

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



**INEXISTENCIA DE LA FIGURA DE LA CULPA, EN EL DELITO DE
DEPREDACIÓN DE BIENES CULTURALES**

Lic. Marco Tulio Catú Cúmez

Chimaltenango, julio de 2019

Guatemala 21 Junio del 2018

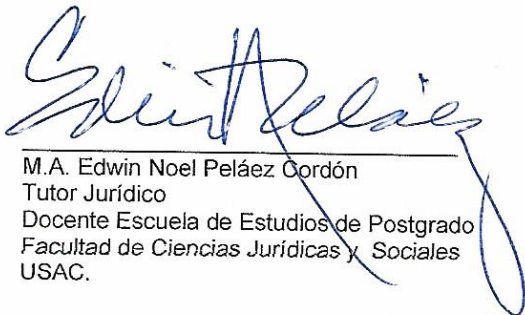
Director
Dr. Ovidio David Parra Vela
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Dr. Parra Vela:

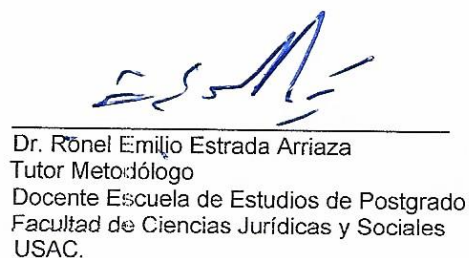
Según Acta del Consejo Académico de la reunión Ordinaria celebrada el 31 de mayo del 2017, en el Acta N°. 02-2017, Punto CUARTO, Inciso 4.4 y de la Acta N°. 13.2017, contenida en el Punto CATORCE, Inciso 14.10, se hace de su conocimiento que se ha guiado, elaborado, tutoriado y revisado el informe final de tesis titulado **INEXISTENCIA DE LA FIGURA DE LA CULPA, EN EL DELITO DE DEPREDACION DE BIENES CULTURALES** del estudiante Lic. Marco Tulio Catu Cumez, la cual se enmarca dentro de los contenidos teóricos metodológicos de la Maestría en Derecho cuyo proceso se realizó durante los meses de enero a junio del 2018.

Tomando como base el reglamento de tesis de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, este informe cumple con los requisitos establecidos en él, por lo tanto extendemos el dictamen de aprobación para el Lic. Marco Tulio Catu Cumez pueda continuar con el proceso de tesis.

Así mismo los criterios vertidos en la presente tesis son responsabilidad exclusiva del autor, atentamente,



M.A. Edwin Noel Peláez Córdón
Tutor Jurídico
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.



Dr. Ronel Emilio Estrada Arriaza
Tutor Metodólogo
Docente Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
USAC.

ÍNDICE

Título	Página
Introducción	i
Capítulo I	
El dolo y la culpa en la teoría del tipo penal y la legislación penal guatemalteca	
1.1. Aspectos preliminares	1
1.2. Concepto de dolo	3
1.3. Clases de dolo	5
1.3.3. Dolo indirecto	6
1.3.4 Dolo indirecto en la legislación	8
1.3.5 Dolo directo	12
1.3.6 El dolo directo en la legislación	13
1.4. La culpa	14
1.5. Antecedentes	14
1.6. Concepto	15
1.7. Elementos del tipo culposo	19
a) Elementos normativos	19
b) Elemento descriptivo	20
c) Elemento subjetivo	21
1.8. El deber subjetivo de cuidado	21
1.9. La lesión del cuidado	22
1.10. Clases de culpa	23
1.10.1. Culpa consciente o con representación	23
1.10.2. Culpa inconsciente o sin representación	23
1.11. La culpa en la legislación guatemalteca	23
1.12. El delito de depredación de bienes culturales desde su perspectiva teórica y jurídica	29
1.13. Definición de delito	31
1.14. Elementos y estructura del concepto de delito	33
1.15. Bienes culturales	38

1.16. Definición de bienes culturales	41
1.17. Clasificación legal de los bienes culturales	46
1.18. Regulación legal del delito de depredación de bienes culturales	53
1.19. Definición	54
1.20. Normativa en materia de patrimonio cultural	56
1.20.1. Regulación nacional	56
1.20.2. Regulación internacional	67
1.21. Medidas implementadas por el Estado para prevenir la depredación del patrimonio cultural	68

