciencia de lo injusto, el comportamiento del sujeto carece de culpabilidad.

No obstante lo dicho, en una sociedad donde coexisten distintas culturas o pueblos indígenas o tribales, con sus respectivos sistemas de valores, es posible, teórica y fácticamente, plantearse que existan individuos, que aun pudiendo conocer la ilicitud de su actuación, no se planteen dicho problema, porque dicho hacer es normal y permitido al interior de su grupo social, en esos casos se habla de error de prohibición.



Por el error de prohibición el sujeto actúa creyendo actuar lícitamente, perjudica el bien jurídico tutelado, una creencia equivocada de su actuar lícito puede provenir o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico, o del pensamiento de que le ampara una eximente por justificación que realmente no se da. También, porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva o, finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario, concurriesen.

El error de prohibición culturalmente condicionado se produce cuando por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

El error de comprensión del culturalmente condicionado es un error de prohibición que exime de responsabilidad; se trata de una respuesta política frente a la heterogeneidad cultural con el ánimo de superar la infeliz terminología usada en el pasado, refiriéndose a las personas culturalmente distintas como salvajes, indígenas semi-incivilizados, degradados por el alcohol y la servidumbre.

Desde el punto de vista antropológico, ha quedado demostrado que, al comparar las culturas no se puede calificar unas respecto de otras como buenas o malas, o como evolucionadas o subdesarrolladas. Es decir, no existen niveles culturales, simplemente las distintas culturas coexisten y, en el mejor de los casos, se interrelacionan.



La pertenencia de un sujeto a una determinada cultura lo condiciona para entender y comprender los usos y costumbres que practican otros hombres en una cultura diferente. Tal condicionamiento no está limitado tan solo a la comprensión del carácter delictuoso de una conducta de la que es ajeno, sino que la posición de pertenencia a otro grupo social, le limita en la comprensión del ordenamiento jurídico del otro.

#### **4.6. El error de prohibición como causa de inculpabilidad**

Como bien se pudo demostrar, el error de prohibición dentro de la teoría del delito se encuentra en la estructura de la culpabilidad, ya que de ser esencial e invencible la elimina. La culpabilidad como característica del delito es la reprochabilidad, es decir, que se le reprocha al autor de un delito la conducta típica y antijurídica, porque le era exigible un comportamiento adecuado a derecho tomando en cuenta elementos objetivos y subjetivos.

Por lo expresado es que cuando se produzca un error de prohibición esencial e invencible habrá ausencia de culpabilidad del autor de la conducta, y aquella no podrá reprochársele, ya que aun cuando se hubiera tenido la debida diligencia, el sujeto no habría podido comprender la antijuridicidad de su injusto, es decir, de su conducta.

De forma contraria, si resultara que el error fuera vencible, lo cual implica que se hubiera podido vencer aquel error si se hubiera puesto la debida diligencia, el mismo no tendrá el efecto de eliminar la culpabilidad; por lo que la conducta podrá serle reprochada a su autor, pero solamente a título culposo.



Cabe recordar que el error de prohibición es aquel que recae sobre cualquier elemento integrante del tipo penal (la descripción penal) y, por consiguiente, no solo sobre los elementos descriptivos o fácticos (error de hecho) sino también sobre sus eventuales elementos normativos o subjetivos (error de derecho), constituye un error de tipo "el que versa sobre las características objetivas de sentido penal, es decir, sobre su realización objetiva".

Dentro de este sistema de la responsabilidad penal basada en la voluntariedad del hecho, el error funciona como un eximente de pena, en cuanto constituye y caracteriza un estado de perturbación de la inteligencia del delito y el cuasi delito. En materia penal el hecho voluntario se clasifica en delito doloso o culposo, según exista dolo o culpa en el resultado, pero lo esencial, en cualquiera de esas especies de hechos, es que la voluntad así caracterizada (discernimiento, intención y libertad) es la que produce o crea las obligaciones emergentes.

El principio *error iuris nocet* es el que proclama que la ley se presume conocida por todos, originada en el derecho romano, y que tiene un claro fundamento: de otro modo, la ley, perdería su carácter obligatorio conforme las personas aleguen su desconocimiento para librarse de su deber. Por ello, el error de derecho a su transformación en error de prohibición no puede ser presentado ni como vicio de la voluntad ni, *prima facie*, como causa de inculpabilidad.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo tres (3) Primacía de la Ley. Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario; propugnando que el desconocimiento del derecho no sirve de excusas.



Enfocándonos en el derecho penal, esto quiere decir que una persona no podrá excusarse por haber llevado adelante una conducta delictiva activa u omisiva argumentando que no sabía de la existencia de una norma jurídica o que no la comprendió cabalmente.

Cárcova (2006) nos dice que “este principio, que en nuestro sistema tiene el carácter de ser una presunción *iure et de iure*, esto es, absoluta, fue inaugurado en la modernidad, basado en la universalidad, generalidad y abstracción de las leyes, dado que tal esquema de pensamiento no podría funcionar sin apelar al principio romano”. Este presupuesto ha implicado -desde siempre- enormes injusticias,

Ya que al ideal iluminista de la generalización y uniformización del mundo de la vida le ha correspondido, en la modernidad tardía, el fenómeno de la globalización y de sus consecuencias económicas, políticas y sociales. Pero, como es sabido, la globalización ha resultado paradójica, porque nos ha traído en sus ijares la fragmentación social, el particularismo, la desintegración, la segmentación que ha permitido a algunos estudiosos caracterizarla como un proceso progresivo de neotribalización.

