

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO CRÍTICO DEL DOLO Y LA CULPA  
EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO  
CULTURAL DE LA NACIÓN**

**HUGO LEONEL MORALES HERNANDEZ**

**GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2013**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO CRÍTICO DEL DOLO Y LA CULPA  
EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO  
CULTURAL DE LA NACIÓN**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

De la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**HUGO LEONEL MORALES HERNANDEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, septiembre de 2013



LIC. MANUEL FRANCISCO ORTÍZ MARTÍNEZ

7<sup>a</sup>. Avenida Norte No. 35

Antigua Guatemala,

Tel. 43148120, 78230822

Guatemala, 10 de septiembre de 2012.

Dr. Bonerge Amílcar Mejía Orellana,  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis,  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.  
Universidad de San Carlos de Guatemala,  
Su despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

De manera respetuosa me dirijo a usted, para expresarle que en cumplimiento de la resolución emanada de la unidad a su cargo, asesoré el trabajo de tesis del estudiante Hugo Leonel Morales Hernandez, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO CRÍTICO DEL DOLO Y LA CULPA EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN. Para lo cual oportunamente he hecho las sugerencias correspondientes.

Luego de la revisión de mérito, le informo que cumplí con en el desarrollo de mi función, apegado a lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y al efecto, hago constar mi opinión respecto al presente trabajo de la manera siguiente: en base a las normas que rigen para este tipo de actuaciones considero que el estudiante aborda de manera científica y técnica, una problemática importante existente en la ley penal, que afecta a la sociedad guatemalteca, con la utilización de los métodos como el deductivo e inductivo, la investigación científica y una investigación cultural, incluyendo la consulta a especialistas en el tema, se recurre a distintas bibliografías y la observación de casos típicos y

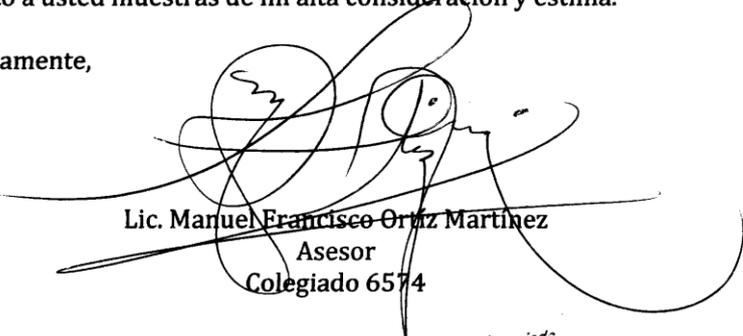


atípicos mediante las experiencias en el tema; además con las técnicas aplicadas como la observación, la técnica del conocimiento previo, de la experiencia, la técnica de recopilación de datos y la elaboración de fichas, se llega a establecer las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo, las cuales han sido seleccionadas adecuadamente; ello se refuerza con la bibliografía utilizada, lo cual demuestra la acuciosidad del estudiante en la investigación realizada, todo lo cual ha contribuido a confirmar la hipótesis que estableció dentro del plan respectivo.

Estoy seguro que este trabajo contribuye técnica, científica y legalmente de manera elogiable, al que hacer actual de las ciencias jurídicas y sociales, en el juzgamiento de casos relacionados con el patrimonio cultural, pues es claro el aporte que se hace a nuestra ciencia, y, que llena también los requisitos reglamentarios exigidos, por lo que considero pertinente emitir el presente dictamen favorable para que el trabajo siga con el trámite correspondiente, ordenándose su impresión para ser discutido en el examen respectivo.

Presento a usted muestras de mi alta consideración y estima.

Atentamente,

  
Lic. Manuel Francisco Ortiz Martínez  
Asesor  
Colegiado 6574

Licenciado  
Manuel Francisco Ortiz Martínez  
ABOGADO Y NOTARIO



**USAC**  
**TRICENTENARIA**

Universidad de San Carlos de Guatemala  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

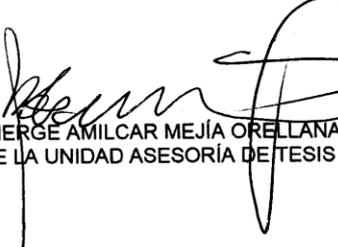
Edificio 5-7 Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, 21 de septiembre de 2012.

Atentamente, pase a el LICENCIADO CARLOS GENARO ORTÍZ MARTÍNEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante HUGO LEONEL MORALES HERNANDEZ, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO CRÍTICO DEL DOLO Y LA CULPA EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

  
DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



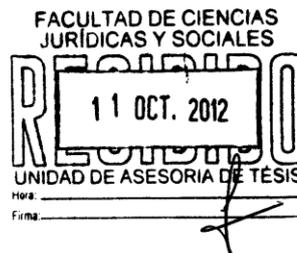
cc.Unidad de Tesis  
BAMO/iyr.



LIC. CARLOS GENARO ORTÍZ MARTÍNEZ  
7ª. Avenida Norte No. 35  
Antigua Guatemala,  
Tel. 43148120, 78230822

Guatemala, 8 de octubre de 2012.

Dr. Bonerge Amílcar Mejía Orellana,  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis,  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.  
Universidad de San Carlos de Guatemala,  
Su despacho.



Respetable Dr. Mejía Orellana:

Respetuoso me dirijo a usted, para manifestarle que en cumplimiento de la resolución dictada por jefatura de la unidad a su cargo, de fecha veintiuno de septiembre de dos mil doce, procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller Hugo Leonel Morales Hernandez, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO CRÍTICO DEL DOLO Y LA CULPA EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN. Para lo cual oportunamente me permito opinar.

De acuerdo con lo establecido por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, mi opinión respecto al presente trabajo es de que el mismo fue realizado de manera científica y técnica, ya que se utilizaron métodos como el deductivo e inductivo, con una investigación cultural y científica, que incluye la consulta a especialistas en el tema, se recurre a distintas bibliografías y a la observación de casos llevados ante los tribunales de justicia, mediante la experiencia en el tema del estudiante; también se puede observar en el presente trabajo, que las técnicas aplicadas como la observación, la técnica del conocimiento

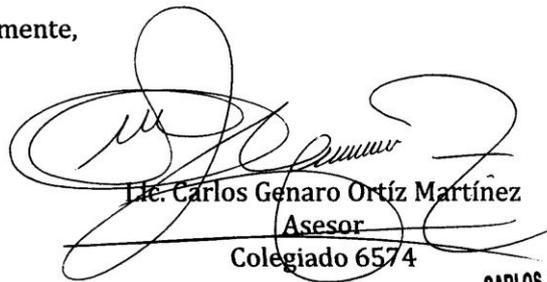


previo, de la experiencia, la técnica de recopilación de datos y la elaboración de fichas lleva a establecer las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo, las cuales han sido seleccionadas adecuadamente; ello se refuerza con la bibliografía utilizada, lo cual demuestra la dedicación del estudiante en la investigación realizada, todo lo cual ha contribuido a confirmar la hipótesis que estableció dentro del plan respectivo, por lo que opino positivamente.

El tema desarrollado a lo largo de la presente investigación es de vital importancia para la sociedad guatemalteca, puesto que contribuye científicamente a la defensa y la protección del patrimonio cultural de la nación, que debe ser tarea de todos los guatemaltecos, ante la destrucción indiscriminada que se está suscitando en Guatemala.

Sin otro particular, me suscribo de usted,

Atentamente,



Lic. Carlos Genaro Ortiz Martínez  
Asesor  
Colegiado 6574

**CARLOS GENARO ORTIZ-MARTINEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**



**USAC**  
**TRICENTENARIA**

Universidad de San Carlos de Guatemala  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 09 de agosto de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante HUGO LEONEL MORALES HERNANDEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO CRÍTICO DEL DOLO Y LA CULPA EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/slh.

Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO



Parasio

## **DEDICATORIA**

**ADIOS:** Por darme la sabiduría y permitirme llegar a este momento tan maravilloso.

**A MI PADRE:** Ramón Morales (+). Por su ayuda incondicional, por sus sabios consejos de no doblegarme en la lucha de lograr hacer mis sueños realidad aun cuando el camino sea difícil.

**A MI MADRE:** Hortencia Hernández (+) de quien aprendí a servir a los demás, a tener la esperanza de que el mañana siempre será mejor, y por haberme traído al mundo y bendecir mis pasos hasta el último día que estuvo a mi lado.

**A MI ESPOSA:** Por su amor y por la confianza que depositó en mí para que pudiera alcanzar este escalón, aún de su propio sacrificio y limitaciones personales.

**A MIS HIJOS:** Luis Manuel, Erick Samuel y Dulce Rocío, por impulsarme y apoyarme a alcanzar este triunfo, ya que sin su ayuda no hubiera podido concluir mi sueño, estoy orgulloso de ellos quienes son la razón de mi existencia y deseos de superación que me llena de emoción llegar a este momento tan especial.

**A MIS CATEDRÁTICOS:** Por sus sabias enseñanzas que han sido directriz en mi vida profesional. Los llevo en el corazón.

**AL GREMIO DE**

**ABOGADOS Y NOTARIOS:**

Por su profundo desinterés en colaborar en ampliar mis conocimientos, con un consejo, con una cátedra, con un libro. Por su amistad sincera e ilimitada.

**A LA UNIVERSIDAD:**

De San Carlos de Guatemala, por todos los conocimientos instruidos.

**A LA FACULTAD DE  
CIENCIAS JURÍDICAS  
Y SOCIALES, USAC:**

Por la formación profesional.

**A MIS FAMILIARES:**

Por su invaluable apoyo.

**A MIS AMIGOS:**

Por demostrarme su cariño, especialmente a los compañeros del Ministerio Público, por los momentos inolvidables que compartimos.

**A USTED:**

Especialmente.

**A TODOS:**

Los llevo en el corazón.

# ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

## CAPÍTULO I

1 Patrimonio cultural .....	1
1.1 Antecedentes del patrimonio cultural .....	1
1.2 Definición.....	4
1.3 Clasificación legal de los bienes que integran el patrimonio cultural .....	6
1.3.1 Patrimonio cultural tangible .....	7
1.3.2 Patrimonio cultural intangible .....	9
1.3.3 Medidas de conservación y salvación .....	10

## CAPÍTULO II

2 Legislación vigente a nivel nacional sobre el patrimonio cultural .....	11
2.1 La Constitución Política de la República de Guatemala .....	11
2.2 Convenios y acuerdos ratificados por Guatemala .....	12
2.3 Ley Para la Protección del Patrimonio Cultural.....	14
2.4 El Código Penal .....	15
2.5 Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala.....	16
2.6 Ley de Áreas Protegidas.....	17
2.7 Instrumentos internacionales aprobados por Guatemala.....	18

	Pág.
2.7.1 A nivel internacional .....	18
2.7.2 A nivel regional.....	19
2.7.3 A nivel binacional .....	19
2.7.4 Conocimiento de la legislación.....	20

### **CAPÍTULO III**

3 El delito .....	21
3.1 Aspectos generales .....	21
3.2 Definición de delito .....	22
3.3 Elementos característicos del delito .....	23
3.3.1 Elementos positivos del delito .....	23
3.3.2 Elementos negativos del delito.....	30
3.4 Sujetos del delito.....	35

### **CAPÍTULO IV**

4 El dolo y la culpa .....	37
4.1 La culpa .....	37
4.1.1 Generalidades de la culpa.....	37
4.1.2 La acción típica .....	40
4.1.3 Concepto de cuidado objetivo .....	41
4.1.4 Producción de un resultado.....	42

	Pág.
4.1.5 Aspecto subjetivo .....	43
4.1.6 Previsibilidad .....	43
4.1.7 Criterios de culpabilidad .....	44
4.1.8 Teoría del finalismo .....	45
4.2 El dolo.....	48
4.2.1 Generalidades del dolo .....	48
4.2.2 Clasificación del dolo.....	50
4.2.3 Elementos del dolo.....	57

## **CAPÍTULO V**

5 Análisis jurídico crítico del dolo y la culpa en la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural de la nación .....	61
5.1 Teorías para definir el patrimonio cultural de la nación .....	61
5.2 La necesidad de proteger el patrimonio cultural .....	63
5.3 Amenazas y riesgos que sufre el patrimonio cultural.....	65
5.4 Destrucción del patrimonio arqueológico .....	67
5.5 Protección del patrimonio cultural guatemalteco .....	68
5.6 Análisis jurídico crítico del dolo y la culpa en la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural .....	70
5.6.1 Legislación guatemalteca vigente en materia de patrimonio cultural.....	71
5.7 Individualización del problema.....	79

5.8 Solución del problema luego del análisis jurídico crítico del dolo y la culpa en la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural de la nación .....	80
5.8.1 Necesidad de reformar el Artículo 33, de la ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala. ....	80
5.8.2 Necesidad de suprimir el Artículo 34, de la Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala .....	81
5.8.3 Necesidad de reformar el Artículo 11 del Código Penal.....	81
5.8.4 Necesidad de reformar el Artículo 332 “C”, del Código Penal.....	81
5.9 Ventajas de la solución del problema planteado.....	82
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>83</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>85</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>87</b>

## INTRODUCCIÓN

Actualmente, en Guatemala existe el problema de que la legislación penal vigente no regula, en caso concreto, la culpa y el dolo en la consumación de los delitos contra el patrimonio cultural de la nación y, por ende, surge la propuesta del presente tema, ya que la redacción de la ley, hoy en día, tiene un espíritu flexible que deja abierta una puerta para ser aplicada a sabor y antojo de los depredadores del patrimonio cultural de la nación.

La hipótesis formal que se plantea es la siguiente: si con una regulación específica del tipo doloso y el imprudente o culposo en las leyes protectoras del patrimonio cultural de la nación, se lograría ofrecer una mejor protección integral-legal a los bienes que lo conforman.

Tema que justifica su elección, en virtud que los procesos penales tramitados en contra de los depredadores, se ahogan en los tribunales de justicia, por la astucia de los sujetos activos en esta clase de delitos, al justificar que su actuar se realizó por culpa y no con dolo, evitando así una pena condenatoria.

El objetivo general de este estudio es determinar si la legislación nacional vigente, referente a la protección y conservación del patrimonio cultural de la nación, cumple efectivamente los fines ante la problemática constante de la comisión de los delitos contra el legado cultural y si existe la necesidad de reformar la misma.

En cuanto al enfoque metodológico, se empleó el método dialéctico, apoyado en los métodos inductivo y deductivo; los cuales han encontrado un importante

soporte en las técnicas bibliográficas y de fuente primaria. En lo relativo al procedimiento utilizado, se hizo acopio de la información, para luego analizar y sintetizar la misma, con el fin de elaborar este informe, que es resultado de una exhaustiva y seria investigación.

Esta tesis está integrada de cinco capítulos, los cuales se detallan a continuación:

El primero, relacionado a lo que en sí, es el patrimonio cultural, de manera que se pueda saber cuál es el bien jurídico tutelado; en el segundo se aborda lo que es la legislación vigente, acerca del patrimonio cultural de la nación; seguidamente, se desarrolla en el capítulo tercero, lo referente al delito, en cuanto a sus aspectos generales; en el cuarto capítulo, se tratan las generalidades del dolo y la culpa; y, en el quinto, se realiza el análisis jurídico crítico del dolo y la culpa en la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural de la nación.

Finalmente en cuanto a las teorías que fundamentan la investigación de mérito, es preciso indicar que han consultado importantes autores, tanto guatemaltecos como extranjeros, los cuales mediante sus tratados han dado un importante apoyo a este trabajo.

# CAPÍTULO I

## 1 Patrimonio cultural

### 1.1 Antecedentes del patrimonio cultural

La noción de patrimonio cultural, nace primeramente como patrimonio de la humanidad, el cual se extiende al conjunto del planeta, como una noción del derecho romano, que define el patrimonio como un bien heredado, que se transmite de padres a hijos. Esta mundialización de la noción es una aplicación a escala planetaria, y de la humanidad de los principios de la declaración universal de los derechos humanos.