Capítulo II

Inexistencia de la culpa en el delito de depredación de bienes culturales

2.1. Aspectos preliminares	73
2.2. Análisis de la norma	73
2.3. Formas de comisión culposa	75
2.4. Desprotección jurídica en su comisión culposa	80
2.5. Desventajas de la norma actual	83
2.6. Riesgos que representa la ausencia de la culpa en el Decreto 26-97	85
2.7. Principio de ponderación de derechos	85
2.7.1. Derechos difusos	86
2.7.2. Derechos humanos	88

Capítulo III

Necesidad de incluir la culpa en el delito de depredación de bienes culturales

3.1. Análisis de la realidad legislativa actual	91
3.2. Necesidad de la inclusión de la culpa	91
3.3. Ventajas que ofrece la inclusión de la culpa	93
3.3.1. Con relación al sujeto activo del delito	93
3.3.2. Con relación al ejercicio de la persecución penal	93
3.3.3. Con relación al sistema de justicia	94
3.3.4. Con relación a los principios que inspiran la norma especial objeto de estudio	94
3.3.5. Con relación al bien jurídico tutelado	95
3.3.5.1. La restauración	96
3.3.5.2. La rehabilitación	97
3.3.5.3. La reconstrucción	98
3.3.5.4. La consolidación	98
3.3.5.5. La liberación	99
3.3.6. Con relación a la pena	100
3.3.6.1. La pena de prisión	101
3.3.6.2. Requisitos para la conmutación de la pena de prisión	102
3.3.6.3. La pena de multa	103
3.3.7. Con relación a las formas de terminación del proceso	103
3.3.7.1. Criterio de oportunidad	103

3.3.7.2. Suspensión condicional de la persecución penal	104
3.4. Reparación digna	105
3.5. Confrontación de la propuesta con el derecho comparado	107
3.5.1. Legislación venezolana	107
3.5.2. Legislación chilena	108
3.5.3. Legislación costarricense	109
3.5.4. Legislación española	110
3.5.5. Legislación mexicana	110
3.6. Conclusiones	112
3.7. Bibliografía	113

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se desarrolla el tema titulado “Inexistencia de la figura de la culpa en el delito de depredación de bienes culturales”. Se aborda, para ese efecto lo relacionado a la figura del dolo en sus modalidades del dolo directo y el dolo indirecto, así como sus antecedentes y concepto. De la misma manera, se aborda la figura de la culpa, sobre la base de las distintas modalidades, como la culpa con representación y la culpa sin representación, sus antecedentes, concepto, y sus elementos normativo y descriptivo. Asimismo, se realiza la confrontación de dichas teorías y su aplicación en la legislación guatemalteca.

Como parte del primer capítulo se aborda el delito de depredación de bienes culturales desde su perspectiva teórica y jurídica. Se definen e identifican los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación, concepto aplicable y la clasificación legal de los mismos, sobre la base que es el bien jurídico que tutela la ley especial objeto del presente estudio.

En el segundo capítulo se evidencia la existencia de hechos de naturaleza culposa, que se cometen en contra de bienes que integran el patrimonio cultural de la nación, así como la inexistencia de norma legal sustantiva, ni en la ley especial ni en el Código Penal que regule tales hechos. Ello genera falta de certeza jurídica en la protección del legado guatemalteco, por lo tanto, la falta de protección jurídica adecuada ante los hechos reales que se cometen en contra de los mismos, por imprudencia, negligencia o impericia, por lo que se encauza en este capítulo los riesgos que representa para la sociedad la ausencia de la culpa en el Decreto 26-97 del Congreso de la República, en virtud de los derechos difusos que encierran los bienes en materia de patrimonio cultural de la nación.

En el capítulo tercero o capítulo final, se concluye sobre la realidad legislativa actual, en cuanto a la necesidad de incluir la culpa en el delito de depredación de bienes culturales, y se determina acerca de la viabilidad de la propuesta para la inclusión de la misma en el citado tipo penal especial, objeto de la presente investigación. Se resaltan las ventajas que representaría, con relación al sujeto activo del delito, con relación a la pena, al bien jurídico tutelado, por ende, al sistema de justicia en general. Así se confirma la hipótesis planteada y la solución propuesta, con respaldo de nuestra propia legislación especial interna, así como de normas de otros países que, en su legislación, efectivamente tienen contempladas en materia de patrimonio cultural, los hechos que se puedan cometer en contra de dichos bienes jurídicos protegidos, pero a causa de hechos fortuitos, o por mero accidente.