De la ilusión de una ley penal clara que cualquiera pudiese conocerla, se ha pasado a una situación en que la ley no es conocida por casi nadie e incluso quienes la interpretan técnicamente se encuentran con enormes dificultades. Ya no se puede sostener el ideal de un limitado conjunto de conductas relativamente conocidas por todos.

Siguiendo estas ideas, cabe mencionar que los protagonistas en la interpretación de las normas jurídicas cumplen ciertos rituales conforme a la

asignación normativa de un rol, pero con escasa o nula percepción de sus significados y alcances, lo que se agudiza cuando el derecho logra una capacidad de abstracción, formalización y racionalización que impide cualquier criterio diferenciador. Así, se pretende ejercer el poder punitivo montado sobre el desconocimiento causado por el entramado legislativo confuso, múltiple y enmarañado que produce.



Queda claro que el principio *error iuris nocet* no nos permite hacer un justo juicio de valor de la conducta del sujeto agente de una conducta típica y antijurídica, dado que, si el sujeto incurre en desconocimiento o incomprensión de la ilicitud de su conducta, no estará actuando con “conciencia y voluntad” al momento de llevar adelante su acción.

Por ello, citamos los siguientes artículos: artículo veinticinco (25) inciso tercero (3.º) del Código Penal guatemalteco, en el que regula la figura del “error “de la siguiente manera: Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.

Desde el punto de vista de la doctrina, se está ante una legítima defensa putativa, conocido también como error propio, conocido modernamente como error de tipo esencial e invencible. La supuesta agresión solo existe en la mente del autor y la rechaza al creerse atacado, pero esta agresión es inexistente, solo está en la mente del autor.



Ahora bien, el artículo veintiséis (26) numeral noveno (9.º) del mismo cuerpo legal determina “ignorancia” como: La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución.

Hemos estudiado que la ignorancia es una forma de error, porque el autor ignora que su actuar es ilícito, siempre como ya se ha explicado anteriormente, entendiéndose esta no del todo, sino se ignora solo sobre algún hecho o circunstancia en particular.

En un derecho penal democrático, de culpabilidad, nos dice la doctrina, la esencia de la imputación se funda en el conocimiento de lo prohibido como ya se ha estudiado comprendemos que quien no puede saber que la acción que realiza está penada, no puede comprender su carácter criminal, por lo que no puede ser reprochado judicialmente sin que se violen reglas elementales de racionalidad.

Guiándonos por el principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege stricta et scripta* la idea de que exista una ley previa tiene por finalidad que los habitantes de un Estado puedan conocer y comprender la conminación penal de su conducta, antes de su realización.

El principio de culpabilidad, como consecuencia forzosa del de legalidad, debería impedir el ejercicio del *ius puniendi* cuando tal comprensión fuese imposible. Durante mucho tiempo se ha dicho que el error de derecho no es óbice para responsabilizar penalmente a un individuo, en abierta violación. A favor del principio *error iuris nocet*, propio de un Estado de policía, se argumentaba que las prohibiciones penales eran obvias para todos y que, si se sostuviera lo contrario, el



sistema carecería de seguridad o certeza jurídica, llevándonos a una situación de inestabilidad.

Al seguir estas exposiciones, en la actualidad, además de las leyes parlamentarias, existen numerosas resoluciones, ordenanzas, decretos, edictos, etc., muchos de ellos carentes de publicidad, y que por su cantidad y complejidad técnica nadie conoce. Es por ello que considera que tal ficción, es “tremendamente injusta e hipócrita”, en tanto que fue creada para mantener un principio de seguridad jurídica que, ante tanta producción legislativa, su aplicación sin distinciones atentaría contra el propio principio de seguridad jurídica.

Solamente lo repetido de que por una presunción *iure et de iure* las leyes son conocidas por todos, puede colaborar a la miopía de aplicar el axioma rígida y fríamente. Más bien, la realidad nos dice que no son conocidas por nadie o que lo son por muy pocos. Ya lo indicaba Cárcoba (2006): “Existen normas hoy tan engorrosas, tan mal redactadas, tan confusas, de tanta exuberancia reglamentarista, de tan mala técnica, que hasta los especialistas de la más alta calidad o pericia se rompen la cabeza para entender lo que el autor quiso decir. ¡Como para que el común de la gente las conozca, las comprenda y las cumpla!” (pág. 200).

Sin duda, este principio hace que nos cuestionemos por dos grandes axiomas que parecen estar en franca tensión: la justicia y la seguridad jurídica. Una persona que no conoce sea por la causa que fuere, ya la existencia, ya el contenido de una formulación normativa, llevaría a una responsabilidad penal por demás injusta, defendiendo un ideal de certeza que no puede tenerse como aquel que fue defendido al momento de la creación del principio de que la ignorancia de la ley no excusa.