El concepto de patrimonio de la humanidad fue reconocido oficialmente por la Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura de las Naciones Unidas (UNESCO) en París en 1972 y entró en vigor en 1975. Una convención internacional, fija el marco administrativo y financiero, para la protección del patrimonio de la humanidad cultural y natural que está formado por los monumentos, conjuntos y parajes que poseen un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, y por monumentos naturales, formaciones geológicas, parajes naturales que poseen un valor excepcional desde un punto de vista estético o científico.

La inscripción, como patrimonio de la humanidad se decide por un comité de la UNESCO, compuesto por representantes de los estados firmantes de la convención. Se establecen dos listas, la primera censa los bienes del patrimonio de la humanidad,

la segunda la de los bienes en peligro. La apreciación de valor universal excepcional viene determinada para los bienes culturales por seis dictámenes, más un juicio de autenticidad, y para los bienes naturales por cuatro dictámenes, más un juicio de integridad. Este dispositivo, muestra la voluntad de realizar un juicio de clasificación ecuaníme.

Los nombres que aparezcan en estas listas, deben ser representativos de la diversidad cultural y natural del mundo, de las religiones y de los parajes. Y al hacerlo también tienen que tener en cuenta las veces que se ha inventariado la evolución de los valores sobre la cultura y la naturaleza.

“La lista en cuestión agrupa cerca de 500 bienes, el 80% de los cuales son culturales, entre ellos figura Venecia, el centro de Florencia y San Gimignano en Italia; los conjuntos de Delfos, de Epidauro y de Olimpia en Grecia; la ciudad de Edimburgo y el paraje de Stonehenge en Gran Bretaña; el templo de Angkor en Camboya; el Palacio Imperial de Pekín, la Gran Muralla de China; el Templo de Borobudur en Indonesia; el Palacio de Taj Mahal en la India; Mohenjo-Daro en Pakistán; la ciudad de Petra en Jordania; Baalbek en Líbano; Palmira en Siria; El Cairo Antiguo Islámico, Abu Simbel y los templos de Nubia en Egipto; la ciudad romana de Timgad; el paraje arqueológico de Zimbabue; la estatua de la Libertad en Nueva York; la ciudad vieja de La Habana, México y la ciudad de Palenque en México; la antigua ciudad minera de Ouro Preto en Brasil; Machu Pichu en Perú, el centro histórico de Aviñon, la abadía del Mont-Saint-Michel, las orillas del Río Sena en Paris, el Palacio de Versalles, en Francia; la

ciudadvieja de Berna, en Suiza, en Guatemala, La Antigua Guatemala, y Tikal en el departamento de El Petén.”<sup>1</sup>

Entonces se puede decir a ciencia cierta, que el hombre en cada una de las etapas de convivencia, en cada una de las regiones que ha habitado, ha dejado una huella imborrable, de la cual se ha podido abstraer información importante sobre sus conocimientos científicos, culturales, religiosos; estas obras, han permitido que culturas milenarias se mantengan vivas hasta la fecha, identificándose cada una de ellas por características singulares, transmitiendo hasta el presente una pirámide de valores, tanto espirituales como materiales, de lo cual resulta la tarea de buscar a toda costa perfeccionar todas las medidas protectoras dirigidas a conservar la riqueza contenida en el patrimonio cultural, de cada uno de los países del globo terráqueo.

En la región de Petén, uno de los acontecimientos históricos más sobresalientes ha sido el auge y colapso de la civilización maya, nacida en Kaminal Juyú, ésta floreció en Uaxactún y tomó sus mayores brillos en Tikal, es por eso que el arqueólogo Víctor W. Von Hagen dijo: “Parece increíble que los mayas hayan conseguido hacer lo que hicieron. Su principio tuvo como origen una tribu selvática con un nivel de cultura a cero.”

“Al cabo del tiempo majestuosas ciudades de piedra, construidas por ellos empezaron a multiplicarse en las selvas y en las llanuras. Su arquitectura era tan grandiosa, que

---

<sup>1</sup> Biblioteca de Microsoft R Encarta R 2005. C 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

el hombre al verla por primera vez pensó que era romana, fenicia o quizá una obra de la tribu perdida de Israel.”<sup>2</sup> Por lo que cabe mencionar, que la época prehispánica hacia el 3000 AC ya se habían construido importantes centros ceremoniales mayas, lo que perduró al 900 DC con el mayor florecimiento cultural y artístico de sus centros urbanos, riqueza que ahora es parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad, y que nos compromete a todos a hacer conciencia para proteger y crear un andamiaje legal, acompañado de políticas proteccionistas para salvaguardar esos bienes irremplazables.

## **1.2 Definición**

Para el desarrollo del presente tema de tesis, es de vital importancia tener una idea clara de la definición de patrimonio cultural, y para el efecto mencionamos las definiciones siguientes: patrimonio cultural son los bienes e instituciones que por ministerio de ley o por declaratoria de autoridad lo integren o constituyan bienes muebles o inmuebles, públicos o privados, relativos a la paleontología, arqueología, historia, antropología, arte, ciencia y tecnología y la cultura en general, incluido el patrimonio intangible, que coadyuven al fortalecimiento de la identidad nacional.

Manuel Ossorio, en su diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, define al patrimonio artístico como: “conjunto de obras de arte y de monumentos históricos y literarios que contiene una nación y son objeto de protección legal por parte del estado no sólo afectos de su conservación sino también para su permanencia dentro del país.

---

<sup>2</sup>Von Hagen, Víctor W. **El mundo de los mayas**. Pág.1

Frecuentemente esa protección alcanza no solo a los bienes de esa clase cuyo dominio pertenece a la nación, sino también a los de propiedad particular para impedir su salida a otros países. “Ese patrimonio constituye, pues, el tesoro artístico y cultural de cada país y su protección, aparte la determinada por el Estado, ha sido objeto de medidas internacionales por parte de la UNESCO.”<sup>3</sup>

Mientras que desde el punto de vista jurídico, el Artículo 2 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación contenida en el Decreto 26-97, reformado por el Decreto número 81-98 del Congreso de la República de Guatemala, define el patrimonio cultural como:

Patrimonio cultural. Forman el patrimonio cultural de la nación los bienes e instituciones que por ministerio de ley o por declaratoria de autoridad lo integren y constituyan bienes muebles o inmuebles, públicos y privados, relativos a la paleontología, arqueología, historia, antropología, arte, ciencia y tecnología, y la cultura en general, incluido el patrimonio intangible, que coadyuven al fortalecimiento de la identidad nacional.

Por su parte la conferencia general de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO- en su 17ª reunión celebrada en Paris el 13 de noviembre de 1972, define al patrimonio cultural como: “los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional, desde el punto de vista de la historia del arte o de la

---

<sup>3</sup>Ossorio, Manuel **Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 555

ciencia. Los conjuntos: grupos de construcciones aisladas o reunidas cuya arquitectura, unida e integrada en el paisaje, les dé un valor de la ciencia; los lugares: obras del hombre, y obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético o antropológico”.(Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural, y Natural, Artículo 1, UNESCO)

### **1.3 Clasificación legal de los bienes que integran el patrimonio cultural**

Las generaciones futuras, con una adecuada comprensión del contexto sociocultural y los valores actuales, podrán conocer el pasado, y establecer un enlace con el presente para enfrentar los retos individuales y colectivos del mañana.

Los bienes culturales que integran el patrimonio cultural de la nación, son los elementos fundamentales de la civilización y la cultura de los pueblos y solo adquieren su verdadero valor cuando se conoce con la mayor precisión su origen, su historia, su medio y su clasificación. Guatemala es uno de los países que cuenta con una gama extensa de bienes y expresiones culturales y tradicionales, bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos, que en su conjunto conforman el patrimonio cultural, el cual es objeto de depredación y destrucción.

A continuación se detalla la nómina o clasificación de elementos o bienes que conforman el patrimonio cultural de la nación, regulado en el Artículo 3 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación Decreto 26-97 y sus reformas, cuerpo

legal que establece una clasificación del patrimonio cultural, en patrimonio cultural tangible e intangible y para el efecto procedemos a conocer cuales son:

### **1.3.1 Patrimonio cultural tangible**

Estos bienes se dividen en muebles e inmuebles.

#### **❖ Bienes culturales inmuebles**

Entre ellos están:

- a) La arquitectura, y sus elementos incluida la decoración aplicada.
- b) Los grupos de elementos y conjuntos arquitectónicos y de arquitectura vernácula.
- c) Los centros y conjuntos históricos, incluyendo las áreas que le sirven de entornoy su paisaje natural.
- d) La traza urbana de las ciudades y poblados.
- e) Los sitios paleontológicos y arqueológicos.
- f) Los sitios históricos.
- g) Las áreas o conjuntos singulares, obra del ser humano o combinaciones de éstas con el paisaje natural, reconocidos o identificados por su carácter o valor excepcional.
- h) Las inscripciones y las representaciones prehistóricas y prehispánicas.

#### **❖ Bienes culturales muebles**

Los bienes culturales muebles son aquellos que por razones religiosas o laicas, sean de genuina importancia para el país, y tengan relación con la paleontología, la

arqueología, la antropología, la historia, la literatura, el arte, la ciencia o la tecnología guatemalteca que provengan de las fuentes enumeradas a continuación:

- 1) Las colecciones y los objetos o ejemplares que por su interés e importancia científica para el país, sean de valor para la zoología, la botánica, la mineralogía, la anatomía y la paleontología guatemalteca.
- 2) El producto de las excavaciones o exploraciones terrestres o subacuáticas, autorizada o no, o el producto de cualquier tipo de descubrimiento paleontológico o arqueológico, planificado o fortuito.
- 3) Los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos y sitios arqueológicos.
- 4) Los bienes artísticos y culturales relacionados con la historia del país, acontecimientos destacados, personajes ilustres de la vida social, política e intelectual, que sean de valor para el acervo cultural guatemalteco, tales como:
  - a) Las pinturas, dibujos y esculturas originales.
  - b) Las fotografías, grabados, serigrafías y litografías.
  - c) El arte sacro de carácter único, significativo, realizado en materiales nobles, permanentes y cuya creación sea relevante desde un orden histórico y artístico.
  - d) Los manuscritos incunables y libros antiguos, mapas, documentos y publicaciones.
  - e) Los periódicos, revistas, boletines y demás materiales hemerográficos del país.

- f) Los archivos, incluidos los fotográficos, cinematográficos y electrónicos de cualquier tipo.
- g) Los instrumentos musicales.
- h) El mobiliario antiguo.

### **1.3.2 Patrimonio cultural intangible**

Es el constituido por instituciones, tradiciones y costumbres tales como: la tradición oral, musical, medicinal, culinaria, artesanal, religiosa, de danza y teatro.

Quedan afectos a la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, los bienes culturales a que hace referencia el Artículo 3 en su numeral I, y todos aquellos que tengan más de cincuenta años de antigüedad, a partir del momento de su construcción o creación y que representen un valor histórico o artístico, pudiendo incluirse aquellos que no tengan ese número de años, pero que sean de interés relevante para el arte, la historia, la ciencia, la arquitectura, la cultura en general y contribuyan al fortalecimiento de la identidad de los guatemaltecos.

Cabe mencionar que, el objeto de la ley antes mencionada es regular la protección, defensa, investigación, conservación y recuperación de los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación. Corresponde al estado cumplir con estas funciones por conducto del Ministerio de Cultura y Deportes.

### 1.3.3 Medidas de conservación y salvación

Ahora que ya tenemos claro que bienes integran el patrimonio cultural de la nación, debemos encaminarnos a fijarles medidas de conservación y salvación que deben observarse en la ejecución de obras públicas o privadas, cualquier otra actividad humana que lo ponga en peligro, de conformidad con el sistema jurídico y de organización de cada estado.

Entre las medidas de conservación a observarse tenemos las siguientes:

- ❖ Legislación
- ❖ Financiamiento
- ❖ Medidas administrativas
- ❖ Métodos de conservación y salvación de los bienes culturales
- ❖ Sanciones
- ❖ Reparaciones
- ❖ Recompensas
- ❖ Asesoramiento
- ❖ Programas educativos

## **CAPÍTULO II**

### **2 Legislación vigente a nivel nacional sobre el patrimonio cultural**

Para comprender las bases jurídicas sobre las que descansa o sustenta la protección al patrimonio cultural, se han creado cuerpos legales provistos de sanciones que rigen las relaciones de los hombres en sociedad, en pro de los bienes culturales, leyes que tienen características especiales, dotadas de reglas justas, generales, obligatorias, emanadas del poder legítimo, entre ellas tenemos:

#### **2.1 La Constitución Política de la República de Guatemala**

La Constitución Política de la República de Guatemala, constituye la ley suprema de legislación guatemalteca de ella se derivan las leyes constitucionales, ordinarias, reglamentarias y especiales. La actual constitución regula en el apartado de derechos sociales en la sección segunda, lo referente a la cultura, del Artículo 57 al Artículo 65, que regula el derecho a la misma, la identidad cultural, la protección e investigación de la cultura, el patrimonio cultural y su conformación.

La norma constitucional en el Artículo 61 indica: protección al patrimonio cultural. “Los sitios arqueológicos, conjuntos monumentales y el centro cultural de Guatemala, recibirán atención especial del estado con el propósito de preservar sus características y resguardar su valor histórico y bienes culturales. Estarán sometidos a régimen especial de conservación, el parque nacional Tikal, el parque arqueológico de Quiriguá

y la Ciudad de La Antigua Guatemala, por haber sido declarados patrimonio mundial, así como aquéllos que adquirieran similar reconocimiento.”

La protección legal representa un avance significativo ya que ninguna de las anteriores constituciones se había preocupado del renglón cultural, ni mucho menos de la protección al patrimonio cultural de la nación, con ello el estado de Guatemala, asume la responsabilidad de la preservación y promoción de la cultura y sus manifestaciones por lo que se crea, y actualmente funciona la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes, como órgano específico con presupuesto propio, tal como lo establece el Artículo 65 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

## **2.2 Convenios y acuerdos ratificados por Guatemala**

Actualmente, uno de los propósitos de las Naciones Unidas, de conformidad con su carta constitutiva, es realizar la cooperación internacional en la solución de problemas de carácter económico, social, culturalo humanitario, y para desarrollar la cooperación en materia cultural se cuenta en la sociedad internacional con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultural (UNESCO) cuya constitución suscrita en Londres, el 16 de noviembre de 1945 contiene el mandato de ayudar a la conservación, al progreso y a la difusión del conocimiento velando por la conservación y la protección del patrimonio de libros, obras de arte y monumentos de interés histórico o científico, y recomienda a las naciones interesadas las convenciones internacionales que sean necesarias para tal fin.

Otro avance en la conformación de la doctrina de la protección del patrimonio cultural de la humanidad, es la declaración de los principios de la cooperación cultural internacional proclamada por la conferencia general de la UNESCO en 1996, que afirma que toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos.

Es por ello, que con efecto vinculante y obligatorio para Guatemala, el pacto de derechos económicos, sociales y culturales (16.XII.1996) en su Artículo 15 reconoce el derecho de toda persona a participar en la vida cultural e impone a los estados partes, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura.

Es de vital importancia destacar que a partir de la conversación para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (23.XI.1996), la UNESCO reconoce la unidad e interacción entre patrimonio cultural y patrimonio natural, con ello se pretende proteger como patrimonio cultural, los monumentos, los conjuntos y los lugares que posean valor histórico, estético, etnológico, antropológico (La Antigua Guatemala y parque Nacional de Tikal, por ejemplo) y del patrimonio natural.