CAPÍTULO I

El Dolo y la culpa, en la teoría del tipo penal y la legislación penal guatemalteca

1. 1. Aspectos preliminares

A lo largo de la historia del surgimiento del derecho, este aparece como resultado de la necesidad de regular las relaciones del ser humano dentro de una sociedad, y de ahí surge el derecho penal, que nace de esa misma necesidad de regular la conducta del ser humano, en busca de la paz y armonía en su relación dentro del contexto social. De manera paralela, el término dolo ha tomado un espacio de vital importancia tanto en el ámbito del derecho civil como en el derecho penal.

En el presente trabajo de investigación es necesario abordar, respecto al dolo, lo relacionado a su enfoque desde el ámbito del derecho penal, tratado dentro de la teoría general del delito, como parte fundamental en la construcción de las figuras delictivas.

La palabra dolo proviene del latín *dolus*, a su vez del griego *dolos*. Comúnmente mentira, engaño o simulación. Jurídicamente adquiere tres significados: vicio de voluntad, en los actos jurídicos, elemento de imputabilidad en el incumplimiento de las obligaciones, o calificación psicológica exigida como integrante del delito civil, o agravante del delito penal.

En el primer sentido, el dolo puede definirse como toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo que es verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación, que se emplee para conseguir la ejecución de un acto. El segundo y el tercer sentido de la voz dolo corresponden a lo que comúnmente llamamos intención, los actos antijurídicos pueden cometerse con la intención de producir un mal o, simplemente con la previsión del resultado dañoso, aunque no media intención. Los antijurídicos civiles configuran delitos cuando media dolo, y cuasidelitos cuando ha mediado solo la culpa (Osorio, 1996, p. 360).

Como se ha mencionado, en atención a la naturaleza del presente trabajo de investigación, el enfoque o la acepción que nos interesa, es desde el punto de vista del campo del derecho penal, para verificar, el rol que juega la figura del dolo dentro de la conducta realizada por una persona.

El dolo, analizado dentro del tipo penal de la teoría general del delito, se reviste de vital importancia para establecer la responsabilidad penal y como consecuencia, la respectiva pena. Para ello, a lo largo de la historia del derecho penal, ha sido sujeto a distintos análisis respecto a su función dentro de la configuración del delito, siendo en consecuencia una figura que no se puede descartar dentro de la teoría general del delito, en virtud de que ha sido considerado como la voluntad del sujeto activo del delito para la realización de la hipótesis planteada en la norma, ya sea desde el punto de vista causalista o finalista.

El dolo, que es paradigma del elemento subjetivo y la especie principal de la culpabilidad, representó un progreso encomiable en la evolución del derecho penal. En el derecho romano de la primera época y en el primitivo derecho germánico, los castigos se descargaban por el mero resultado, sin tener en cuenta la intención del agente (Jiménez de Asúa, 1958, p. 359).

De lo anterior se puede establecer que de acuerdo a la evolución del derecho penal, la figura del dolo ha pasado a ser un elemento de suma importancia, en cuanto a la culpabilidad de la persona. Es decir, la capacidad de comprensión y de conocimiento que la acción o la omisión se encuentra reprochada por una norma jurídica, ya sea en hacer o no hacer.

Se considera inviable ahondar en cuestiones históricas de la figura procesal relacionada, pero se advierte como antecedente que ese elemento importante, antiguamente, no fue tomado en cuenta como factor determinante en la conducta realizada por una persona, sino de acuerdo al resultado producido como consecuencia de la acción reprochable. Por lo tanto, tal como se recoge del texto citado, que lo que se juzgaba en sí era el resultado de la acción u omisión del sujeto activo del delito, en consecuencia, no tenía ninguna trascendencia respecto a la intencionalidad consciente y voluntaria del autor del hecho.