Piénsese en las numerosas leyes, los numerosos decretos que emanan de los órganos del Estado en el que se establecen mandatos y prohibiciones de muy difícil conocimiento y comprensión. Un ejemplo claro son los delitos especiales expuestos como “prevaricato”, “cohecho”.

Puesto que comprender una norma, como nos dice Zaffaroni, no implica solo conocerla, sino aprehenderla e internalizarla, al común de la gente, abocada a sus cuestiones cotidianas, y hasta a los juristas que no cultivan determinadas áreas del saber normativo, se le puede hacer muy problemático tomar conocimiento acerca de la existencia de la ley o de la disposición de que se trate, dificultad que aumenta si de comprensión y entendimiento de tal disposición hablamos.

Zaffaroni, siguiendo a Foucault, (2011) altamente considerado en la teoría crítica argentina, nos dice que el ocultamiento normativo es una “técnica autoritaria” que permite el ejercicio del poder mediante el camuflaje de sus modos operativos. Esto revela, dice el penalista, “que una teoría del error fuertemente respetuosa del principio de culpabilidad debe ser la valla infranqueable que oponga el derecho penal al constante esfuerzo del poder punitivo por hacer inextricable la normación legislativa” (pág. 378).

El error, se torna infecundo, en la que es una concepción subjetiva e individualista, cuyas últimas exigencias lógicas se ponen de manifiesto en el caso del error de derecho, en el cual, para mantener la premisa de una voluntad creadora, se recurre a un conocimiento presunto.



Entonces, podríamos distinguir en la doctrina y en la legislación el error de hecho y el de derecho, según verse sobre el acto o alguna otra circunstancia de "verdadero estado de las cosas", o sobre la ley que rige; pero si cuando se trata de primero se admite que no existe la voluntad por falta de intención, y en tal concepto no se genera el derecho, por el contrario, cuando se está en presencia del segundo la voluntad del acto se mantiene mediante una ficción de conocimiento.

Sin embargo, en el afán de mantener la lógica de un derecho subjetivo e individualista, se ha recurrido, por unos, a la presunción del conocimiento de la ley que rige el caso, debido a su obligatoriedad, creando una ficción contraria a la realidad de la vida; y, por otros, a la distinción de la ley y la norma, para referir y limitar a esta última aquella presunción del conocimiento.

En el sistema penal se deberá considerar establecer la presunción de la voluntad criminal, y la exención de la pena cuando mediase una perturbación cualquiera de la inteligencia, que impida al agente tener conciencia de la criminalidad del acto. El problema del error aparece teniendo la misma sistemática y técnica que en otras materias, y es obvio que el principio de la obligatoriedad que las leyes, y de que la ignorancia de las mismas no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada, es principio general de derecho común, cuyo imperio comprende a todas las ramas del ordenamiento jurídico

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

de la lucha y por obtener mejoras para la población. Se ha legislado a favor de aquellos más abandonados para ir dando cumplimiento a los acuerdos de paz; se ha legislado sobre el derecho indígena y el respeto al mismo.



La existencia de diversos estudios y legislaciones que ya contemplan y aceptan que somos un país multiétnico y que, por esa diversidad cultural, lo que para unos está bien para otros no lo es, y ello podría dar lugar a que una persona reciba un castigo, sin tomar en cuenta que el mismo se cometió no con el ánimo de ilicitud, si no que cumpliendo o atendiendo a prácticas o costumbres propias del lugar, que lo exime de responsabilidad penal. Sin embargo, claro, está la excepción: que no se violen derechos humanos fundamentales.

Retomando los conceptos doctrinarios modernos respecto al error penal como causa de inculpabilidad se sugiere al reformar el Código Penal vigente se actualice el error con conceptos que vayan de acuerdo con los avances científicos del derecho penal moderno. En nuestra legislación penal vigente no se describe expresamente en qué consiste el error de hecho y error de derecho, sino que se presume que se está refiriendo a uno o a otro error. Pero aún estos conceptos han sido relegados por conceptos más modernos y más técnicos, tales como los que ya hemos visto en este trabajo.

Comete error de prohibición el autor de una acción u omisión antijurídica que no sabe que su actitud es ilícita, siendo esta esencial e inevitable, queda exento de responsabilidad penal; pero si el ilícito se hubiese podido evitar, responderá a título de culpa; ya sea por negligencia, imprudencia o impericia.



El error de prohibición como causa de inculpabilidad en la legislación guatemalteca, no se encuentra normado únicamente en la parte general del Código Penal específicamente el artículo veintiséis numeral noveno (26 numeral 9.º), regula como ignorancia; como una circunstancia atenuante, se entiende que se está refiriendo al error de derecho. Sin embargo, al no estar regulado apropiadamente y en forma clara, no existe forma de probarlo, y ello hace que el mismo sea una norma vigente, pero no positiva.

El error de prohibición como causa de inculpabilidad en la legislación guatemalteca no se regula expresamente como se establece en la doctrina moderna. Ante los efectos adversos que tiene la aplicación sin más del principio de que el error de derecho no es excusa, se hace necesario delimitar una zona por la cual dicha directriz transcurra, acotando los márgenes de la misma, haciendo un progresivo destierro de tal principio de nuestro ordenamiento positivo.