Motivos que influenciaron a los diputados de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1985 para que en la actual Constitución Política de la República de Guatemala (tal como se explicó en el numeral anterior del presente capítulo) a incorporar la idea jurídica de la integración de la protección al patrimonio cultural fundamentado en el Artículo 61 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Actualmente, es de interés nacional el robo y tráfico de bienes culturales, para lo cual muchos gobiernos se hicieron representar ante la conferencia diplomática de Roma (7.10.1995) y como consecuencia de ello adoptaron el convenio sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, aplicable a las demandas de carácter internacional de restitución de bienes culturales desplazados o exportados ilícitamente.

A nivel regional se adoptaron en la Ciudad de Guatemala el 26 de agosto de 1996, la Convención Centroamericana para la Restitución y el Retorno de Objetos Arqueológicos, Históricos y Artísticos; y la Convención para la Realización de Exposición de Objetos Arqueológicos, Históricos y Artísticos; que pretende dar seguridad jurídica al patrimonio cultural que se traslada de un estado a otro para ser exhibido.

### **2.3 Ley Para la Protección del Patrimonio Cultural**

Considerando que la codificación del derecho internacional de la protección del patrimonio cultural, se encuentra avanzada en los niveles universales y regionales, en el Congreso de la República de Guatemala, se decretó esta ley, con el número 26-97, que regula la protección, defensa, valorización, rescate, salvamento, recuperación, investigación y conservación de los bienes que integran el patrimonio cultural y que constituyeron un variado y valioso acervo de expresiones, producto de la experiencia histórica de la sociedad, en función de las cuales se moldea la identidad nacional.

Para los transgresores de la ley relacionada, están previstas penas privativas de la libertad personal y multas. Esta ley en la escala jerárquica es una de las que se

denomina “leyes especiales,” porque regulan una materia en particular no contenida en el Código Penal o cuyo contenido en el mismo es mínimo.

Esta ley ratifica que el estado de Guatemala asume la responsabilidad de preservación y promoción de cultura y sus manifestaciones. Actualmente en Guatemala, de conformidad con el Artículo 15 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural, a través del Instituto de Antropología e Historia, del Ministerio de Cultura y Deportes como órgano específico con presupuesto propio, es el ente encargado de la protección de los bienes culturales.

#### **2.4 El Código Penal Decreto número 17-73 y sus reformas del Congreso de la República**

Ley ordinaria que tiene por objeto, regular algunos delitos que protegen bienes considerados parte del patrimonio cultural de la nación, regulación que se lleva a cabo por medio del concurso aparente de leyes, en aplicación del principio de alternabilidad, por indicación expresa de la propia ley especial protectora del patrimonio cultural de la nación, la cual establece, en su Artículo 54 que en cuanto al hurto, robo y tráfico de bienes culturales se sancionará conforme a lo que establece el Código Penal.

Actualmente el Código Penal en el Artículo 255 Bis regula el delito de los hechos sacrílegos, que no es más que el hurto y robo de objetos destinados al culto, sea cosa sagrada o no; así también regula en los Artículos 332”A” al 332 “D” la depredación del patrimonio nacional y el tráfico de tesoros nacionales.

## **2.5 Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala Decreto 60-69 del Congreso de la República**

Es una ley especial, de aplicación regional, en la Ciudad de La Antigua Guatemala y sus áreas circundantes, que protegen bienes inmuebles de la época hispánica, al regular en su Artículo 33 como autor del delito contra el patrimonio cultural de la nación a: “quien destruya, deteriore, dañe o transforme los bienes protegidos por la ley, será responsable del delito contra el patrimonio cultural de la nación y sancionado con la pena de seis meses de arresto mayor a cinco años de prisión correccional según la gravedad del caso, la forma en que hubiera cometido y atendiendo a la importancia del bien destruido, deteriorado o dañado. Dicha pena será conmutable en su totalidad y llevará como accesorio la reparación del mal causado y el pago de los daños y perjuicios correspondientes”.

Esta ley tipifica en el Artículo 36 como autores de faltas contra el patrimonio cultural de la nación a quienes:

- a) Emprendan cualquier obra de restauración, consolidación, conservación, remodelación o cualquier modificación en los bienes a que se refiere la presente ley, sin haber obtenido previamente la autorización respectiva del Consejo.
- b) Emprendan cualquier obra de las arriba indicadas sin observar las condiciones que se hayan fijado para llevarlas a cabo.
- c) Emprendan cualquier edificación nueva dentro del perímetro urbano o fuera de éste, dentro del área de conservación o influencia sin la previa autorización a que se refiere esta ley.

- d) Impidan al Consejo la entrada a cualquier inmueble de los mencionados en el Artículo 22, para determinar su estado y la manera como se atiende a su protección y conservación, así como para tomar los datos descriptivos, dibujos, fotografías, planos o cualquier otros datos e informaciones que a este respecto el Consejo juzgue necesario.
- e) Emprendan cualquier obra de reconstrucción en los monumentos.
- f) Omitan dar aviso o llenar los requisitos a que se refieren los Artículos 21 y 22 de esta ley.
- g) Hagan de los monumentos o construcciones de valor arqueológico, histórico o artístico, uso indebido o indigno de su importancia y los aprovechen para fines que puedan perjudicar o menoscabar sus méritos.
- h) Fije anuncios avisos o carteles en contravención a los dispuestos en el Artículo 26 de esta ley.

## **2.6 Ley de Áreas Protegidas Decreto número 4-89 del Congreso de la República**

Cuerpo legal contenido en el Decreto número 4-89 el Congreso de la República, ley vigente desde enero del año de mil novecientos ochenta y nueve, creada con el fin de proteger y conservar la flora, la fauna, los parques nacionales reservas, los refugios naturales, que constituyen el patrimonio natural de la nación, tal como lo establece el Artículo 64 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que en su parte final indica: "...una ley garantizará su protección y la de la fauna y la flora que en ellos exista."

Se considera de vital importancia indicar que la Ley de Áreas Protegidas en su Artículo 81 Bis regula el delito de: “atentado contra el patrimonio natural y cultural de la nación, incurriendo en la comisión de dicho delito quien sin contar con la licencia otorgada por autoridad competente, cortare, recolectare ejemplares vivos o muertos, parte o derivados de especies de flora y fauna silvestres, así como quien transportare, intercambiare, comercializare o exportare piezas arqueológicas o derivados de éstas, será sancionado con prisión de cinco a diez años y multa de diez mil a veinte mil quetzales.”

“También serán sancionadas, con igual pena aquellas personas que contando con la autorización correspondiente, se extralimitaren o abusaren de los límites permitidos.”

## **2.7 Instrumentos internacionales aprobados por Guatemala**

### **2.7.1 A nivel internacional**

- ❖ Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural.
- ❖ Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales.
- ❖ Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, su reglamento de aplicación y protocolos.
- ❖ Convenio de unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente.
- ❖ Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático.

### **2.7.2 A nivel regional**

- ❖ Convención de la OEA sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las américas.
- ❖ Convención centroamericana para la protección del patrimonio cultural.
- ❖ Convención centroamericana para la restitución y el retorno de objetos, arqueológicos y artísticos.
- ❖ Convención centroamericana para la realización de exposiciones de objetos arqueológicos, históricos y artísticos.

### **2.7.3 A nivel binacional**

- ❖ Convenio técnico-operativo para la restitución y el combate del tráfico ilícito de monumentos arqueológicos, artísticos e históricos entre la Secretaría de Educación Pública de los Estados Unidos Mexicanos y el Ministerio de Cultura y Deportes de Guatemala.
- ❖ Convenio de protección y restitución de monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, entre Guatemala y los Estados Unidos Mexicanos.
- ❖ Memorándum de entendimiento en materia de arqueología, antropología, protección y conservación del patrimonio cultural entre el Gobierno de la república de Guatemala y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

- ❖ Memorandum de entendimiento entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de Guatemala, relativo a la imposición de restricciones de importación de los materiales u objetos arqueológicos de las culturas precolombinas de Guatemala.

#### **2.7.4 Conocimiento de la legislación**

No solamente es obligatoria la observancia, sino el conocimiento de la normativa vigente sobre el tema, la efectividad de la ley depende, en gran medida del conocimiento, entendimiento, sujeción y la aplicabilidad o positividad que de ella hagan suyas las comunidades.

El conocimiento de las normas de participación, hará que los miembros de las comunidades puedan acceder a jugar un papel decisivo en la vida cultural de la nación y por ende, en la protección del patrimonio cultural; se hace necesario conocer los diferentes mecanismos y espacios de participación acogidos en la Constitución Política de la República, y desarrollados por distintas leyes.

Bien jurídico tutelado teleológicamente, uno de los fines del derecho es la tutelaridad de que el sujeto y objeto que la norma destina proteger o amparar; Ossorio 2000 expresa que “fuera de su aspecto penalístico se debe entender que es un bien jurídico, que se encuentra amparado dentro de todos los aspectos del derecho.”

## CAPÍTULO III

### 3 El delito

#### 3.1 Aspectos generales

Un delito es, la consumación una acción o conducta humana, es por ello que se descartan todos los resultados producidos por las fuerzas de la naturaleza, por lo que no debemos dejar de pensar, cuando hablamos de delito, que el mismo es una conducta realizada por una persona, como lo regula nuestro Código Penal vigente en su Artículo 10, que el delito es la “...consecuencia de una acción u omisión...” pero cuando este accionar, o los hechos cometidos por una persona están expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, se impondrán las penas establecidas en la ley, pero básicamente partiendo del principio nullum poena sine lege, regulado por nuestro ordenamiento legal vigente, específicamente, en el Artículo 1 del Código Procesal Penal, y el Artículo 1 del Código Penal, y aunado a este principio con lo establecido en el Artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial que regula el principio procesal del debido proceso, que la Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 6 que: “ninguna persona puede ser detenida o presa sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente...” sin embargo en la legislación nacional vigente, no regula un Artículo que defina lo que debemos entender por delito.

### 3.2 Definición de delito

El diccionario de la Real Academia Española nos indica que delito (*delicto*) es acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley; y en el diccionario de Guillermo Cabanellas y Alcalá Zamora, se recoge la definición de delito de Jiménez de Asúa, que entiende por tal “el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable aun hombre y sometido a una sanción penal”. En consecuencia, según ese mismo autor, las características del delito serían: actividad, adecuación típica, anti- juridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad.

Mientras que para el autor Francisco Muñoz Conde, delito es: “toda conducta que el legislador sanciona con una pena”<sup>4</sup>.

Y para el autor Bacigalupo: “infracción de un deber ético-social, lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Delito es toda es toda conducta que el legislador sanciona con una pena”<sup>5</sup>

Mientras que para el autor de esta tesis, delito es “una conducta, es un acto o una omisión, realizada por una persona, típicamente antijurídica, culpable y punible, es decir que el estado en uso de su poder, o en cumplimiento de su deber, asigna una pena.

---

<sup>4</sup> Muñoz Conde Francisco y Mercedes García Arán, **Derecho procesal penal**, Pág., 41.

<sup>5</sup> Bacigalupo Enrique, **Elementos de la teoría del delito**. Pág. 13.

### **3.3 Elementos característicos del delito**

Para fines del presente trabajo se considera necesario analizar separadamente los elementos característicos del delito para conocer y saber su conformación, ya que está conformado por una serie de elementos **positivos** constitutivos del mismo que son esenciales para su existencia, y para afirmar la responsabilidad penal del sujeto activo; teniendo en contraposición una serie de elementos **negativos** que destruyen la conformación del delito desde el punto de vista jurídico, eliminando la responsabilidad penal del sujeto infractor.

#### **3.3.1 Elementos positivos del delito**

##### **❖ La acción o conducta humana**

Esta puede ser voluntaria o involuntaria, como producto de una acción u omisión, requiere que el acto mismo esté previsto en la ley como delito, en una figura definida y panada en la ley, sino existe esta esencial condición, no hay resultado punible. Además podemos hablar dela conducta dolosa en la cual existe un propósito deliberado de un fin, no así en la conducta humana culposa, donde el resultado viene a ser más causal que finalista.

Los autores Héctor Aníbal De León Velasco y José Francisco De Mata Vela, definen la acción diciendo que es “una manifestación de la conducta humana consciente (voluntaria o inconsciente (involuntaria) algunas veces; positiva (activa) o negativa (pasiva) que causa una modificación en el mundo exterior (mediante un movimiento corporal o mediante su omisión) y que está prevista en la ley”.

Mientras que para el autor de esta tesis, acción es la “consecuencia de la actividad humana prevista o no que a la postre puede tener consecuencias jurídicas en la medida que esté regulada en la ley”.

### ❖ La tipicidad

Para el autor Raúl Carrancá Trujillo “la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto o ley penal.”<sup>6</sup>

Mientras que para el autor de esta tesis la tipicidad es “es adecuar la conducta humana con lo establecido previamente en la ley penal, y así garantizar los derechos individuales del hombre, para evitar abusos y arbitrariedades del poder judicial.”

El tipo legal se encuentra en las normas penales, mientras que aquélla es la encuadrabilidad de la conducta humana a la forma abstracta que describe la ley, tipo legal, tipo penal o simplemente tipo, por lo que es muy importante diferenciar la tipicidad del tipo.

“En la doctrina la tipicidad cumple, entre otras, una función sumamente importante como lo es la función garantizadora, ya que la tipicidad resulta ser una consecuencia inevitable del principio de legalidad o de reserva (**NULLUN CRIMEN; SINELEGE**), por medio del cual no puede haber crimen, ni pena, si no está previamente establecido en una ley penal que la regule (Artículo 1°. Del Código Penal vigente) este principio ha alcanzado plena vigencia en casi todas las legislaciones del mundo, porque encerrando un contenido filosófico, jurídico, político y científico, se constituye en una garantía de

---

<sup>6</sup> Carrancá y Trujillo, Raúl. Pág. 407

los derechos individuales del hombre, delimitando la actividad punitiva del Estado, y protegiendo a la ciudadanía de los posibles abusos y arbitrariedades del poder judicial.”<sup>7</sup>

La tipicidad tiene o guarda una estrecha relación con la antijurídica pero no debe confundirse con ésta, la existencia de la primera ni implica necesariamente la de la segunda, aunque se reconoce que la tipicidad sí es un indicio de antijuricidad, pues existen hechos que siendo típicos no son antijurídicos, el tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuricidad (*ratio cognocendi*) pero no se puede identificar con ella (*ratio essendi*).

En el tipo se incluyen todas las características que fundamentan positivamente su antijuricidad. Sin embargo, no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características, y hay que dejar al juez o al interprete la tarea de buscar las características que faltan. Esto sucede ante todos en los delitos imprudentes (culposos) en donde la acción prohibida tiene que ser establecida por el juez con ayuda del criterio de la diligencia debida.

### ❖ La antijuricidad

La antijuricidad en el delito, sostiene la teoría puramente jurídica de la antijuricidad, que consiste en la contradicción a las normas objetivas del derecho. Para que una conducta humana pueda ser considerada antijurídica, necesariamente tiene que ser típica, pero puede darse el caso que aún estando tipificada en la ley, desaparezca la ilegalidad de

---

<sup>7</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal, y José Francisco De Mata Vela, **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 159.

la conducta, por existir una causa de justificación que establece nuestra ley sustantiva, regulado en el Artículo 24 del Código Penal, por existir una legítima defensa, un estado de necesidad o el legítimo ejercicio de un derecho; o bien exista una excusa absolutoria que se da en algunos delitos contra el patrimonio (hurtos, robos con fuerzas en las cosas, estafas, apropiaciones indebidas y daños) en virtud del parentesco entre los sujetos activos y pasivo, por razones de política criminal, que desaconsejan, bajo algunas circunstancias, la imposición de una pena, tal como se establece en los Artículos 208 y 476 del Código Penal.

Mientras que para el autor de esta tesis la antijuricidad “es lo contrario a lo establecido en la ley, es contravenir las disposiciones legales que regulan nuestra sociedad”.