Actualmente, es un elemento que reviste de gran importancia para el encuadramiento de una conducta dentro de una norma jurídica, y sirve precisamente para establecer ese grado de responsabilidad, verificando todo el contexto bajo las cuales se ejecuta un hecho tipificado como delito o falta, y del análisis intelectual. A su vez, se podrá establecer si la persona reúne la calidad de autor o cómplice, de acuerdo a su participación. Es, por lo

tanto, el dolo una especie de la culpabilidad, porque la persona a pesar de conocer la prohibición o mandato, ejecuta los actos propios del hecho antijurídico.

1.2. Concepto de dolo

Para los efectos de la comprensión de los elementos que integran la figura del dolo, es necesario conocer respecto a la forma o el enfoque que se le daba. Jiménez Asúa (1958) refiere que los más antiguos autores solo habían percibido la teoría de la voluntad; y debido a ello es que se limitaron en definir el dolo en orden a la consecuencia directa que el autor ha previsto y deseado. Pero, conforme fue evolucionado el derecho penal se hizo patente la necesidad de considerar la teoría de la representación porque al definir el dolo tomando únicamente la voluntariedad, se estaría dejando de lado el dolo eventual, y, en consecuencia, encuadrar una conducta con exclusividad al resultado de la acción, circunstancias que riñen con los principios de la relación de causalidad, afectando o dejando en un estado de impunidad a los hechos no previstos por el autor del delito planificado previamente.

Existe dolo “cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consecuencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica” (Jiménez de Asúa, 1958, p. 365).

De la definición anterior se advierte que se recoge, en primer lugar, la manifestación de la voluntad de obrar y el cambio en el mundo exterior, donde se hace patente esa voluntariedad, y con representación del resultado del que se quiere o ratifica. Es decir, que un resultado para que pueda ser considerado como típico y, por lo tanto, doloso; no solo cuando se produce el resultado previsto por el sujeto activo del delito sino aquel resultado que no lo tenía prevista, pero se le presenta como posible y lo ejecuta. Dicho resultado se encuentra precisamente tipificado como delito y en consecuencia atribuible a su autor, sin que necesariamente el resultado producido es lo que tenía previsto o deseado.

El dolo, es conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo. En el tipo doloso, hay coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere. De este concepto se derivan sus elementos intelectual o cognoscitivo, que es conciencia y conocimiento, de los elementos descriptivo. Por ejemplo tener conciencia que dar muerte a una persona es una conducta prohibida, saber que lo sustraído es de ajena pertenencia; y volitivo, que se refiera a la voluntad del autor de realizar los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento. No basta desear, sino querer, tener intención o propósito de la realización de los elementos de cada tipo penal en particular (Girón Palles, 2013, pp. 34-35).

De acuerdo a la anterior postura se puede extraer el elemento común de la voluntad e intención del sujeto activo del delito de pretender realizar un acto o una omisión. Es, por excelencia, entonces, esa manifestación de la voluntad la que se exterioriza al momento de la consumación y producirá cambios en el mundo exterior. “Es la forma más grave de la culpabilidad” (Diccionario jurídico Espasa, p. 357).

Asimismo, se advierte en cuanto a los elementos internos y externos, es decir la existencia de dos fases, pues en el proceso de la intención nace precisamente en la mente del autor, consistente en la primera parte, y es el proceso mental de realizar un acto capaz de producir cambios en el mundo exterior, pero que hasta ese momento a pesar de la de la gravedad o no de la intención de la persona, no reviste ninguna consecuencia jurídica, porque precisamente la fase mental no se encuentra regulada por la normativa sustantiva penal, y porque sobre dicho proceso, no se puede realizar ningún control. Distinta es la conspiración en sus distintas manifestaciones, que regula el artículo 3 del Decreto número 23-2009, del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra la Delincuencia Organizada, que aunque no existan acciones, sino la sola planificación entre los miembros de la organización criminal, constituyen acciones suficientes para la concurrencia de los verbos rectores, para el delito o los delitos, que se han propuesto ejecutar, pues regula: “Comete el delito de conspiración quien se concierte con otra y otras personas con el fin de cometer uno o más delitos de los enunciados en el presente artículo”. Es decir, que dicha conspiración será verificada por medio de los métodos especiales que regula dicha norma.