Cabe destacar que ni en la teoría del delito en cuanto al tema del error, no se encuentra unificada, por la razón de que algunos autores sostienen que el error debe verse desde un punto de vista unitario, es decir, no debe distinguirse entre error de tipo y error de prohibición, porque al final produce el mismo resultado. Pero concluyen que debe hacerse un deslinde entre error de tipo y error de prohibición porque existen notables diferencias, porque cuando se trata de un error de tipo, se está frente a un error sobre la descripción abstracta de la norma penal, y cuando nos referimos al error de prohibición, hay ignorancia sobre lo que está prohibido.

Para que el principio *error iuris nocet* no constituya una forma de ir contra el principio de culpabilidad en el derecho penal, y para que no implique, además, desatender a un ordenamiento jurídico cada vez más complejo, con todos los caracteres y preocupaciones señaladas por las teorías ya estudiadas, se han



ensayado algunos posibles criterios para determinar casos en que el error es o no inevitable. De la inevitabilidad del error depende, pues, la reprochabilidad de la conducta del autor de un hecho típico y antijurídico. En este sentido, el error que versa sobre cuestiones jurídicas de carácter inevitable hace que la conducta del agente nunca llegue a ser culpable, y en tanto la teoría del delito reclama concurrencia de los tres predicados de valor, tal comportamiento del sujeto no constituirá, por tanto, delito.

Debido a que en Guatemala, se tiene una diversidad de idiomas y culturas, lo que suele aceptarse como propio en algunos lugares, es indebido en otros; por ello, la figura del error de prohibición al estar legislado adecuadamente, sería la norma apropiada para aplicarla en este tipo de situaciones, tal y como podríamos interpretar lo que establece el artículo diez (10) de la Ley del Organismo Judicial: (...) El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; (...).

Por consiguiente, el espíritu de la norma es contemplar todas aquellas situaciones que el legislador considera como actos posibles de suceder en el diario vivir de las personas a quienes la misma va dirigida; y cuando por el transcurso del tiempo la misma ya no puede ser aplicada, es menester que dicha norma sea modificada y de tal cuenta lograr su correcta y debida aplicación.

Algunos penalistas han sostenido que el error de prohibición no podría ser invocado respecto de los denominados delitos *mala in se*, esto es, aquellos delitos "naturales", que se explican por principios básicos de ética social, de los que ninguna persona imputable podría ser capaz de desconocer, como lo es, por ejemplo, el homicidio o el hurto.



Estos delitos pertenecerían a una conciencia jurídica universal, dado que se trata de delitos, por decirlo de alguna manera, de carácter ontológico, conformantes de un derecho penal nuclear. Ese tipo de delitos *mala in se*, se contraponen a los denominados delitos *mala quia prohibita*, a los que el principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusas o que el error de derecho no obstaculiza un reproche personal, no sería aplicable.

Por la importancia que reviste la figura del error de prohibición, es necesario que el Congreso de la República regule en forma clara, precisa y concreta en la legislación penal guatemalteca y que esta figura esté de acuerdo con los conceptos que contiene la doctrina moderna, tomando en cuenta la cultura, el multilingüismo y la alfabetización de los guatemaltecos, no así antes de que el juzgador tome una decisión sometida a su conocimiento pueda traer a su análisis estos aspectos.

Piénsese en casos de diversidad cultural, en donde una determinada conducta que es vista como delito en nuestro derecho penal, no lo sea en otros ordenamientos jurídicos, fruto de una cultura dicotómica a la nuestra. Por ejemplo, la costumbre de ablación del clítoris femenino entre los musulmanes o el coqueo entre los pueblos indígenas, son conductas que no se consideran delictivas en aquellas culturas, pero que sí lo son en la nuestra, donde cualquier integrante de la cultura occidental puede entender tales acciones como prohibidas.

Todos estos aspectos que conforman un todo para determinar el reproche los órganos jurisdiccionales respecto del error de prohibición se apoyan en la imposibilidad de construir el elemento intelectual de la culpabilidad. Por eso, el error de prohibición estudia la forma en la que una conducta sea tratada como causa de inculpabilidad, dado que, un individuo que ignore o que conozca imperfectamente



las circunstancias fácticas, o su significado, podríamos indicar que el individuo tiene conciencia del hecho que realiza, sin embargo, la equivocación va sobre el derecho que lo rige.

Sin embargo, el error de prohibición para el derecho carece de toda importancia, de lo cual se infiere que necesariamente se debe reprochar e incluso se hace necesario el consultar con los profesionales del derecho por medio de una entrevista para seguir asentando precedentes sobre el mismo.

#### **4.7 Entrevistas sobre la aplicación del error de prohibición como causa de inculpabilidad**

##### **Pregunta No. 1**

**¿A qué grupo del sector justicia pertenece? Se estableció lo siguiente:**

- a) Trabajadores del Ministerio Público
- b) Abogados
- c) Abogados litigantes
- d) Abogados defensores
- e) Trabajadores del organismo judicial.