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.

#### ❖ **Antijuricidad formal y material**

Se entiende por antijuricidad formal la violación de la norma prohibitiva o preceptiva por el comportamiento. Dicha norma se encuentra implícita en toda regla jurídico-penal (por ejemplo, “no matar” en relación al Artículo 123 del Código Penal).

Por antijuricidad material se comprende, por el contrario, el carácter dañino del acto, materializando en la lesión o en la puesta en peligro de un bien jurídico. Este perjuicio no debe ser comprendido “en sentido natural, como causa de un daño a determinado objeto de la acción (por ejemplo, muerte de una persona o daños a una cosa), sino como contradicción al valor ideal que debe proteger la norma jurídica (lesión del bien jurídico)”.

La noción de antijuricidad material es de particular importancia política. Su influencia es importante:

- a) Para la interpretación de los tipos legales (la acción puede ser formalmente conforme con el tipo legal, pero no adecuarse al tipo de delito por su significación social: por ejemplo injurias en el ámbito familiar);
- b) Para la individualización de la pena debido a que, al hacer posible la graduación de lo injusto, permite determinar mejor la culpabilidad del agente;
- c) Por último, para la comprensión de la índole y de la amplitud de las causas de justificación al facilitar la apreciación del conflicto de intereses; y
- d) Puede servir también para una interpretación restrictiva de los tipos penales. Así por ejemplo, negar la calificación de robo, cuando con amenazas se pide a alguien que entregue diez quetzales, o una contribución económica de escasa cuantía. En estos casos, no se afecta el patrimonio de un modo relevante.

## ❖ La culpabilidad

Para el maestro Palacios Motta, citado por los licenciados Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela<sup>8</sup>, define la culpabilidad como elemento del delito, así:

“Es un compartimiento consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo actuar diversamente”.

Reyes Echendía, siguiendo a Antolisei, define la culpabilidad “como la actividad consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente”.

Por lo que se puede decir que su naturaleza es claramente subjetiva.

Mientras que para el autor de esta tesis la culpabilidad es “imputación o señalamiento, que se da cuando por conductas permitidas por la ley se produce un resultado dañoso, lo que despierta un sentimiento de responsabilidad”.

## ❖ La imputabilidad

Para el autor Luis Jiménez de Asúa, la culpabilidad es como “la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente”<sup>9</sup>,

---

<sup>8</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal, y, José Francisco De Mata Vela, **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 159.

<sup>9</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de derecho penal**. Pág. 86.

eso quiere decir que se necesita buena salud mental y un desarrollo psíquico, biológico y moral, integral, para que el agente hechor pueda responder de los hechos típicamente antijurídico cometidos.

El Código Penal vigente, regula en su Artículo 23, y considera, al igual que la escuela de juristas o escuela clásica que la imputabilidad se basa en la responsabilidad moral y el libre albedrío del delincuente, concibiendo así dos clases de sujeto, unos imputables y otros inimputables.

El autor Raúl Carracá y Trujillo indica que “es imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstractas e indeterminadamente; todo el que sea apto, idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a la exigencias de la vida en sociedad.”<sup>10</sup>

De conformidad con esta definición queda claramente marcada la imputabilidad como una expresión del hombre al vivir en sociedad, donde cada acto que realice, tendrá consecuencias naturales de los mismos que serán atribuibles a él, y de los cuales deberá responder (a excepción de los menores de edad y los enajenados mentales)

Para el autor de esta tesis la imputabilidad es la característica que tiene una persona para responsabilizarla de un hecho que cometa, siendo éste reprochable.

---

<sup>10</sup> Carracá y Raúl Trujillo, Op. Cit. Pág. 415

## ❖ La punibilidad

Cuando la conducta humana, típicamente antijurídica y culpable (acción u omisión) tiene asignada una pena, al actor se hace acreedor a un castigo. A dicha situación es a la que se le denomina “punibilidad”.

Para el autor de esta tesis la punibilidad se refiere al hecho de que a una persona responsable de una acción contraria a derecho, es merecedora de un castigo.

Sin embargo, existen circunstancias en que, aún existiendo la infracción penal y el autor de la misma, éste no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador.<sup>11</sup> A estas razones el Código Penal les denomina en el título III de las causas que eximen de responsabilidad penal, contempladas del Artículo 22 al 25 de dicho cuerpo legal.

### **3.3.2 Elementos negativos del delito**

Son aquellos que tienden a destruir la configuración técnica del delito y como consecuencia se inclinan a eliminar la responsabilidad penal del sujeto activo.

En la legislación los elementos negativos del delito, están contenidos en el Código Penal, en su título III del libro primero que los denomina como “causas que eximen de responsabilidad penal”, y las clasifica en tres grandes grupos, de la siguiente manera:

---

<sup>11</sup>Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 630.

## ❖ Causa de inimputabilidad

De conformidad con la ley, no son imputables y por ende tampoco responsables penalmente:

1°. el menor de edad,

2°. quien en el momento de la acción u omisión, no posea, por causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardo o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente. (Artículo 23. Inimputables, Código Penal guatemalteco.)

Ejemplos de inimputabilidad toda acción en la que el sujeto sea menor de edad o sufra de un trastorno mental permanente o transitorio, debiendo recordar que en el caso del primero y el tercero dicha condición se debe verificar en el tiempo en que se realizó el delito, no importando si cuando es capturado ya es mayor de edad o ya se recuperó del trastorno mental transitorio.

La constitución política de la república de Guatemala, establece en su Artículo 20: menores de edad. “los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud.

Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser recluidos en centros penales o de detención destinados a adultos. Una ley específica regulará esta materia.”

En cuanto a quienes en el momento de la acción u omisión, no posean, por causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardo o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente; nos indica el autor Hurtado Aguilar<sup>12</sup> “de situaciones en que la inteligencia y la voluntad se hallan abolidas o perturbadas en grado apreciable” que no permiten al sujeto conocer y comprender la ilicitud del acto que realizan, y que lo convierten en inimputable ante la ley penal del estado...Según lo plantea el autor citado, esto puede deberse a casos de sonambulismo, estados hipnóticos, locura, psicosis, neurosis, histeria, locura maniaco depresiva, esquizofrenia, epilepsia, idiotez, psicopatías, intoxicaciones alcohólicas o por estupefacientes, etc. También hay un sin número de estados o situaciones que, incluso por la concurrencia de otra clase de factores no siempre concomitantes, pueden causar en el paciente trastornos mentales apreciables, para lo cual es importante tener en cuenta que la norma legal al referirse a estos casos, dice: “salvo cuando el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente”.

El entendimiento del acto jurídico, la conciencia que de su comportamiento debe tener el actor, es fundamental para el reproche en que consiste la antijuricidad. Así pues, se

---

<sup>12</sup> Hurtado Aguilar, Hernán. **Derecho penal compendiado** Pág. 37

debe analizar, si el sujeto activo sabe que está actuando en contra del ordenamiento jurídico.

El objeto de la conciencia de lo injusto, no es conocimiento del precepto jurídico vulnerado ni la punibilidad del hecho. Basta por el contrario, que el autor sepa qué comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario, que por consiguiente se haya prohibido jurídicamente.

Error de prohibición: supone el desconocimiento no de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino del hecho de estar prohibida su realización, es decir su antijuricidad. Este error no solo se da cuando el autor cree que él actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud del hecho.

Error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva –error de prohibición directo- o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación o causa exculpante error de prohibición indirecto.

La conciencia de la ilicitud o el conocimiento de lo injusto da su contenido entorno a la teoría de la culpabilidad. Con esto podemos afirmar que el error de prohibición tanto si es directo como indirecto no incide en la configuración típica, dolosa o culposa del delito, si no en la culpabilidad del autor del tipo delictivo que haya realizado.

El error de prohibición puede ser de dos clases:

**Evitable.** Cuando actuando con mayor diligencia se pudo salir del error, **inevitable** cuando es imposible escapar a éste.

### ❖ **Causas de justificación**

En la doctrina científica del derecho penal, las causas de justificación son el negativo de la antijuricidad como elemento positivo del delito, y son aquellas que tienen la virtud de convertir en lícito un acto ilícito, es decir que cuando en un acto delictivo aparece una causa de justificación de lo injusto, desaparece la antijuricidad del delito, porque el acto se justifica, y como consecuencia se libera de la responsabilidad penal al sujeto activo.

De conformidad con nuestro ordenamiento legal vigente, son causas de justificación:

1°. La legítima defensa, 2°. Estado de necesidad, 3°. Legitimidad ejercicio de un derecho; y que están debidamente explicadas, para su comprensión, en el Artículo 24 del Código Penal guatemalteco.

### ❖ **Causa de inculpabilidad**

Al igual que las causas de inimputabilidad y las causas de justificación, las causas de inculpabilidad, son eximentes de la responsabilidad penal del sujeto activo, y en este caso porque el elemento subjetivo del delito, que es la voluntad del agente, no existe o está justificada, en ese sentido las causas de inculpabilidad son el negativo de la culpabilidad como elemento positivo del delito, y surgen precisamente cuando en la comisión de un acto delictivo, no existe: dolo, culpa o preterintención.

De conformidad al Código Penal guatemalteco en su Artículo 25 regula que son causas de inculpabilidad, las siguientes: Miedo invencible: 1°. Fuerza exterior: 2°. Error 3°.

Obediencia 4°. Omisión justificada 5°. Mismas que también están debidamente explicadas en dicho artículo del cuerpo legal citado.

### **3.4 Sujetos del delito**

#### **❖ Sujeto activo**

Es la persona o personas que realizan la acción descrita en el tipo penal, y a quienes se sanciona. Es el sujeto o sujetos a quienes se penaliza por haber cometido un delito. El sujeto activo recibe también los nombres de: ofensor, agente, delincuente, según la doctrina, pero a criterio nuestro, estas denominaciones caben cuando solo se tiene noticia de un hecho delictivo, pero cuando ya se ha iniciado un expediente de investigación con número de causa en un juzgado o con número de proceso en el Ministerio Público, cambia de denominación, como sindicado, imputado, procesado, o acusado, de acuerdo al Artículo 70 del Código Procesal Penal vigente.

#### **❖ El sujeto pasivo**

Es quien recibe las consecuencias de la comisión de un delito, y generalmente es el titular del bien jurídico protegido, recibe el nombre de sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, según la doctrina, pero a criterio nuestro, estas denominaciones caben cuando solo se tiene noticia de un hecho delictivo, pero cuando ya se ha iniciado un expediente de investigación con número de causa en un juzgado o con número de proceso en el Ministerio Público, cambia de denominación a: el agraviado, Artículo 117, querellante adhesivo, Artículo 116, acusador adhesivo Artículo 118; todos del Código Penal  
vigente.



## **CAPÍTULO IV**

### **4 El dolo y la culpa**

Es preciso establecer algunos conceptos que son indispensables en la comprensión de lo que se trata de explicar. En ese sentido, para poder entender que un resultado es culposo aún cuando la motivación inicial para cometer un delito haya sido el dolo, es preciso estudiar lo que significa la culpa, y el dolo así como las formas en que se pueden presentar dichas figuras.

#### **4.1 La culpa**

##### **4.1.1 Generalidades de la culpa**

En el caso de la culpa se trata de no querer producir el resultado dañoso. Es decir que con ocasión de realizar una conducta permitida por la ley, lo cual es comprensible si se obra por imprudencia, negligencia o impericia, tal como lo establece el Artículo 12 del Código Penal (A diferencia de lo que sucede con el acto doloso, el juicio de valor negativo referente al acto culposo no está basado en el contenido de la voluntad del agente.)

La culpa es: “la forma de manifestación de la culpabilidad, mediante una conducta casualmente productora de un resultado típico, que era previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido, necesario para cumplir el deber de

atención y cuidado exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales temporales, concurrentes con el acontecimiento”.<sup>13</sup>

En las teorías que explican la culpa se encuentran básicamente dos grupos, que se consignan a continuación:

En la culpa típica lo que hay es posibilidad de la representación del resultado, y, en el dolo eventual, hay una representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con precisión, se le representa al agente como posible, el evento. La sola diferencia está en que no la ratifica, como en el *dolus eventualis*, y por el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta.

En la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga. Por eso nos parece impropia la frase culpa con previsión, porque, como dijo Carrara, haber previsto que no sucederá, es como no haber previsto. Esta clase de culpa debe llamarse culpa con representación o culpa consiente.

Una hipótesis doble aclarará las dudas, si aún existen: el hombre que se ofrece llevar un bien cultural consistente en una imagen religiosa del siglo XVII, tallada en madera, pero maneja a gran velocidad su automóvil y penetra en una población cuyas calles están muy concurridas, si se representa la posibilidad de realizar maniobras, y frenadas constantes y confía en que su pericia le librerá de ocasionarle algún deterioro a la imagen que transporta, comete el delito de depredación de bienes culturales, cuando un obstáculo se interponga en su camino y frene repentinamente, quebrando

---

<sup>13</sup> Cela Treviño, Sergio. **Culpabilidad e inculpabilidad**, Pág. 180

por la mitad la imagen que transporta, por culpa con representación,(mal llamada con previsión); porque ha causado el deterioro sin ratificarlo; al contrario, con la esperanza, por su parte, de que su pericia y fortuna lograrían impedirlo. En cambio, se representa la posibilidad de un deterioro que no confía pueda ser evitado por su pericia en razón de que la marcha que lleva es demasiado grande para ello, y aunque él no quiera, como deseo de primera clase deteriorar la imagen, hay indiferentismo de su parte con respecto a la depredación del bien que transporta, que ha ratificado en su ánimo por afán de ganar la carrera; por eso, a pesar de la representación del peligro, sigue pisando el acelerador y el coche continúa marchando a gran velocidad hasta que sobreviene el incidente. El conductor no ha obrado con la finalidad de dañar el bien cultural que transporta, su comportamiento constituye más bien una desconsideración respecto a los bienes jurídicos tutelados y que no son de su propiedad. Los responsables de comportamientos culposos deben, como consecuencia, ser reprimidos penalmente.

Así ha sucedido en casi todas las épocas. Actualmente, en razón de la mecanización y del desarrollo técnico, la culpa se ha transformado quizá en la principal, fuente de riesgos para los bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal y la salud de las personas, el delito contra el patrimonio cultural de la nación, el tráfico de tesoros nacionales. Para mejor proteger estos bienes, es indispensable reprimir los actos culposos. La gravedad de los delitos culposos, es sin duda, menor que la de los delitos dolosos.

Este es el criterio admitido en el Código Penal. Según el Artículo 12, párrafo 2, los “hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley”. Es el caso, por ejemplo, del homicidio culposo (Artículo 127), aborto culposo (Artículo 139, párrafo 2) lesiones culposas (Artículo 150), el incendio y estrago culposo (Artículo 285) tráfico de tesoros nacionales culposo (Artículo 332 “C”). Delito contra el patrimonio cultural de la nación, culposo, (Artículo 33, Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala). Si el número de tipos legales en los que se prevé delitos culposos es bastante limitado, esto no significa, que sean los delitos menos frecuentemente cometidos. Las estadísticas muestran que, en realidad, representa la mayor parte de los asuntos que ocupan, en especial a los judiciales.

#### **4.1.2 La acción típica**

En los delitos imprudentes, la acción típica no se encuentra descrita, pues, al no ser intencionales, se recurre a tipos abiertos, en donde se enuncia, hablando del delito de tráfico de tesoros nacionales: “Si la adquisición se realiza por culpa, se reducirá la pena a la mitad” y es labor del juez terminar de configurar la acción en cada uno de los delitos que se consideran dolosos, en países como el nuestro, de sistema limitado o *numerus clausus*, o de determinar si el tipo doloso acepta su realización culposa, integrando la acción países como España, en donde sólo exista una norma residual que permite convertir en culposos, los tipos dolosos, según sea el caso. El punto de referencia objetivo entonces en esta clase de tipo, es el denominado deber objetivo de cuidado. El núcleo del tipo objetivo consiste en la divergencia entre la conducta realizada y como debió de haberse realizado si se hubiere seguido el deber de cuidado.