El elemento externo o volitivo, que es la segunda fase de la intencionalidad, consiste en la ejecución o la materialización de esa intención, constituye el momento en que se hacen efectivas las acciones encaminadas a conseguir el fin propuesto, y todas aquellas necesarias que aunque no se hallan previsto pero se presentan como necesarias para la consumación de la idea originaria. Es decir, en esta parte es indispensable el elemento volitivo, o sea, la voluntad del agente de llevar a cabo dichas acciones u omisiones típicas y antijurídicas. Muñoz Conde (2010) refiere:

De algún modo el querer supone además el saber, ya que nadie puede querer realizar algo que no conoce. Esto no quiere decir que saber y querer sean lo mismo: el ladrón sabe que la cosa es ajena, pero no quiere que lo sea: su afán por apoderarse de ella le hace realizar voluntariamente la acción de apoderamiento, a pesar del conocimiento de la ajenidad. Lo mismo sucede en otros delitos. El que comete un abuso sexual sobre una persona con bajo coeficiente intelectual, abusando de esta situación, sabe que la persona con que tiene la relación sexual es débil mental y, a pesar de ello, quiere yacer con ella, aunque probablemente preferiría que fuera sana mentalmente. En todos estos casos se puede decir que el autor quiere todas y cada una de estas circunstancias, al incluir en su voluntad la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo (p. 55).

1.3. Clases de dolo

La clasificación del dolo ha dependido de distintos puntos de vista. El autor Jiménez de Asúa, al referirse a los clásicos, cita a aquellos quienes realizan la clasificación de acuerdo a su intensidad y duración, el dolo de ímpetu o pasional, dolo repentino, dolo con simple deliberación y dolo premeditado.

Por parte de los italianos, a través de su máximo exponente de la Escuela Clásica penal Cesare Bonesana, consideró hacer la distinción del dolo en dolo directo, indirecto, eventual y alternativo. Pero, en atención a los avances doctrinarios, se fue ampliando dicha clasificación, y se contempló el dolo directo, dolo con intención ulterior, dolo con consecuencias necesarias y el dolo eventual.

Lo destacable es que cada uno de los tratadistas del derecho penal han contemplado que la figura del dolo siempre ha sido atendida en distintas clasificaciones, de acuerdo a la forma en que se manifiesta, en cada acción u omisión. Bacigalupo (1996) identifica la clasificación siguiente: “El dolo directo, el dolo de consecuencias necesarias (indirecto), y el dolo eventual” (p. 112). Esta consiste en una clasificación de aplicación en distintas legislaciones como lo es la legislación ordinaria guatemalteca.

De acuerdo con la naturaleza del tema sujeto al presente trabajo de investigación, interesan todos y cada uno de los tipos de dolo y las clasificaciones que han realizado los distintos tratadistas a lo largo de la historia del derecho penal, ya que en cada una se hace manifiesta la voluntad inicial de producir un cambio en el mundo exterior, la intencionalidad de producir dicho cambio, y que al momento de su consumación se pueden dar otras manifestaciones o resultados, pero que el mismo se deriva de la intención inicial u originaria. No es posible la exteriorización de una acción u omisión sin que previamente haya pasado por la etapa interna, es decir, en el pensamiento del autor, que es el punto sobre el que descansa el presente trabajo, pero debido a la poca o ninguna aplicación de dichas clasificaciones, se abordarán aquellos aplicables a nuestra legislación que contempla el artículo 11 del Código Penal, que aunque no se encuentran determinados de forma expresa, pero de acuerdo a las explicaciones de la doctrina, es posible determinar el dolo directo y el indirecto o eventual. Por lo tanto, serán estas dos figuras importantes las que se entrarán a conocer y analizar para arribar a la conclusión de la necesidad de la figura de la culpa en el delito de depredación de bienes culturales, regulado en el artículo 44 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación.

1.3.3. Dolo indirecto

Esta variedad del dolo se presenta en el sentido que el autor de la acción u omisión tenía previsto un acto en concreto, pero en el momento de su ejecución por causas externas a su voluntad se producen eventos que hace que su actuar realice otros actos que repercuten un resultado distinto al previsto. Velasco y de Mata Vela (1998) afirman: “En el dolo directo el sujeto quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo” (p. 157).

Esta figura nos posiciona precisamente en el segundo presupuesto del artículo 11 del Código Penal, en el cual se recoge los siguientes: “El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo presenta como posible y ejecuta el acto”. Es evidente, entonces, que en el momento de la concreción de la acción es cuando se presentan dichas posibilidades, el autor lo ejecuta ya sea para materializar su pretensión o porque evita dejar rastros del delito, lo que lo lleva a la comisión de otros actos y que tienen las características de un delito y por lo tanto atribuible a su persona.