##### **Pregunta No. 2**

**¿Cuándo se produce lo que denominamos error de prohibición en una conducta calificada como delito?**

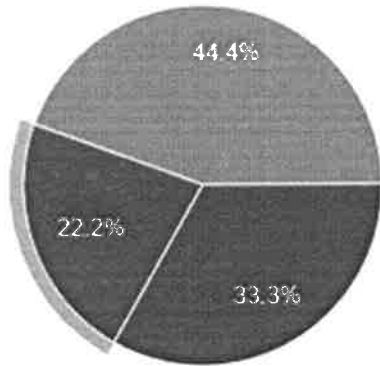
Los encuestados coinciden con que hay una existencia errónea por parte del agente que comete el delito y el desconocimiento de la norma prohibitiva.

##### **Pregunta No. 3**

**¿Dónde se analiza el error de prohibición?**



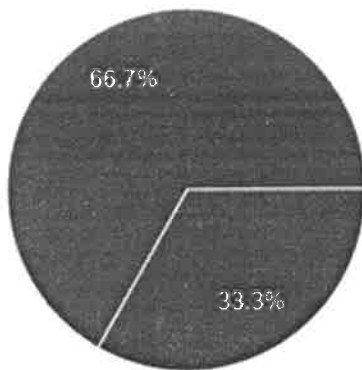
Diez de los encuestados indicaron que, en la tipicidad, seis en la antijuricidad y tres en la culpabilidad



- Se analiza en la tipicidad
- Se analiza en la antijuricidad
- Se analiza en la culpabilidad

#### Pregunta No. 4

En un caso concreto ¿Ha planteado el error de prohibición como atenuante y/o exculpante de la responsabilidad penal? 18 de los entrevistados respondieron que no han planteado el error de prohibición y 11 indicaron que sí.



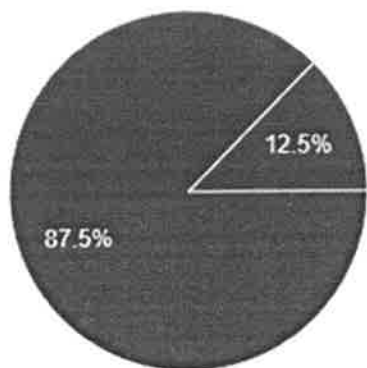
- sí
- No

#### Pregunta No.m5

¿Considera que es una verdad imperante lo que establece el artículo tres (3) de la Ley del Organismo Judicial? Este reza: **Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario.**

21 de los entrevistados indicaron que sí y nueve indicaron que no.



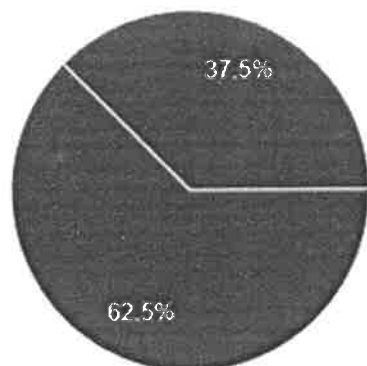


● Sí  
● No

### Pregunta No. 6

**¿Considera que detrás de un delito existe un conflicto cultural?**

17 de los entrevistaron indicaron que sí y 12 indicaron que no.

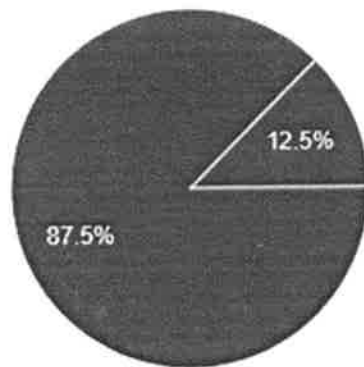


● Sí  
● No

### Pregunta No. 7

**¿El término ignorancia puede aproximarse al error de prohibición?**

21 de los entrevistados indicaron que sí y ocho de los entrevistados indicaron que no.



- Sí
- No

### Pregunta No. 8

**¿Considera que podría aplicarse en un caso concreto el error de prohibición como causa de inculpabilidad?**

21 de los entrevistados indicaron que sí y ocho de los entrevistados indicaron que no.



- Sí
- No

### 4.8 Reflexiones finales

A la luz de los casos analizados los esquemas trazados ilustramos que la evolución del error de prohibición ha quedado asentado en la doctrina sin mencionar las costumbres y el pluralismo étnico que han propiciado cuestiones verosímiles de desconocimiento de una prohibición de un delito *mala in se*. Así, cabe mencionar que sucede también en los casos de extranjeros procedentes de otros



ordenamientos jurídicos situados ante el nuestro. Si nuestra población no ha internalizado las normas existentes ¿cómo lo hará un extranjero en nuestro país?

Tratamos de asentar precedentes en los que nos puede ser útil el invocar un error de prohibición ante dos supuestos en los que vemos que es posible la exención penal. El primero ante el error de prohibición, que se plantea cuando el sujeto no sabe que la conducta que está cometiendo es delito y, segundo, la ficción de que *ignorantia iuris non excusat* obstruye el desarrollo sistemático del error de prohibición es una realidad insoslayable.