### **4.1.3 Concepto de cuidado objetivo**

El concepto de cuidado es de carácter objetivo normativo, es objetivo porque es necesario determinar cuál es el cuidado que en la vida social real se le presta a la conducta realizada, y es normativo porque implica la valoración de cual hubiera sido el cuidado que un hombre razonable hubiera puesto en la conducta en comparación con el tenido por el sujeto activo.

Existe además un elemento intelectual de las previsible posibles consecuencias de la acción desarrollada, (previsibilidad objetiva) y otra valorativa, por la cual sólo es contraria al cuidado de la conducta que está por debajo de la media, socialmente aceptada.

Los delitos culposos, también pueden consistir en un comportamiento de omisión. Sin embargo, es extremadamente raro que se prevea la represión de una omisión propia a título de culpa. En cambio, cada vez que la culpa es reprimida es posible que el tipo legal sea concretado mediante una omisión impropia (comisión por omisión).

Consecuentemente con la imputación objetiva del resultado, al autor del acto, es indispensable constatar si hay una vinculación entre la violación del deber de cuidado y el resultado. Esta relación no se da cuando el resultado se hubiera producido aún si el autor hubiere obrado según su deber de prudencia. La violación de este último no sería relevante para la producción del resultado perjudicial.

Las fuentes del deber de cuidado son de tres tipos:

- a) El tipo legal mismo, que presupone una norma general de prohibición, por ejemplo, la de comercializar, exportar o de cualquier modo transferir la propiedad, la tenencia de alguno de los bienes culturales señalados, Artículo 332 “C” del Código Penal.
- b) Las normas legales complementarias (por ejemplo, la Ley de Tránsito) o consuetudinarias (*lex artis*)
- c) Las circunstancias del caso concreto (por ejemplo, la destrucción alteración o inutilización parcial o totalmente, los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación. (Artículo 44 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto número 26-97 y su reformas.)

El contenido del deber de prudencia, consiste en reconocer el comportamiento peligroso, (por ejemplo, manejar una retroexcavadora en un área arqueológica) o en tomar las medidas necesarias y adaptadas al comportamiento peligroso, por ejemplo: la violación a las medidas de protección de bienes culturales, Artículo 43 Ibid.

#### **4.1.4 Producción de un resultado**

El resultado debe ser imputable objetivamente al agente. Esta última circunstancia es analizada como un problema de causalidad. Es cuestión, en la práctica, de establecer las condiciones que permiten atribuir al autor del acto el daño que se quería evitar. El criterio más frecuentemente aplicado, es el de la denominada teoría de la causalidad adecuada. Según esta concepción, como ya hemos visto, la acción debe ser considerada causa del resultado cuando, de acuerdo con el curso ordinario de los hechos y la experiencia de la vida, era propia para provocar dicho resultado.

#### **4.1.5 Aspecto subjetivo**

El resultado debe ser previsible, para que se dé la culpa, porque si no lo fuera estaríamos ante un caso fortuito, y, por lo tanto, al margen del Derecho Penal. La previsibilidad sería, en este sentido, una calidad del resultado culposo. Pero, la previsibilidad debe también ser considerada en la perspectiva del agente. Es decir, tiene que constatarse si el agente podía o no prever el resultado previsible.

#### **4.1.6 Previsibilidad**

Para evitar estas dificultades, se propone tomar en cuenta a nivel del análisis de la tipicidad, las capacidades personales y de los conocimientos que posea el agente respecto de la situación concreta en que se encuentra. Si de acuerdo con estos elementos, el agente no puede comprender los alcances de su comportamiento y no se puede esperar que respete el deber de prudencia, su comportamiento debe ser considerado no típico, salvo si puede darse cuenta de su incapacidad.

A la persona capaz de prever la peligrosidad de cierto comportamiento, se le puede exigir que actúe de manera que tienda a evitar que este peligro se concrete. Dicho de otra manera, el orden jurídico le impone la obligación de respetar los bienes jurídicos de terceros; de tener cuidado al efectuar acciones peligrosas. En resumen, de obrar con la prudencia debida. Cuando el autor, capaz de prever la realización del tipo legal, no se da cuenta de las consecuencias posibles de su comportamiento, se habla de culpa inconsciente. Por el contrario, se trata de culpa consciente si el agente, habiendo previsto el peligro, obra sin tener en cuenta dichas consecuencias.

#### **4.1.7 Criterios de culpabilidad**

Entre las teorías de la culpabilidad la predominante es la del consentimiento (representante importante de V. Hippel; en España entre otros, Jiménez de Asúa, Tratado, V, p. 574ss; Antón One D P., P.200ss.; del Rosal, D. P. , II, P. 103ss.; Rodríguez Devesa, D. P., P. 447SS.). El dolo eventual es la representación de un resultado probable, que se asiente, aprueba, acepta, consiente y que por eso se quiere. Pero aquí se está utilizando querer con un significado completamente diferente.

Cuando se dice que el dolo es querer, se pone este en relación a un proceso real de volición de un determinado suceso en la realidad (Juan quiere demoler un muro antiguo, coge la piocha, el medio apto y golpea sobre el muro). En cambio en los hechos definidos como el dolo eventual la constelación es diferente. Hay un suceso posible -que los trabajos de remodelación del inmueble alcancen el muro antiguo - y un resultado posible –la demolición del muro-, todo lo cual sería aceptado, tomado a cargo o aprobado.

Es decir, en los casos de dolo eventual se sustituye un proceso real por un totalmente hipotético, luego, no se puede hablar de realización volitiva, sino exclusivamente de hipótesis aceptada. Y por eso la práctica jurídica que se guíe por esta teoría ineluctablemente tiene que confirmar lo señalado por Liepmann, esto es, que actuará con dolo eventual el pobre diablo, el ya disidente, pues se partirá de su mal ánimo

yserá fácil entonces reconducir los indicios o pruebas de modo que confirmen tal premisa”.<sup>14</sup>

En el Código Penal vigente se emplea, a veces, la expresión “culpa” o “culposo”, que equivale a la de “imprudencia” o “negligencia”, considerado preferible esa terminología por cuanto el termino “culpa” tiene el lenguaje ordinario una aceptación mucho más amplia equivalente al de “responsabilidad”.<sup>15</sup>

Por otro lado se señala: “El descuido o desprecio absoluto en la adopción de las precauciones más elementales para evitar un mal o daño”<sup>16</sup>

#### **4.1.8 Teoría del finalismo**

Por último quiero completar mi análisis de la culpa, indicando que uno de los cambios más profundos para la teoría del delito lo produjo la denominada corriente finalista de la acción, la cual constituyó una revisión completa del modo existente (neoclásico), y con ello todo un nuevo contenido. Su fundador y principal exponente fue Hans Welzel; otros autores importantes que han enriquecido esta concepción son Werner Niese, Reinhart Maurch, Gunter Stratenwerth, Armin Kaufmann, etcétera.

La teoría finalista emprende, pues, la tarea no solo de superar el causalismo valorativo, sino también las posiciones críticas, pero imperfectas como sistema, que habían surgido en contra de aquel esquema del delito, comentadas anteriormente en el apartado de críticas a la teoría neoclásica.

---

<sup>14</sup> Bustos Ramírez, Juan. Ob. Cit. Pág. 33

<sup>15</sup> Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Aran. Ob. Cit. Pág. 235.

<sup>16</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, Pág. 56.

Con ese fin se critica severamente el fundamento mismo del causalismo, esto es su concepto de la acción, para los finalistas la acción por ser realizada por el hombre no es causal sino final, pues éste gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites las consecuencias de su actuar. La actividad del hombre encaminada a un fin se realiza conforme a un plan, que puede implicar, decisiones en cuanto a momento, medio, objeto, de acuerdo con la finalidad que se desea alcanzar. Así, pues, el movimiento final está dirigido a un fin, el causal no, pues resulta solo de la suma de sus componentes (causa-resultado).

El finalismo, pues, supera los conceptos casualistas anteriores y concibe la acción atendiendo su principal aspecto subjetivo: el contenido de la voluntad, que radica precisamente en su propósito o fin, ya que esto es lo que distingue la conducta humana de los fenómenos naturales. Tal punto de vista implica que como los posteriores elementos del delito (tipicidad y antijuridicidad) van referidos a la acción, tengan que ser calificativos o predicados que afectan no sólo a la parte externa de la conducta, sino también al elemento que fundamenta aquella, es decir, su finalidad.

Al principio, en los delitos culposos Welzel seguía entendiendo que tanto la tipicidad como la antijuridicidad recaían de modo exclusivo sobre la parte externa de la acción (sobre la causación de los resultados desvalorados, ya que la finalidad resultaba jurídicamente irrelevante). Sin embargo, luego modificó su posición, para sostener que en tales hechos, también es esencial, para el injusto típico otro elemento subjetivo de la acción, diferente de la finalidad, que es la falta al deber de cuidado (o el carácter descuidado en la realización del hecho).

Es así como tanto el tipo como la antijuridicidad se subjetivizan, dejando de ser elementos predominantes o exclusivamente objetivos, para pasar a tener carácter mixto: el tipo se concibe como un aspecto objetivo (que es la manifestación de voluntad en el mundo físico requerida por el tipo) y un aspecto subjetivo (que es el aspecto interno, la voluntad propiamente dicha, manifestada en el dolo); así, pues, se estructura la concepción compleja del tipo penal, dejando atrás el tipo simple o unitario que sólo contemplaba el aspecto externo y objetivo.

La antijuridicidad igualmente implica un juicio valorativo, aunque se trata de un juicio de contrariedad con la normativa objetiva de valoración, sin que suponga todavía un quebranto a la norma subjetiva de determinación, lo cual se examina en la culpabilidad.

Como consecuencia del traslado del dolo y la culpa al tipo, que llevó a algunos autores a acusar al finalismo de “vaciar” la culpabilidad, se produce un replanteamiento de este último elemento, aunque manteniendo la concepción normativa, que la señala como reprochabilidad. Dicha corriente la despoja, eso sí, de elementos valorativos neutros (el dolo neutro), y le deja solo aquéllos (como la conciencia del injusto) auténticamente relevantes para el juicio de reproche individual. Tal posición, avalada por un sector mayoritario de la doctrina por ser la más coherente y admisible, supera la idea tradicional del llamado *dolus malus* (el denominado dolo culpable, compuesto del conocimiento y voluntad de realizar la parte objetiva del tipo, además, de la conciencia de la antijuridicidad, ya que se concebía como requisito de la culpabilidad plena) y lo sustituye por el concepto de “dolo natural” (ubicado en el tipo de injusto) que podría

tener perfectamente un demente, un niño, o un analfabeta que esté en error de prohibición, independientemente de que luego su conducta sea inculpable.

El finalismo se inclina por mayoría, entonces, hacia una teoría “estricta de la culpabilidad” frente a la cual surge la llamada “teoría limitada de la culpabilidad que viene a ser la necesaria complementación de la teoría de los elementos negativos del tipo, presentando ambas, enfoques distintos en áreas sensibles del último nivel de análisis del delito, en particular en lo que se refiere al error en las causas de justificación (justificación putativa).

## **4.2 El dolo**

### **4.2.1 Generalidades del dolo**

Cometer un delito con dolo significa producir un resultado sabiendo que la conducta que lo genera es prohibida en ley, ya sea esta conducta una acción o una omisión.

Para definirlo técnicamente, se cita a Luis Jiménez de Azúa, el cual afirma que dolo es: “la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho, que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con conciencia de que se quebranta un deber con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con

representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o consciente”<sup>17</sup>.

El dolo se puede presentar en dos formas: dolo directo y dolo eventual. Siendo el dolo directo: “el que el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad): el autor quería demoler un inmueble protegido por la ley y lo demuele ...”<sup>18</sup>

Mientras que en el dolo eventual: “el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización”.<sup>19</sup>

Los autores ya citados De Mata Vela Y De León Velasco, que se refieren a: “Que el hecho se cometa: a sabiendas, es decir, que el hecho requiere de un dolo específico: la conciencia de que el documento es falso”.<sup>20</sup>

Por otro lado el destacado autor desaparecido, licenciado Guillermo Alfonso Monzón Paz, en su obra Introducción al Derecho Penal Guatemalteco, parte especial, señala: “Los actos falsos a que se refiere el uso, pueden ser públicos o privados. A menos que la ley, en cuanto a los documentos privados, requiera para esta acriminación al fin de

---

<sup>17</sup> Jiménez de Azúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**, Pág. 240

<sup>18</sup> Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. Ob. Cit. Pág. 226

<sup>19</sup> Ibid. Pág. 227

<sup>20</sup> Ibid. Pág. 230

obtener para sí o para otros algún provecho o de causar a otros un daño, lo que equivale a decir que requiere un dolo específico”<sup>21</sup>

Con dichas citas textuales, se quiere expresar la importancia que tales autores nacionales le quieren dar al dolo específico; que en sentido estricto es el que otro sector de la doctrina como Francisco Muñoz Conde nombra como “elemento intelectual del dolo”<sup>22</sup>.

Sin embargo, este es uno de aquellos delitos que no puede considerarse como tal, puesto que en hipotético caso, que el sujeto responsable no tenga conocimiento (uno de los elementos del dolo específico o directo) de que el documento que porta es falso, no podría haber dolo, por lo que el delito se cometería por culpa, es decir sería un delito imprudente, por no proceder con la debida diligencia y verificar con autoridad correspondiente, la veracidad del documento, por ejemplo, el sujeto que encarga a otro el trámite de una licencia de construcción, documento que luego puede ser falso, porque éste segundo se dedica a actividades ilícitas, con la ignorancia del anterior. Por tales motivos, es posible (se dice de momento, para comprobarse más adelante en este trabajo), que en delito como el contenido en el Artículo 325 del Código Penal se geste como delito culposo. Lo cual demostraría lo equivocadamente inflexible del tipo, al contener dicho elemento del dolo cuando señala: “a sabiendas”.

#### **4.2.2 Clasificación del dolo**

##### **❖ El dolo directo**

---

<sup>21</sup> Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco**, parte especial, Pág. 192.

<sup>22</sup> Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. Ob. Cit. Pág. 247.

El dolo general, es comúnmente confundido en nuestro medio con figuras como la preterintencionalidad, la tentativa o los delitos culposos; sin embargo, el mismo debe ocupar su propio espacio en la legislación penal.

En Guatemala, el tratamiento de esta figura no se da. De tal manera que la presente investigación pretende inquietar la necesidad de su tratamiento en una forma adecuada y concreta en el Código Penal.

Llamado también, dolo intencional y determinado, surge cuando existe plena coincidencia entre la voluntad del agente y su resultado. Juan quiere demoler un bien inmueble cultural y lo demuele.

#### ❖ **El dolo indirecto o de consecuencias necesarias**

El llamado "*dolus generalis*". Piénsese en el siguiente caso: "A" quiere matar a "B" para robarle un bien cultural, y lo quiere hacer a golpes con un bastón; luego de propinarle un número considerable de golpes en el cuerpo y en la cabeza, cree haberle producido la muerte; para ocultar el cadáver lo arroja a un pozo con agua. Al descubrirse el hecho los médicos comprueban que "B" murió ahogado y que, por lo tanto no estaba muerto, como creyó "A" cuando éste lo arrojó al pozo. En consecuencia, cuando el autor quiso matar no logró el resultado; cuando creyó que no mataba (pensaba que arrojaba al pozo el cadáver) produjo el resultado de muerte.