El dolo eventual o indirecto como lo denomina la doctrina, se aparta de la teoría finalista, ya que para esta doctrina, el hecho debe ser el previsto por el sujeto activo de la acción. Pero, en el presente caso, el sujeto activo, ya sea de manera individual o en acuerdo con una o más personas, planifican el hecho, prevén cada una de las circunstancias, preparando los medios para su ejecución, pero en el momento de su ejecución, se producen actos externos que hace que el autor o autores del hecho, realicen otros actos inclusive de mayor gravedad.

En el caso del delito de secuestro, los sujetos activos de la acción, por las características del tipo penal, constituyen en un ejemplo típico del *inter criminis*, o sea el camino del delito, en el cual, por su naturaleza se debe ejecutar por más de una persona. En consecuencia, durante su planificación, eligen el lugar donde se interceptará a la víctima, el día, la hora, el medio que se utilizará, el lugar donde la mantendrán en cautiverio, los medios de comunicación que utilizarán para requerir el canje, así como el monto del mismo, la designación de la persona que realizará la negociación, el lugar y forma en que liberarán a la víctima, es decir, conlleva toda una logística para preparación y su ejecución. Sin embargo, durante el cautiverio y por lo tanto la negociación, se pueden producir distintos estadios, tal es el caso que la familia de la víctima, se niegue a pagar algún canje, ante ello, los hechores, para que se les cumpla con sus exigencias, recurren a la tortura de la persona víctima, en el caso imaginario que le efectuarán un disparo por arma de fuego en las piernas, la intención de los hechores es presionar a la familiar para acceder al pago, pero resulta que el paso de proyectil de arma de fuego perfora una vena vital que provoca que la víctima fallezca.

También puede producirse que la familia de la víctima presente la respectiva denuncia ante la Fiscalía del Ministerio Público, ante un juzgado, o la Policía Nacional Civil. Por la gravedad del delito, el Estado de Guatemala, ha conformado equipos especiales de reacción frente a tales ilícitos. Esto conlleva, en consecuencia, que el equipo élite del comando antisequestro de la Policía Nacional Civil, accione ante el evento, por lo tanto en el proceso de rescate se puede producir perfectamente un enfrentamiento armado entre las fuerzas de seguridad, lo que podría traducirse en la muerte de uno o más elementos de las fuerzas de seguridad. Circunstancias que van reformando los hechos ilícitos, en ambos casos, tanto la muerte de la víctima secuestrada como de las fuerzas de seguridad, se les estaría imputando los delitos de asesinato y en caso de resultar heridos en asesinatos en grado de tentativa, pero es el caso, que podría darse un evento extraordinario, que en el fuego cruzado una bala perdida haya traspasado las paredes de un inmueble colindante y, justamente, penetrar en la humanidad de uno de los moradores, para cuyo hecho sería imputable a los hechores como un homicidio y no asesinato, variando la figura delictiva en virtud de que, de acuerdo con la relación de causalidad, les es atribuible el hecho, pero no lleva inmersa la finalidad, cambia la figura delictiva.

Asimismo, en el caso de un asalto a mano armada en el interior de un transporte colectivo de pasajeros, donde la intención del autor del hecho consiste en el despojo violento de los bienes patrimoniales de los pasajeros, pero un pasajero se enfrenta con los asaltantes y aquellos para repeler el ataque, le disparan en repetidas ocasiones hasta cegarle la vida, es decir, que se les presenta como posible y lo ejecutan.

1.3.4. El dolo indirecto en la legislación

La adecuación de la conducta realizada no será siempre lo trazado por el autor, pero por ser el derecho penal un derecho de actos, se deberá circunscribir cada uno de los hechos y, en consecuencia, imputarle al sindicado de acuerdo con la relación de causalidad.

Artículo 10. Relación de causalidad. Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece

como consecuencia de determinada conducta. Código Penal. Decreto legislativo 17-73 del Congreso de la República y sus reformas.