Se estudió el error de prohibición. Este parte de reconocer que la imputación subjetiva reclama la conciencia del injusto, del disvalor, del significado antijurídico, aunada a que el autor cree actuar lícitamente (creencia errónea) o cuando por ignorancia de la norma no se plantea la licitud o ilicitud del hecho. Empero, solo si es invencible quita el reproche de culpabilidad que impide cualquier invocación de ignorancia sobre la materia prohibida y el disvalor jurídicos del hecho.

El juicio de evitabilidad debe ser trazado a partir del sujeto en el caso concreto ya que el error de prohibición equivale a conocimiento de la antijuridicidad y será evitable cuando se le pueda exigir al autor su superación, entre ellos, el esfuerzo de conciencia del autor: grado de reflexión e información exigibles al agente, que varía de acuerdo al estatus socioeconómico y cultural, etc.

El error de prohibición atañe a la culpabilidad a diferencia del error de tipo que afecta al dolo es causa de atipicidad. Tampoco puede confundirse error con ignorancia ya que el error constituye la más importante causa de ausencia de culpabilidad: conocer lo equivocado y falso. La ignorancia es ausencia de



conocimiento; es claro que todo error supone ignorancia porque quien yetra desconoce, total o parcialmente, el objeto de conocimiento. Pero quien, como el imputado, ejecuta un hecho con conciencia y voluntad no puede alegar imprudencia o negligencia. Tampoco, quien realiza un hecho delictivo, con conciencia y voluntad de realizarlo, pero creyendo, con error vencible que no es antijurídico, no puede exclamar que lo ejecutó por imprudencia.

Según Cairoli (2000), el agente que causó un delito “no podrá decir en su descargo «yo no sabía que eso era delito»” porque el artículo tres (3) de la Ley del Organismo Judicial supone que debía saberlo y no puede probar lo contrario. Únicamente una razón de política legislativa puede justificar “tamaño disposición”. No es posible aceptar que todas las personas que viven en Guatemala conozcan todas las leyes, dado que algunas de ellas son de muy difícil entendimiento, no solo para el público general sino para los propios juristas.

No se puede comparar la comprensión de alguien que no sabe leer ni escribir, o que aun sabiendo no tiene ninguna otra institución, con la de un sujeto experimentado que ha estudiado, aunque no sea en la rama jurídica del saber. Claramente, la presunción absoluta del artículo tres (3) de la Ley del Organismo Judicial, está en abierta contradicción con la necesidad del conocimiento de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad.

Sin embargo, debemos recordar que en nuestro medio, el principio general del *error iuris nocet* tiene sus excepciones: cuando el error recae sobre una falta (generalmente justificado en que las transgresiones son leves o en la convicción del agente que cree que lo que hace no es ilícito, cuando lo hace reiteradamente y, sin embargo, no es reprimido) y cuando recae sobre una ley no penal (error referido a

una ley civil, comercial, laboral, etc., vinculada con la ley penal a la que le otorga (contenido).



Respecto a los derechos inherentes a la naturaleza humana que se proclaman en el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala se debe tener presente el siguiente: Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en la 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. Citada la norma anterior esto sería atentar contra el principio de libertad, por el cual toda persona es libre de llevar adelante cualquier conducta que sepa no está prohibida expresamente por la ley.

El principio de legalidad, derivado del principio de libertad, exige que la ley sea previa, escrita y estricta; esto es, que la ley sea anterior a la conducta del sujeto para que la pueda conocer y comprender, idea corroborada con la necesidad de que sea escrita. No obstante, es, sobre todo, el requisito de ser estricta, lo que obliga al legislador (genéricamente considerado) a plantear el mandato de determinación lo más preciso posible, en tanto restricción a la libertad de las personas.

Otro punto de vista importante a destacar es el error de comprensión cultural, el cual también está relacionado con el desconocimiento de la persona sobre si su conducta es delito o no, pero en este sí se establece la razón por la que no conoce la antijuricidad de su conducta: su cultura o sus costumbres. La premisa de la que se parte en este caso es que en la sociedad guatemalteca hay diversas culturas (a pesar de la existencia de una mayoritaria).



Hay comunidades que tienen otros valores y reglas sociales, entonces, lo que hace este supuesto es reconocerles el respeto a sus valores. Al igual que el error de prohibición este puede ser vencible e invencible. Siempre debe respetarse, sin embargo, y debe tomarse en cuenta los valores internalizados.

Así, pues, el propósito de este trabajo es reflexionar acerca de un tema que se ha ganado un lugar en la teoría crítica, pero que sus notas reciben poca aplicación pese a no mostrar un profundo multiculturalismo -por no decir que es nulo-. Las cuestiones de marginalidad y de pobreza pueden mostrar cercanías con las causas de ignorancia o desconocimiento de Ignorancia y opacidad y lo que parece fundamental, de la ley penal, en tanto expresión de la intromisión más férrea del Estado en la esfera de libertad personal de cada uno de los que conformamos el país.

Al existir la mala exposición de las normas jurídicas especialmente penales en sus términos y lo poco explicativos que son, se ha llegado a la conclusión de que no podría aplicarse de una forma correcta en la norma, estas figuras del error de prohibición y que ayudan a que se emita una sentencia judicial bajo las garantías jurídicas idóneas, siempre apegándose a la justicia hacia ambas partes del proceso.