Las opiniones se dividen en lo que respecta al tratamiento de estos casos. Para una parte de la teoría, deben admitirse dos acciones diferentes, en el primer tramo, tentativa de homicidio y en el segundo homicidio culposo (en concurso real.) Para otro

grupo de opiniones, se trata de un único, hecho en el que debe admitirse en dolo general de matar, que se concretó en la obtención del resultado (es decir, homicidio doloso).

La primera solución es la preferible, pero siempre y cuando la decisión de realizar el segundo tramo del hecho sea sobreviniente. Si el autor desde el comienzo pensó ocultar el cadáver de la manera en que lo hizo, sólo habrá una desviación no esencial de nexos causal.

### ❖ El dolo eventual

Es cuando el agente ha previsto y querido un resultado determinado, pero a la vez prevé que se realicen otro u otros resultados, lo cual no lo detiene en la realización de la acción. Por ejemplo, aquella persona que construye a la par de un bien arqueológico, a sabiendas que puede derrumbarse, y sin técnicas modernas de construcción inicia la construcción, lo cual provoca que se derrumbe el bien protegido por la ley.

En la culpa típica, lo que hay es posibilidad de la representación del resultado, y en el dolo eventual, representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con previsión, el agente se representa, como posible el evento. La sola diferencia está en que no lo ratifica, como en el *dolus eventualis*, y con el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, proseguiría su conducta.

La definición de dolo eventual, consiste según Jiménez de Azúa en: “el dolo en que el agente se representa como posible la realización del delito, pero aún así persiste o

ratifica la conducta ilícita”<sup>23</sup> En la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga. Por eso nos parece impropia la frase culpa con previsión, porque, como dijo Carrara, “haber previsto que no sucederá es como no haber previsto”. Esta clase de culpa debe llamarse culpa con representación o culpa consiente.

Una hipótesis doble aclarará las dudas si aún existen: el hombre que se ofrece llevar una imagen religiosa del siglo XVII, pero maneja a gran velocidad su automóvil y penetra en una población, cuyas calles están muy concurridas, si se representa la posibilidad de realizar maniobras, y frenadas constantes y confía en que su pericia le libraría de ocasionarle algún deterioro a la imagen que transporta, comete el delito de depredación de bienes culturales, cuando un obstáculo se interpone en su camino y frena repentinamente, quebrando por la mitad la imagen que transporta, por culpa con representación, (mal llamada con previsión); porque ha causado el deterioro, sin ratificarlo; al contrario, con la esperanza, por su parte, de que su pericia y fortuna lograrían impedirlo. En cambio, se representa la posibilidad de un deterioro que no confía pueda ser evitado por su pericia, en razón de que la marcha que lleva es demasiado grande para ello, y aunque él no quiere, como deseo de primera clase deteriorar la imagen, hay indiferentismo de su parte con respecto a la depredación del bien que transporta, que ha ratificado en su ánimo por afán de ganar la carrera; por eso, a pesar de la representación del peligro, sigue pisando el acelerador y el coche continúa marchando a gran velocidad hasta que sobreviene el incidente.

---

<sup>23</sup> Jiménez de Azuá, Luis. Ob. Cit. Pág. 243

Por eso, habría que entender que el dolo eventual está asimilado, sólo para los afectados de la pena, al dolo, y que ello se deduce del Artículo. 9. 4ª del Código Penal que establece una atenuante cuando el delincuente no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. Es decir, la culpa con un elemento subjetivo del injusto (cfr. Bustos: 1984; p. 324) – contar con o decidirse por- (llamada dolo eventual), se equipara al dolo para los efectos de la pena en virtud de su mayor intensidad criminal, pero para establecer la diferencia, se impone una atenuante (en esa dirección ya Córdoba: notas; p. 321; Mir: notas; p. 427/428). De este modo, además se cumple con el principio de garantía, esto es, que toda la ley, en caso contrario habría que determinar que el dolo eventual es culpa, aun para los efectos de la pena (ni el juez ni la doctrina pueden crear o agravar injustos, sólo la ley).

Por otra parte, queda claro que la estructura del dolo eventual es de culpa y, por tanto, que no podrá aplicarse a todo tipo legal, sino sólo a aquéllos que permiten la estructura de intención trascendente, como el hurto o la falsificación de documentos.<sup>24</sup>

Este tipo de dolo eventual, basado en la teoría de la representación, es tan sólo una forma de juzgar sobre la base de hipótesis aceptada, es decir no sobre proceso reales. Recuérdese que el dolo no debe ser visto desde el punto de vista psiquiátrico, sino más bien jurídico.

---

<sup>24</sup> Bustos Ramírez, Juan. Ob. Cit. Pág. 33

Por lo que este segundo grupo de autores, no sólo abocan este tipo de casos “eventuales” a la idoneidad del medio empleado en el delito, (es decir la mordaza que lógicamente en el correr de los minutos puede producir asfixia), sino además eliminan el dolo eventual al expresarse enfáticamente que este queda subsumido en el dolo directo. Conviene citar, para conclusiones de la postura de este grupo de autores estudiados para el presente plan de trabajo, al mismo Gimbernat que señala: “pero dejemos de expresiones prosaicas y hablemos técnica y crudamente: todo ellos es (autoritario) derecho penal de autor y no (democrático) derecho penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad de hecho.

### **Dolo de antecedente**

La intención del agente es previa a la acción criminosa. El agente realiza su acción con la intención, desde un principio, de practicar o no realizar el delito. Ejemplo: un delito de estafa.

### **❖ Dolo concomitante**

El que se da al mismo tiempo de la acción criminosa. Ejemplo: Una persona es agredida en la vía pública y ante el acontecimiento a su vez ataca al agresor.

### **❖ Dolo subsecuente**

El que aparece después de la acción inicial o determinante. Por ejemplo: en la apropiación indebida, el propósito criminoso aparece hasta que se tiene el objeto en la mano.

### ❖ **Dolo premeditado**

También llamado reflexivo, se da cuando el agente fríamente y por un periodo apreciable de tiempo, medita su acción, calculando las circunstancias y detalles de su acción.

### ❖ **Dolo de ímpetu**

A la inversa del anterior, es aquél en el que la “cogitatio” y la acción son inmediatos. Por ejemplo, en los crímenes pasionales.

### ❖ **Dolo genérico**

Se da cuando el agente no se propone la obtención de un resultado preciso. Por ejemplo: lanzar una bofetada a la deriva para lavar la ofensa.

### ❖ **Dolo específico**

Al contrario del anterior, se pretende un fin determinado y concreto. Por ejemplo, con arma blanca se desea la amputación de un determinado apéndice del cuerpo humano.

### ❖ **Dolo de lesión**

Se da cuando el agente se propone causar daño a otra persona. Por ejemplo, en la ocultación de un gravamen de un bien inmueble.

### ❖ **Dolo de peligro**

Si el agente sin intención de causar un daño a alguien, con su conducta crea una situación determinada de riesgo de un bien jurídico. Transportar un bien cultural sin la debida licencia.

José Francisco de Mata Vela al referirse al dolo manifiesta: “el dolo: que marcando el límite máximo de la culpabilidad se convierte en su forma más grave y se ha definido así: “consciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito” (Jiménez de Asúa). “voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso (Cuello Calón; es decir, que el dolo es el propósito o la intención deliberada de causar daño, de lesionar o poner en peligro un bien jurídico tutelado. Rodríguez Devesa dice que actúa dolosamente el que sabe lo que hace y quiere hacerlo; asignándole al “saber” un elemento intelectual, intencional y cognoscitivo y el “querer” un elemento volitivo o emocional.”<sup>25</sup>

#### **4.2.3 Elementos del dolo**

Muchos autores manifiestan que los elementos del dolo son emocionales o afectivos e intelectuales. Jiménez de Asúa, hace la distinción entre uno y otro y los describe de la siguiente manera:<sup>26</sup>

##### **❖ Elementos intelectuales**

Hay que explorar, en primer lugar si el dolo supone en el agente la conciencia de tipo, la conciencia de la antijuricidad o la conciencia de otro concepto más eficaz para la

---

<sup>25</sup> De Mata Vela, José Francisco. **El Delito, Eje fundamental del derecho penal**. Ediciones Superiores. Guatemala. 1983. Pag.59.

<sup>26</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**. Impresora y ediciones México, 1998. Pag.59.

conducta de los hombres. Sabemos ya que el tipo no es otra cosa que la descripción que ha hecho no la norma, sino la ley, partiendo del supuesto de que la vida real nos va a presentar casos que precisan punición. Ahora bien: cuando se dice que el tráfico de tesoros nacionales es comercializar, exportar o de cualquier modo transferir la propiedad o la tenencia de alguno de los bienes culturales señalados en la ley, sin la autorización estatal, ¿es preciso que el sujeto, para que obre con dolo, debetener consciencia de que hay un artículo en el código penal que define como delito ese acto, tipificando el hecho.

En este elemento, no se supone que se conozca por el agente la descripción típica del mismo modo que la sabe el técnico: mejor dicho: la representación del agente debe ser de la situación real correspondiente a la descripción típica, y no debe exigirse que conozca los elementos de tipo legal, pues ello presupondría un estudio jurídico.

Entonces el elemento intelectual es el hecho por el cual el sujeto activo comete el hecho delictuoso a sabiendas que el mismo está penado por la ley, es decir, que tiene consciencia del hecho que está cometiendo, pero no es necesario que el sujeto activo conozca jurídicamente su descripción señalada en la ley, la pena asignada al mismo, y sus consecuencias doctrinarias y legales. El sujeto activo comete el ilícito sabiendo que el hecho está señalado como delito, pero no tiene mayores conocimientos del mismo.

## ❖ Elementos afectivos

Deben unirse las teorías de la voluntad y de la representación para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto. La voluntad sola, no basta. Debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho.

Del mismo modo deben separarse deseo e intención. Podemos tener afán de que una persona muera y aunque obtengamos el resultado puede no ser éste doloso.

Un sujeto incita a otro a que se guarezca bajo un árbol un día de tormenta. A fin de que la chispa eléctrica lo fulmine. Si el rayo lo mata, no podríamos ciertamente, tipificar un homicidio doloso. En suma: el deseo no puede identificarse con el dolo.

En la intención el sujeto supone hacerle daño a otro y efectivamente produce el daño, por lo que la intención que lo llevó a cometer el delito si se puede considerar como dolo, porque antes de cometer el mismo se lo representó y lo ejecutó: asimismo habrá dolo en el hecho, de que el sujeto se representa cometer un delito. Pero se comete otro mayor, en este caso habrá dolo pues el agente tuvo la intención de cometer un hecho ilícito aunque al final se haya provocado otro mayor.

La intencionalidad es una de las características esenciales del dolo, pues con ésta, el sujeto activo ha supuesto el cometimiento del delito, se lo ha representado, lo ha previsto y lo ejecuta; es decir que antes de cometer el delito, el sujeto activo ya se lo ha imaginado, aunque el resultado de la acción sea el cometimiento de otro delito diferente del que se había imaginado, el sujeto activo de la acción delincencial.



## **CAPÍTULO V**

### **5 Análisis jurídico crítico del dolo y la culpa en la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural de la nación**

#### **5.1 Teorías para definir el patrimonio cultural de la nación**

Manuel Ossorio, en su diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales define al patrimonio artístico como: “conjunto de obras de arte y de monumentos históricos y literarios, que contiene una nación y son objeto de protección legal por parte del Estado no sólo afectos de su conservación, sino también para su permanencia dentro del país. Frecuentemente esa protección alcanza no solo a los bienes de esa clase cuyo dominio pertenece a la nación, sino también a los de propiedad particular para impedir su salida a otros países. Ese patrimonio constituye, pues, el tesoro artístico y cultural de cada país y su protección, aparte la determinada por el estado, ha sido objeto de medidas internacionales tales como las propiciadas por la U.N.E.S.C.O. en las reuniones de Neufchatel del año 1961, de Nigeria de 1964 y París de igual año.”<sup>27</sup>

La cultura es la transmisión de la conducta y también una fuente dinámica de cambio, creatividad y libertad, por cuyo intermedio se manifiestan las posibilidades de innovación. Para los grupos y las sociedades, la cultura es energía, inspiración y potenciación, y al mismo tiempo conocimiento y reconocimiento de la diversidad. A ello debe encaminarse, también, la tarea de construir la paz y consolidar los valores

---

<sup>27</sup> Ossorio Manuel, Ob. Cit. Pág. 555

democráticos, que son un conjunto indivisible de objetos, del mismo modo que para instaurar los derechos económicos y políticos, no es posible disociarlos de los derechos sociales y culturales.

A fin de poder conceptualizarlo en su justa dimensión y en su significado, el valor social de un bien cultural, se define en relación a la importancia paleontológica, arqueológica, antropológica, histórica, artística o cultural que posea ese bien para determinada comunidad o nación.

De igual manera, un bien cultural posee un valor social al otorgar a las generaciones futuras la posibilidad de satisfacción de uso y goce de esa herencia. Otra fuente de valor social de patrimonio cultural, lo constituye la explotación turística que pueda hacerse del mismo. No obstante, más que el valor económico que pudiera representar un bien cultural, lo constituye el valor social que el mismo tiene para una comunidad o nación.

Al tratar de establecer una definición adecuada sobre el término “bienes culturales”, se enfrentan situaciones como las siguientes:

- ❖ La dificultad de homogenizar un concepto unificado, debido a que cada pueblo tiene su propia concepción del mismo;
- ❖ En la noción de “patrimonio cultural” como categoría jurídica, sobresalen las teorías doctrinales formuladas en Italia a través de la denominada comisión Franceschini, que en 1964, por la labor desarrollada fundamentalmente por

Massimo Severo Giannini se acuñó el término de patrimonio cultural, interpretado desde una enumeración de los diferentes bienes culturales;

- ❖ La dificultad provocada por la amplitud de la expresión, en la que se incluyen diferentes conceptos que en algunos casos pueden generar confusión, como la utilización indistinta de la noción de patrimonio artístico y la de “patrimonio cultural”, siendo esta última más vasta.

Consecuentemente, se estableció una noción genérica en virtud de la cual debían considerarse como bienes culturales los bienes que constituyen un testimonio material dotado de valor de civilización.

La recomendación de la UNESCO sobre el intercambio internacional de bienes culturales, define de la siguiente manera a los bienes culturales: constituyen bienes culturales, los bienes que son expresión y testimonio de la creación humana o de la evolución de la naturaleza y que tenga, o puedan tener, a juicio de los órganos competentes de cada estado, un valor y un interés histórico, artístico, científico o técnico.

## **5.2 La necesidad de proteger el patrimonio cultural**

¿Por qué debe protegerse el patrimonio cultural? El concepto de patrimonio cultural se sitúa en tres niveles cronológicos, como el legado del pasado, en el presente y la herencia que les dejaremos a futuras generaciones, a fin de que puedan aprender, recrearse y disfrutar de él, de modo que es en el presente cuando han de realizarse las actividades que tiendan su protección.

En tal sentido, dentro del espectro de beneficios que el patrimonio cultural aporta a la sociedad y por el que debe ser ampliamente protegido es porque:

- Proporciona ayuda en el proceso de entender una identidad, es parte del acervo de la nación y componente básico de la identificación de los pueblos que la constituyen. Su pérdida o destrucción, limita la posibilidad de poder conocer más profundamente las raíces de una nación;
- Ayuda a hilvanar la historia, a través del proceso de investigación científica e histórica, pueden conocerse hechos y acontecimientos sucedidos en el pasado que son trascendencia en el presente;
- Forma y educa, a través del conocimiento del patrimonio cultural, se complementa el aprendizaje de los textos educativos;
- Preserva las tradiciones, las artesanías, el folclor en sus más variadas manifestaciones, los objetos arqueológicos e históricos son algunos de los elementos con que la comunidad se identifica y a diferencia del resto de la nación, la región y el mundo;
- Contribuye a impulsar el turismo, porque constituye una atracción para el afluente turístico, educando a los visitantes, promoviendo su respeto y reconocimiento, generando a la vez una importante fuente de ingresos financieros para el país;
- Fortalece los procesos de investigación científica, encontrando respuestas a planteamientos históricos, sociales y culturales;
- Estimula la creatividad ya que incentiva su preservación, valorización y transmisión a las generaciones futuras, como testimonio de la experiencia de las aspiraciones humanas.