## CONCLUSIONES

1. El presente estudio de investigación, a través del método planificado, muestra cómo, al estructurar en primera instancia los elementos del delito y cómo se han plasmado en el sistema dogmático y en las normas jurídicas, es posible observar que aquellos hechos y/o conductas calificadas como delitos, permite descubrir la pertenencia del análisis del espíritu de la norma jurídica. Se ha demostrado que no solo basta con que el legislador describa una conducta prohibitiva, sino que debe realizar un análisis de selección al espíritu de esta, que no es nada más que contemplar todas aquellas situaciones que considera como actos posibles de suceder en el diario vivir de las personas a quienes va dirigida.
2. La pertenencia de un sujeto a una determinada cultura no es exculpante ni le condiciona para no entender y comprender la aplicación de las leyes en Guatemala. Sin embargo, dentro de este trabajo de investigación hemos sustentado que, por supuesto, la conducta no deja de ser antijurídica. No obstante, ocurre que el desconocimiento de dicha antijuridicidad lo conduce a un error sea este total o parcial. A la vez, este se torna infecundo dentro de lo que se considera una concepción subjetiva e individualista, cuyas últimas exigencias lógicas se ponen de manifiesto en el caso del error de derecho, en el cual, para mantener la premisa de una voluntad creadora, se recurre a un conocimiento presunto.
3. El término ignorancia podría darnos un acercamiento a lo que denominamos error de prohibición, ya que en nuestro ordenamiento no reviste de importancia ni aplicación este término y el error de prohibición no está



normado como tal. Según se anota en el trabajo de campo, en ninguno de los casos analizados se hace referencia al mismo. De este solo puede verse cómo se hace necesario que el mismo sea considerado integrarlo en el Código Penal guatemalteco. Si bien ya hemos configurado las diferencias entre uno y otro término, sin embargo, la realidad presupone que estos términos puedan tener un sustento legal ya que la realidad de países que tienen población multicultural, multilingüe, factores de analfabetismo, etc., en especial en Guatemala, la aplicación del derecho penal exige de conocimientos especiales, que permitan dilucidar el espíritu de la realidad.

4. Con el trabajo de investigación se trata de aplicar el error de prohibición como causa de inculpabilidad y desvirtuar la argucia de “se presume que todo el mundo conoce las leyes”. Es importante recordar que con este término tampoco se pretende caer en una impunidad refutando el mismo, pero al contar con un sustento legal y analizar dentro de un caso concreto a la persona dentro de los contextos culturales, lingüísticos y educativos si existe alguna incidencia en su actuar para dar paso a una exculpación por haber encuadrado en el error de prohibición, un punto de vista importante a destacar es el error de comprensión cultural. Este también está relacionado con el desconocimiento de la persona sobre si su conducta es delito o no, pero en este sí se establece la razón por la que no conoce la antijuricidad de su conducta: su cultura o sus costumbres.
5. Se puede argumentar error de prohibición como causa de inculpabilidad cuando la conducta de un sujeto que, por su cultura, grado de instrucción, su educación o rol social no ha podido comprender que su conducta se encuentra expresamente prohibida por la normativa penal y siempre que el conocimiento de un suceso o de una realidad no constituya un aprovechamiento ventajoso en clara lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos valiosos se pueda aplicar.



## BIBLIOGRAFÍA



- Antolisei, F. (1988). *Manual de derecho penal, Parte General* (8.ª ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Asúa, L. J. (1956). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires.
- Asúa, L. J. (1958). *La ley y el delito*. Argentina: Editorial Sudamericana.
- Bacigalupo, E. (1994). *Manual de derecho penal, parte general*. Santa Fe Bogotá : Temis, S.A.
- Basoco, J. M. (2000). *Teoría jurídica del delito*. El Salvador: Monografías Universitarias, San Roque, Cadiz.
- Basoco, J. M. (2002). *La culpabilidad*. México: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Beling, E. V. (2002). *Esquema del derecho penal, doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires Argentina: Librería El Foro.
- Benitez, J. M. (1984). *Teoría jurídica del delito parte general*. España: Civitas.
- Bettiol, G. (1965). *Tratado de derecho penal, tomo III*. Colombia: Temis.
- Binding, K. (1972). *Die Normen und ihre Übertretung, (Las normas y su transgresión)*. Germani: Wilhem Engelman.
- Cárcova, C. M. (2006). *La opacidad del derecho*. Buenos Aires: Astea.
- Chinoy, E. (1966). *La sociedad: una introducción a la sociología*. (F. L. Cámara, Trad.) Fondo de Cultura Enocómica.
- Claus Roxin. (2002). *Política criminal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Claus, R. (1997). *Derecho penal, parte general, fundamento y la estructura de la teoría del delito* (2.ª ed.). (M. D. Diego Manuel Luzón Pena, Trad.) Madrid, España: Civitas.
- Claus, R. (s.f.). *La vinculación causal exigida, comportamiento típico*. España.
- Conde, F. M. (1981). *La culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid, España: Reus, Sociedad Anónima.
- Conde, F. M. (2015). *El delito* (8.ª ed.). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Cuxil, D. C. (1991). *La configuración del pensamiento político del pueblo maya*. Guatemala: Asociación de Escritores Mayances de Guatemala.
- Eugenio Zaffaroni y Alejandro Slokar. (2006). *Manual de derecho penal, (2.ª ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Farfán, G. A. (1993). *Legislación educativa guatemalteca*. Guatemala: Impresiones F.G.



- Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. (2010). *Derecho penal, parte general*. (2ª edición, Ed.) Valencia: Tirant lo blanch.
- Gustav Radbruch y Henrich Gwinner. (2019). *Historia de la criminalidad*. España: Olejnik.
- Hippel, R. V. (1930). *Deustches Strafecht* (Vol. I). Berlín: Berlín De Gruyter.
- Jakobs, G. (2016). *La imputación objetiva en derecho penal*. España: Aranzadi.
- José Hurtado Pozo y Víctor Prado Saldarriaga. (2011). *Manual de derecho penal, parte general*. Lima: Idemsa.
- Martin, A. N. (1996). *El conocimiento del derecho, "Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición"*. España: Tirant lo Blanch.
- Maurach-zipf, G. (1994). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires Argentina: Astrea.
- Meliá, M. C. (2001). *Conducta de la víctima*. España: J.M. Bosch.
- Mezger, E. (1949). *Tratado de derecho penal* (2.ª ed., Vol. II). (J. A. Rodríguez, Trad.) Madrid, España: Dunccker & Humblot.
- Mezger, E. (1955/1957). *Tratado de derecho penal*. (s. e. Muñoz, Trad.) Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado.
- Motta, J. A. (2004). *Apuntes de derecho penal*. México: Reus.
- Oneca, J. A. (2003). *Autores de derecho penal*. Colombia: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Oscar Peña González y Francisco Almazan Altamirano. (2010). *Teoría del delito*. Perú: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas.
- Parma, C. (2016). *Teoria del delito*. Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago de Chile.
- PRONEBI. (2010). *Factores que inciden en la baja cobertura de la implementación de la educación bilingüe*. Guatemala.
- Puig, S. M. (2006). *Derecho penal, parte general*. (8.ª ed.) Barcelona: Reppertor.
- Puppe, I. (2003). *La imputación del resultado*. Alemania.
- Quintero, O. G. (2002). *Manual de derecho penal, parte general* (3.ª ed.). España: Aranzadi.
- Ragués, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. España: J.M. Bosch.
- Roda, J. C. (1977). *Culpabilidad y pena*. Barcelona: Bosch.
- Sánchez, S. (1984). *Anuario de derecho penal y ciencias penales. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- Tasayco, G. F. (2016). *Actualidad penal*. Jurídica Grijley.



- Tecnologías de información y comunicación, p. s. (2010). *Esther Yolanda Lizana Puelles y Perce*  
*Simón Pinelo*. Perú: Eumed.net.
- Tomas, H.-h. W. (2002). *Tratado de derecho penal*. (M. O. Cardenete, Trad.) Granada: Comares.
- Uribe, M. d. (1997). *Discurso sobre las penas*. España: Comares.
- Vasconcelos, F. P. (1983). *La causalidad en el delito* (4ta. ed.). México: Porrúa, Sociedad Anónima.
- Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán* (2.<sup>a</sup> ed.). Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Welzel, H. (2014). *Estudios de derecho penal, estudios sobre el sistema de derecho penal*. Chile: Editores Pacífico.
- Wiarco, O. O. (2004). *Teoría del delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista* (14.<sup>a</sup> ed.). México: Editorial Porrúa, Sociedad Anónima.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho penal, parte general* (2.<sup>a</sup> ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar, Sociedad Anónima.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *Manual de derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, Sociedad Anónima.
- Zagredelsky, G. (2011). *La virtud de la duda*. Madrid: Trotta, S.A.

## **DICCIONARIOS**

- Diccionario de derecho penal y criminología (1993)
- Diccionario de la Real Academia Española de la lengua (1992)
- Diccionario jurídico elemental (1999)

## **LEGISLACIÓN**

### **Nacional**

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89.
- Código Penal, Decreto Número 17-73.
- Ley de Educación Nacional, Decreto Legislativo Número 12-91.



## **Internacional**

La Declaración Universal de Derechos Humanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, Costa Rica, 22 de noviembre 1969.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Nacional**

Expediente 4012-2012 Corte de Constitucionalidad, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo fecha 29 de mayo de 2013.

Expediente 2635-2018 Corte de Constitucionalidad, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo fecha 03 de octubre de 2018.

Expediente 2554-2015 Corte de Constitucionalidad, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, fecha 13 de octubre 2015.

Expediente 4625 Corte de Constitucionalidad, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, fecha 19 de marzo de 2019.

Expediente 1226-2019 Corte de Constitucionalidad, fecha 12 de diciembre de 2019.

Expediente 1870-2018 Corte Suprema de Justicia fecha 02 de agosto de 2019.

Expediente 1379-2012 Corte Suprema de Justicia fecha 01 de agosto de 2012.

Expediente del Juzgado de Paz de Cobán, Alta Verapaz, fecha marzo de 2020.

### **Internacional**

Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay.

Caso López Álvarez vs. Honduras.