Sin embargo, el tiempo no se ha detenido y situaciones alarmantes como la comercialización y el tráfico ilícito de bienes culturales, sigue su marcha. Cada vez es más grande la lista de bienes culturales de diferentes países que han sido víctimas del saqueo de su la riqueza cultural.

Guatemala es un país que no ha quedado al margen, de ver menguada su herencia histórica y cultural por personas y organizaciones sin escrúpulos, respeto ni consideraciones, todo ello debido a que existe una gama extensa de expresiones culturales y tradicionales, así como de bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos que constituyen el patrimonio Cultural.

El patrimonio cultural guatemalteco está constituido por bienes fácilmente identificables, por su singularidad, los cuales provienen de las épocas, prehispánica, colonial y republicana que lamentablemente está siendo objeto de depredación.

El saqueo de sitios arqueológicos y los robos en museos e iglesias, se realizan inescrupulosamente para satisfacer la creciente demanda nacional e internacional de antigüedades.

### **5.3 Amenazas y riesgos que sufre el patrimonio cultural**

Existen situaciones alarmantes como la comercialización y tráfico ilícito, que siguen su marcha, ya que cada vez es más sorprendente el número de países que han sido víctimas del saqueo de sus bienes culturales, entre ellos específicamente Guatemala, viendo menguada la herencia histórica por personas y organizaciones sin escrúpulos, ni respeto, ni consideraciones. Ya que museos famosos de Europa y Norteamérica, es

de público conocimiento que mantienen en sus exhibiciones numerosas piezas sustraídas en cuestionables condiciones de otros países, incluyendo Guatemala.

El tráfico ilícito de bienes culturales, es cualquier movimiento o transacción ilegal de bienes culturales, dentro del país y hacia o desde el extranjero. La existencia de un mercado ilegal de este tipo de bienes, diversos delitos contra el patrimonio cultural, tales como robos, saqueos, contrabando y falsificaciones.

El tráfico ilícito puede definirse como la importación o exportación y comercio de bienes culturales robados, saqueados o aquellos que salen de un país sin permiso oficial, en tres niveles de naturaleza distinta:

- ❖ Debido a la falta de promoción de valores y responsabilidades entre miembros de la población sobre la importancia social de los bienes culturales y de las leyes que los protegen, generando acciones sistemáticas de saqueo y tráfico ilícito, que les reporta un ingreso económico adicional, generalmente promovidas y lucradas por los grandes traficantes ilegales de bienes culturales;
- ❖ Como producto de la negligencia o corrupción del personal de las instituciones entre cuyas funciones se encuentran la protección de los bienes culturales, como aduanas, museos, zonas arqueológicas, de los templos, de las bibliotecas, archivos, etc.;
- ❖ Como una actividad amplia y rigurosamente organizada, que cuenta con cuantiosos recursos para financiar operativos (como el soborno) dirigidos a robar o saquear bienes culturales “por encargo” altamente cotizados en el mercado y que cuenta con una selecta clientela que es el punto de arribo de esta actividad.

El tráfico ilícito de los bienes culturales ocupa el cuarto lugar después del tráfico de armas, drogas y de especies protegidas.

#### **5.4 Destrucción del patrimonio arqueológico**

Entre los principales peligros de destrucción que corre la evidencia arqueológica se encuentran:

La codicia de saqueadores que a través de la sistemática profanación de tumbas, despojan piezas de gran valor y objetos que ha sido destruidos y cuya información se ha perdido irremediabilmente.

El egoísmo de coleccionistas, que pagan inmensas sumas por poseer dichas piezas y objetos, arrancando a las comunidades su derecho, y obstruyendo la investigación científica.

El desinterés ciudadano de no informar a los profesionales o instituciones correspondientes sobre los hallazgos o saqueos en sitios arqueológicos.

El desarrollo urbanístico y la creciente irresponsabilidad de encargados de obras o proyectos civiles, de no ajustarse a la legislación vigente en cuanto a procedimientos destinados a la protección de centros y conjuntos históricos, lo que provoca un impacto dañino al patrimonio arqueológico.

## **5.5 Protección del patrimonio cultural guatemalteco**

Los bienes culturales desempeñan un papel fundamental en el fortalecimiento de la identidad de los pueblos, de las generaciones futuras, con una adecuada comprensión del contexto sociocultural y los valores actuales, podrán conocer el pasado y establecer un enlace con el presente para enfrentar los retos individuales y colectivos del mañana.

Por lo cual, uno de los elementos fundamentales de la civilización y de la cultura de los pueblos, lo constituyen sus bienes culturales, y éstos solamente adquieren su verdadero valor cuando se reconoce con la mayor precisión su origen, su historia y su medio. En tal sentido, la destrucción de bienes culturales, así como su saqueo y posterior tráfico, constituye un daño irreparable porque al sustraer de su contexto dichos bienes, los mismos pierden todo valor histórico-cultural, impidiendo conocer aspectos propios de las culturas antiguas de los pueblos.

Guatemala es un país que cuenta con una gama extensa de expresiones culturales y tradicionales, así como bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos que constituyen su patrimonio cultural. Lamentablemente dicho patrimonio está siendo objeto de depredación y destrucción y entre los principales peligros que corre el patrimonio cultural están los siguientes:

- ❖ La codicia de saqueadores o huacheros, que a través de una experiencia adquirida por la sistemática profanación de tumbas logran robar piezas de gran valor a costa de la destrucción del contexto físico e histórico donde se hallan

estas, perdiéndose irremediablemente la información que éstas pudieran haber aportado para la ciencia y la cultura.

- ❖ El egoísmo de coleccionistas, que pagan inmensas sumas por poseer objetos invaluable en sus manos, robando a la comunidad el derecho de apreciar y entender algo que le pertenece, obstruyendo la investigación científica.
- ❖ La ignorancia de excursionistas o turistas, que recogen todo tipo de objetos de los sitios arqueológicos. Desde los más mínimos “recuerdos”, hasta las excavaciones ilegales por la mera emoción de encontrar “algo” destruyendo sistemáticamente la información que es necesario conservar para que futuras investigaciones aporten al panorama que tenemos del pasado.
- ❖ La desidia de cualquier ciudadano, que no informa a las instituciones correspondientes sobre el hallazgo o saqueo de sitios arqueológicos.
- ❖ La irresponsabilidad de encargados de obras o proyectos civiles que no acatan la legislación vigente en cuanto a procedimientos de protección de centros y conjuntos históricos que pertenecen al patrimonio cultural.
- ❖ El descuido de una serie de profesionales ligados al turismo, educación e investigación que deterioran los sitios arqueológicos con suciedad, malos manejos de la evidencia e inadecuada práctica en sus investigaciones.
- ❖ Escasa o inexistente protección y vigilancia de las iglesias católicas que conservan gran cantidad de piezas de imaginería colonial, las cuales no están debidamente registradas ni inscritas en el Registro de Bienes Culturales de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes de Guatemala.

## **5.6 Análisis jurídico crítico del dolo y la culpa en la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural**

El rico y variado patrimonio cultural colonial de Guatemala, se encuentra en constante amenaza en vista de que cada vez existe mayor interés por obtener objetos de arte, sin importar para ello que deban hasta matar a personas inocentes, para ser robados de iglesias, conventos, museos o casas particulares, tanto en poblados rurales como en los urbanos. Es seguro que el robo de imágenes de vírgenes, arcángeles y pinturas, se efectúa por encargo de personas para obtener piezas específicas que vendrán a decorar sus hogares.

Debido a que en la actualidad se ha puesto de moda el arte y la arquitectura de tipo colonial español, muchos anticuarios consideran que la compraventa de estos bienes culturales, es un negocio próspero económicamente. Poseer un objeto del patrimonio cultural, que muchas veces se adecua a espacios o lugares que decorativamente están esperando por él, además que dicha posesión da un “estatus de cultura”, educación y capacidad de adquisición al nuevo propietario. Siendo verdad o no, favorable o no para tales objetos, estos cumplen propósitos de apreciación y exhibición en contexto fuera del original concepto religioso, perdiendo así el propósito para el cual fue creado.

Existen en la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural, del Ministerio de Cultura y Deportes, los reportes de cientos de objetos robados en todo el territorio nacional. Esto incluye objetos religiosos, imágenes de vírgenes, santos ángeles, retablos o parte de ellos, objetos de oro y plata como custodias, copones, cálices, candeleros, candelabros, espadas, piezas arqueológicas, etc.

Pérdida de objetos de veneración que han dejado a las comunidades desposeídas de sus valores y tradiciones, dañando el sentimiento religioso de las mismas.

Estos robos se llevan a cabo en el interior de los templos católicos y es allí donde radica el problema, en virtud que no constituye competencia solamente del Ministerio de Cultura y Deportes, sino que será compartida con la curia, las hermandades y cofradías; pues este ministerio a través del Registro de Bienes Culturales, es el encargado del registro, para protección de dichos bienes y a la iglesia le corresponde la salvaguarda de los mismos.

### **5.6.1 Legislación guatemalteca vigente en materia de patrimonio cultural**

#### **❖ Código Penal y sus reformas**

Las acciones antes descritas están tipificadas como delitos en el Capítulo IV del Código Penal Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala que les denomina DE LA DEPREDACIÓN DEL PATRIMONIO NACIONAL, específicamente en el Artículo 332 “A”. Hurto y robo de tesoros nacionales, en el Artículo 332 “B”. Hurto y robo de bienes arqueológicos, y en el Artículo 332 “C”. Tráfico de tesoros nacionales, los cuales tienen señalada una pena de hasta de quince años de prisión, y el segundo párrafo de este último artículo indica: “Se impondrá la misma pena a quien comprare o de cualquier modo adquiriere bienes culturales hurtados o robados. Si la adquisición se realiza por culpa, se reducirá la pena a la mitad.”

Este último párrafo es el que utilizan los traficantes de tesoros nacionales para salir airosos, en los procesos que se les sigue cuando son sorprendidos mediante

allanamiento que su actividad es ilícita, al estar comerciando bienes que son parte integrante del patrimonio cultural de la nación, ya que no existe ningún antecedente donde se pueda decir que alguien fue condenado a quince años de prisión por cometer este delito. Sino que lo que hacen es convencer a los operadores de justicia, a toda costa, que su actuar se realizó por culpa, y con ello lograr que la pena se reduzca a la mitad y así lograr algún beneficio legal, que originalmente por la pena asignada a este delito, no es posible otorgar ninguna medida desjudicializadora.

Inclusive los traficantes de tesoros nacionales se atreven pedir la extinción de la acción o de la pena, que está regulada en la el Artículo 332 “D”, del Código Penal guatemalteco, incorporando al proceso penal que se les sigue, una declaración jurada u otro escrito donde indican que voluntariamente y sin requerimiento alguno entregan los objetos sustraídos o traficados, lo cual a todas luces no es posible, ya que eso debieron hacerlo antes del allanamiento donde fueron sorprendidos en esa actividad ilícita.

Por lo tanto para el autor de esta tesis; es necesario suprimir la parte final del segundo párrafo del Artículo 332 “C” que indica “Si la adquisición se realiza por culpa, se reducirá la pena a la mitad.” Tomando en cuenta que, la conducta de quien comete esta clase de delito reviste de antijuridicidad, puesto que es contraria al orden jurídico establecido. La antijuridicidad, en sentido formal, una relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal. Materialmente hablando, una acción antisocial que pone en peligro un bien jurídico tutelado; y que en un juicio de valor se declara que la conducta no es la demanda del derecho, por tanto un injusto penal. Este injusto debe

sancionarse, por lo que la conducta tipificada como antijurídica e ilícita, tiene asignada una pena. La tipicidad es la encargada dentro de la teoría del delito, de definir la adecuación de un hecho (constituye éste una acción o bien una omisión) con la descripción que de él hace un tipo penal. Y la culpabilidad, el reproche, porque el sujeto hechor en esta clase de delitos pudo actuar de otro modo.

Además, se considera pertinente suprimir la parte final del segundo párrafo del Artículo 332 “C” del Código Penal, ya que la tipicidad no implica precisamente una pena, y la punibilidad reviste un elemento totalmente autónomo en el delito. El problema radica, en que se deben establecer las condiciones objetivas y externas que se presenten en determinada conducta. Sin embargo el delito debe ser considerado en tres aspectos especiales: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Otra razón que considera el autor de esta tesis para suprimir el tipo doloso establecido en la parte final del segundo párrafo del Artículo 332 “C” del Código Penal, es porque el tipo debe ser una derivación del principio de legalidad, y no un margen de desacierto en la elaboración del mismo, ya que éste debe ser redactado en forma comprensible para la mayoría de la población, se debe utilizar términos descriptivos (que requieren una percepción sensorial y son comprobables empíricamente) por cuanto, se ajustan con mayor rigor al mandato de taxatividad de los tipos penales; describen con mayor precisión la conducta prohibida, dando una significación y unívoca a la conducta prohibida; sobre todo, evitan la interpretación arbitraria y antojadiza del juez, pues al ser perceptible por los sentidos, son susceptibles de ser verificados de modo cognoscitivo, y de esta manera controlan la actividad jurisdiccional y evitan la

interpretación analógica; garantizando así el derecho de defensa, por cuanto precisan claramente la imputación y que ésta se refiera específicamente al acto prohibido, para que las resoluciones judiciales no sean arbitrarias ni antojadizas, en perjuicio del patrimonio cultural de la nación.

También se considera suprimir la parte final del segundo párrafo del Artículo 332 “C” del Código Penal, para que los traficantes y depredadores no puedan alegar **Error de Prohibición**, lo cual supone el desconocimiento no de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino del hecho de estar prohibida su realización, es decir su antijuricidad. Tal como nos dice Muñoz Conde y García Aran, este error no solo se da cuando el autor cree que él actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud del hecho.

El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva, -error de prohibición directo- o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación o causa ex culpante –error de prohibición indirecto.-

La conciencia de la ilicitud o el conocimiento de lo injusto da su contenido entorno a la teoría de la culpabilidad. Con esto podemos afirmar que el error de prohibición, tanto si es directo o indirecto, no incide en la configuración típica, dolosa o culposa del delito, sino en la culpabilidad del autor del tipo delictivo que haya realizado.

El error de prohibición puede ser de dos clases:

**Evitable.** Cuando actuando con mayor diligencia se pudo salir del error, se atenúa la responsabilidad y como consecuencia lógica debe atenuarse la pena.

**Inevitable.** Cuando es imposible escapar a éste, se excluye la responsabilidad, en estos casos el hecho típico, es antijurídico pero no es culpable.

La idea de que se puede alegar desconocimiento de la existencia de un delito, por parte de un traficante de tesoros nacionales, daría la pauta a que algún profesional del derecho, no penalista, esgrimiera el argumento de que según la Ley del Organismo Judicial nadie puede alegar ignorancia o desconocimiento de la ley, argumento fácilmente rebatible por dos aspectos, el primero que la Ley del Organismo Judicial es una ley supletoria y solo rige en caso de ausencia legal, pero que no puede contrariar leyes especiales (ley especial deroga ley general) y que en materia penal, aunque actualmente no se regula el error de prohibición como eximente, si se contempla como atenuante en el Artículo 26 numeral 9° del Código Penal.

#### ❖ **Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación**

##### **Decreto 26-97 y sus reformas**

Otra razón para suprimir la parte final del segundo párrafo del Artículo 332 “C” del Código Penal, es porque en base a lo antes analizado, el autor de esta tesis considera que si es posible estructurar tipos y redactarlos en forma comprensible para la mayoría de la población, ejemplo de ello es el TÍTULO X de las SANCIONES contenido del Artículo 43 al Artículo 56, de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, y sus reformas, Decreto 26-97 y sus reformas del Congreso de la República de Guatemala, al haber dejado fuera los hechos culposos, ya que los términos descriptivos utilizados, en los tipos descritos, se ajustan con mayor rigor al mandato de taxatividad

de los tipos penales; describen con mayor precisión la conducta prohibida, dando una significación y unívoca a la conducta prohibida; sobre todo, evitan la interpretación arbitraria y antojadiza del juez, pues al ser perceptible por los sentidos, son susceptibles de ser verificados de modo cognoscitivo, y de esta manera controlan la actividad jurisdiccional y evitan la interpretación analógica; garantizando así el derecho de defensa, por cuanto precisan claramente la imputación y que ésta se refiera específicamente al acto prohibido, para que las resoluciones judiciales no sean arbitrarias ni antojadizas, en perjuicio del patrimonio cultural de la nación.

❖ **Ley protectora de la ciudad de La Antigua Guatemala, Decreto número 60-69 del Congreso de la República de Guatemala**

Dentro de nuestro análisis jurídico crítico del dolo y la culpa en la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural de la nación, también queremos abarcar la Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala, Decreto número 60-69 del Congreso de la República de Guatemala, en la cual se regula en su Artículo 33 el Delito Contra el Patrimonio Cultural de la Nación, el cual reza así: “Quien destruya, deteriore, dañe o transforme los bienes protegidos por esta ley, será responsable del delito contra el patrimonio cultural de la nación y sancionado con la pena de seis meses de arresto mayor a cinco años de prisión correccional según la gravedad del caso, la forma en que se hubiere cometido y atendiendo a la importancia del bien destruido, deteriorado o dañado.

Dicha pena será conmutable en su totalidad y llevará como accesorio la reparación del mal causado y el pago de los daños y perjuicios correspondientes.”

Como podemos ver, este tipo penal es claro, comprensible, y como ya lo mencionamos anteriormente los términos descriptivos utilizados, en el tipo descrito, se ajusta con mayor rigor al mandato de taxatividad del tipo penal; describe con mayor precisión la conducta prohibida, dando una significación y unívoca a la conducta prohibida. Lo cual le da seguridad jurídica al patrimonio cultural.

Pero la alegría no dura demasiado, ya que esta ley no deja fuera los hechos culposos en esta materia, los cuales son regulados en el Artículo 34 que indica “Quien por imprudencia o negligencia destruya, deteriore o dañe los bienes protegidos por esta ley, será castigado con la mitad de la pena que correspondería imponerle conforme el Artículo 33”.

Por lo desarrollado anteriormente el autor de esta tesis considera pertinente suprimir el Artículo 34 de la Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala, Decreto número 60-69 del Congreso de la República de Guatemala, ya que es una ventana abierta para que las personas inescrupulosas continúen con la destrucción de la arquitectura vernácula o tradicional de la Ciudad de La Antigua Guatemala, amparándose como ya mencionamos en **Error de Prohibición**, lo cual supone el desconocimiento no de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino del hecho de estar prohibida su realización, es decir su antijuricidad. Tal como nos dice Muñoz Conde y García Aran, este error no solo se da cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud del hecho.

Otra de las razones para considerar por parte del autor de esta tesis, la supresión del Artículo 34 de la Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala, Decreto

número 60-69 del Congreso de la República de Guatemala, es porque el artículo que le antecede es claro al describir la conducta a asumir frente a la destrucción, al deterioro, daño o transformación de un bien protegido, que consiste en imponer al hechor una pena de seis meses de arresto mayor a cinco años de prisión correccional, es más, aclara este Artículo 33 mencionado que la pena a imponer será según la gravedad del caso, la forma en que se hubiere cometido y atendiendo a la importancia del bien destruido, deteriorado o dañado. todo, lo que evita la interpretación arbitraria y antojadiza del juez, pues al ser perceptible por los sentidos, son susceptibles de ser verificados de modo cognoscitivo, y de esta manera controlan la actividad jurisdiccional y evitan la interpretación analógica; garantizando así el derecho de defensa, por cuanto precisan claramente la imputación y que ésta se refiera específicamente al acto prohibido, para que las resoluciones judiciales no sean arbitrarias ni antojadizas, en perjuicio del patrimonio cultural de la nación.

Otra de las razones para suprimir el Artículo 34 de la ley en mención es porque, el mismo además de ser considerado actualmente como delito menos grave, y ser juzgado por un juez de paz penal, es un delito que goza o puede gozar de todas las medidas desjudicializadoras a favor de los hechores, entre ellas tenemos: el procedimiento abreviado, la suspensión condicional de la pena, la suspensión condicional de la persecución penal, el criterio de oportunidad, para no dejar desamparado el patrimonio cultural. Por lo que no tiene razón de ser tipificado este delito como culposo.

## **5.7 Individualización del problema**

Como podemos ver la individualización del problema consiste en que, en la legislación penal vigente no se regula en caso concreto, la culpa y el dolo en la consumación del delito contra el patrimonio cultural de la nación, tampoco regula lo referente a la protección y conservación del patrimonio cultural, dejando fuera la noción de cumplir efectivamente los objetivos ante la problemática constante de la comisión de los delitos contra el legado cultural, por lo que existe la necesidad de reformar la misma.

El acontecimiento que se refiere a la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural de la nación, con dolo o culpa, deja entrever que en la actualidad no existe un desarrollo sustancial de la legislación que pretenda promover los mecanismos de protección de dicho patrimonio.

Por lo que se hace indispensable regular en forma específica y concreta en La Ley Protectora de la Ciudad de la Antigua Guatemala, el tipo imprudente o culposo, en el segundo párrafo del Artículo 33 de la ley mencionada. En el último párrafo del Artículo 332 “C” del Código Penal se regula el tráfico de tesoros nacionales y así hacer conciencia en la población, en las personas individuales y jurídicas, en los órganos que velan por el patrimonio, en los que imparten justicia, y en los que investigan, que existe un marco legal que es necesario aplicar ya que su naturaleza debe ser eminentemente sancionadora.

## **5.8 Solución del problema luego del análisis jurídico crítico del dolo y la culpa en la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural de la nación**

Para el autor de esta tesis se hace necesario, tomando en cuenta que todos los bienes culturales forman parte del patrimonio cultural de la nación y común de la humanidad, que el Estado de Guatemala, como estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, adopte con responsabilidad, dentro del marco de su competencia, leyes, reglamentos, y nuevas disposiciones legislativas o reformas a las leyes ya existentes, para resguardar en las mejores condiciones los bienes culturales. Debería de estudiarse la posibilidad de realizar reformas concretas a las leyes que protegen el Patrimonio cultural de la Nación, como las siguientes:

### **5.8.1 Necesidad de reformar el Artículo 33, de la ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala**

Cabe destacar nuevamente que la solución al problema es reformar el Artículo 33, de la ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala, Decreto 60-69 del Congreso de la República de Guatemala, reforma en la cual se regule que la pena mínima sea de seis años de prisión para que la misma no sea conmutable, y no se pueda optar a medidas desjudicializadoras prematuras que dejan desprotegido el patrimonio cultural, como lo es la Ciudad de La Antigua Guatemala que constituye un conjunto monumental de inmenso valor para el patrimonio nacional, y ante tal rango es primordial, no solo para Guatemala sino para América y la cultura universal, conservarla, por lo que cabe

a Guatemala una gran responsabilidad en preservar la ciudad de La Antigua Guatemala, con una legislación clara y rígida.

#### **5.8.2 Necesidad de suprimir el Artículo 34, de la Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala**

También se considera como parte de la solución al problema es la supresión del Artículo 34 de la Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala, decreto número 60-69 del Congreso de la República de Guatemala, por los motivos y razones indicadas líneas arriba del presente apartado.

#### **5.8.3 Necesidad de reformar el Artículo 11 del Código Penal**

También se hace necesario reformar el Artículo 11 del Código Penal guatemalteco, de manera que el dolo regulado por el Decreto 17-73 del Congreso de la República responda a dogmáticas penales modernas de hecho.

#### **5.8.4 Necesidad de reformar el Artículo 332 “C”, del Código Penal**

Continuando con el análisis al Código Penal guatemalteco, el autor de esta tesis considera como parte a la solución del problema, está en reformar el Artículo 332 “C” segundo párrafo del Código Penal Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala, en el sentido de regular en forma específica y concreta los supuestos en que podría darse el tipo imprudente o culposo, para darle mayor protección al legado cultural, el cual se ve afectado a diario por traficantes inescrupulosos.

## 5.9 Ventajas de la solución del problema planteado

- ❖ Se podrán desarrollar juicios penales, sin ninguna injerencia del poder económico o político de las personas involucradas, por recomendaciones de amistad o enemistad.
- ❖ Los juicios penales serán llevados sin mácula, con firmeza, sin inclinar la balanza a medidas desjudicializadoras, que beneficien a los infractores.
- ❖ El patrimonio cultural estaría más a salvo ya que los traficantes y los depredadores lo pensarían mejor, antes de actuar en contra de el legado cultural.
- ❖ El sistema de justicia reflejaría más sentencias condenatorias.
- ❖ Se establece seriamente la necesidad de regular el dolo de manera general en el Código Penal guatemalteco de manera que responda a dogmáticas penales modernas de hecho y no de autor y juzgar de esa manera con procesos reales y no hipotéticos, aceptadas por medio de procesos mentales de representación.
- ❖ Se deja claro que todo bien cultural, al ubicarse dentro de cualquiera de las características que establece la ley, para considerarlo como patrimonio cultural de la nación, adquiere un estatus especial de protección, tan jurídico como su protección en cuanto a su conservación.
- ❖ Se visualiza que el Estado, como garante de la protección y conservación de los bienes que conforman el patrimonio cultural de la nación, debe cumplir con fortalecer la defensa jurídica de dichos bienes con una normativa vigente positiva y promover el desarrollo de iniciativas que permita la implementación de estrategias y acciones concretas que garanticen la conservación de dichos bienes para las generaciones futuras.

## CONCLUSIONES

1. En la actualidad, el Código Penal no regula el dolo y la culpa en forma específica, de manera que este no responde a dogmáticas penales modernas, de hecho, con lo cual se deja de juzgar con procesos reales.
2. De la lectura de varias leyes que están relacionadas con el tema de esta investigación, se concluye que no hay en el poder legislativo una visión integradora para la creación de leyes y reglamentos que promuevan la sistematización en verdaderos códigos, leyes y reglamentos que agilicen la reforma concreta que incluyan el dolo y la culpa.
3. Actualmente la redacción del espíritu de la ley no es rígida, ya que permite plantear la posibilidad, de que el sujeto activo de un ilícito relacionado al patrimonio cultural salga airoso de un delito contra el patrimonio cultural al convencer a los operadores de justicia, y a toda costa que su actuar se realizó por culpa y no con dolo y así obtener un beneficio legal.
4. La normativa jurídica vigente, no es lo suficientemente amplia y garante, para proveer de una protección efectiva y eficiente a los bienes culturales; lo que ha permitido su depredación, con el consiguiente daño a la identidad de la cultura y la nación.

5. El Estado de Guatemala, como garante de la protección y conservación de los bienes que conforman el patrimonio cultural de la nación, no cumple con fortalecerla defensa jurídica de dichos bienes; teniendo una normativa jurídica vigente no positiva, al no promover el desarrollo de iniciativas que permitan la implementación de estrategias y acciones concretas que garanticen la conservación de dichos bienes, para las generaciones venideras.

## RECOMENDACIONES

1. Es necesario formular y aprobar por parte del Presidente de la República (Organismo Ejecutivo), por conducto del Ministerio de Cultura y Deportes de Guatemala, el Reglamento del Registro de Bienes Culturales y el reglamento de Investigaciones de carácter arqueológico, así como el reglamento de la Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala, Decreto 60-69 del Congreso de la República; ya que en la actualidad no existe un desarrollo sustancial de la legislación de protección al patrimonio cultural.
2. La Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural, el Registro de Bienes Culturales y el Instituto de Antropología e Historia, del Ministerio de Cultura y Deportes de Guatemala, deben conforme lo establece la ley, elaborar los reglamentos en materia de su competencia; y desarrollar toda la normativa necesaria de protección de los bienes culturales, ante la problemática de su hurto, robo, tráfico y depredación de los mismos; reglamentos que deben ser aprobados por parte del Organismo Ejecutivo.
3. Se realice por parte de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural, del Ministerio de Cultura y Deportes de Guatemala, un análisis de la legislación guatemalteca vigente, a efecto de verificar su cumplimiento y alcance en cuanto a la protección de los bienes culturales, a fin de determinar su modificación y ampliación, con el objeto de hacerlas efectivas y eficientes contra el hurto, robo, tráfico y depredación de los bienes culturales.

4. Que el Organismo Legislativo, al redactar la norma que regule el tipo imprudente o culposo, sea de tal manera que ofrezca distinción entre las diferentes formas o especificaciones en que pudiera darse el delito culposo en materia de patrimonio cultural, porque con ello se evitaría la flexibilidad de la ley a favor de los depredadores.
5. Se hace indispensable por parte del Congreso de la República de Guatemala, reformar la legislación vigente, que regula y se refiere al patrimonio cultural de la nación, para hacer conciencia en la población, en las personas individuales y jurídicas, en los órganos que velan por éste, en los que imparten justicia, y en los que investigan, que existe un marco legal que es necesario aplicar, ya que su naturaleza debe ser eminentemente sancionadora.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO, Julio. **Sistemática casualista y finalista de la teoría del delito.** Universidadde San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1994.
- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal.** Editorial Hamurabí, Bogotá Colombia 1984.
- BERDUGO, Ignacio. **Derecho penal español.** Editorial Heliasta S.R.L., Madrid España, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español, parte general.**3ª edición. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. 1996.
- CABANELAS Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1983.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, tomo IV, parte general.** Volumen primero. Bosch casa editora S.A. 7ma. edición. Barcelona, España, 1947.
- DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco.**Curso de derecho penal guatemalteco.** Cuarta edición corregida, s/editorial, Guatemala, 1989.
- JAUREGUI, Hugo Roberto.**Apuntes de teoría del delito.** Impreso en los talleres de Magna Terra Editores S. A.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Colección clásica del derecho, lectura de derecho penal.** Editorial Harla, México, 1998.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan Terradillos Basoco. **Las consecuencias jurídicas del delito.** Editorial Civitas S.A., tercera edición, Madrid, España, 1996.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal.** S.e.d., Madrid, España, 1982.
- MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco, parte especial.** Editorial Universitaria. Guatemala, 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal parte general**. Editorial Tiran Lo Blanch, Valencia, España, 1933.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, 1983.

QUINTANO RIPOLES, Alberto. **Comentarios al Código Penal**. 2ª. Edición, editorial Ariel, Madrid, España, 1986.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**. editorial Purrua S.A. México, 1984.

VELA TREVIÑO, Sergio. **Culpabilidad e inculpabilidad**, 2da. Edición, editorial Ariel, España, 1983.

#### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Código Procesal Penal**. Decreto 51-92, y sus reformas, del Congreso de la República de Guatemala.

**Código Penal**. Decreto 17-73 y sus reformas, del Congreso de la República de Guatemala.

**Ley del Organismo Judicial**. Decreto 2-89 y sus reformas del Congreso de la República de Guatemala.

**Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala**. Decreto 60-69 del Congreso de la República de Guatemala.

**Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación**. Decreto número 26-97 y sus reformas, del Congreso de la República de Guatemala.

**Ley de Áreas Protegidas**. Decreto número 4-89 del Congreso de la República de Guatemala.