Es evidente que el legislador prevé en la norma una hipótesis que se plantea en la norma jurídica, y dicha hipótesis se puede realizar por una acción o por una omisión, dependiendo el carácter de la norma si es de hacer o de no hacer. Es decir, que este normativo se antepuso al artículo 11 del citado cuerpo legal, precisamente porque nuestra normativa sustantiva recoge principios de la teoría finalista y causalista.

Ya en el artículo 11 mencionado, se recoge precisamente los predicados del dolo indirecto en donde expresamente regula que "...o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto", para este efecto la doctrina ha distinguido el dolo eventual de la imprudencia o la culpa, dos teorías y que son de especial interés en el presente trabajo:

La teoría de la probabilidad. Parte del elemento intelectual del dolo. Dado lo difícil que es demostrar en el dolo eventual el elemento volitivo (querer el resultado), la teoría de la probabilidad admite la existencia del dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa. Siendo indiferente que admita o no su producción. Si la probabilidad es más lejana o remota, habrá imprudencia consiente o con representación.

La teoría de la voluntad o del consentimiento, atiende por el contrario, al contenido de la voluntad. Para esta teoría no es suficiente con que el autor se plantee el resultado como de probable producción, sino que es preciso que, además, se diga: "Aun cuando fuere segura su producción, actuaría" (fórmula de Frank). Hay por el contrario, imprudencia si el autor, de haberse representado el resultado como de segura producción, hubiera dejado de actuar (Muñoz Conde, 2010, p. 57).

Al respecto del criterio de la probabilidad ha sido cuestionado. Se considera que deja sin ningún valor una parte esencial del dolo; que es precisamente el elemento volitivo, y por otra parte, no siempre la alta probabilidad de producción obliga a imputarlo a título de dolo.

La teoría de la voluntad, por su parte, permite tomar en cuenta el elemento volitivo, es decir, la voluntad, porque para el análisis delimita el campo del dolo de la imprudencia, aunque contra esta postura también se ha cuestionado.

Como evento reciente a nivel de la República de Guatemala, se tiene lo acaecido el uno de marzo de 2018, en el kilómetro dieciocho de la ruta interamericana, jurisdicción de ciudad San Cristóbal del municipio de Mixco, del departamento de Guatemala, en el cual un medio de transporte pesado (tráiler) era conducido por el señor Patricio Rodríguez Gerónimo. Se presume que conducía a excesiva velocidad, causando un mortal accidente en el lugar, provocando la muerte de siete personas, y a consecuencia de dichos hechos, el citado piloto fue ligado a proceso penal por el delito de homicidio.

Es importante destacar, en este caso, el contexto de los hechos que fueron sometidos al análisis del juzgador para encuadrar la conducta realizada, en el citado tipo penal, en vez del delito de homicidio culposo, tal como se ha visto en diversos casos, en la historia de la justicia guatemalteca, en los que los pilotos del transporte público de pasajeros, quienes por estar “peleando pasajeros”, o por llevar sobrecargada las unidades, han provocado aparatosos accidentes de tránsito en donde los propios pasajeros han resultado muertos, y los casos han sido sometidos a los juzgados respectivos pero, por el delito de homicidio culposo.

Por lo tanto, este último suceso permite establecer que el análisis jurídico, se enfocó en el sentido de la teoría de la voluntad, porque el autor, a pesar de que tiene conocimiento sobre el alto riesgo y qué implicaciones implícitas se podrían derivar de su conducta, continuó y para ello se valieron de medios como cámaras instaladas kilómetros antes del lugar del escenario criminal, monitoreo de velocidad por medio de radares, entre otros.

Demostrar por parte de la Fiscalía ese querer por parte del autor, será parte de los elementos de investigación a recabar. A. respecto Muñoz Conde (2010) indica:

La demostración de ese querer, plantea, ciertamente, problemas de prueba en la práctica, pero no por ello puede prescindirse de él. Como se trata de un elemento subjetivo, lo mejor para su prueba es comprobar la existencia de determinados indicadores objetivos de los que se pueda deducir si realmente hubo o no una

decisión en contra del bien jurídico. Entre estos indicadores se cuenta, en primer lugar, el riesgo o peligro, para el bien jurídico implícito en la propia acción y, en segundo lugar, la capacidad de evitación del resultado que el sujeto puede tener cuando actúa (p. 59).

Se advierte, en este apartado, esa existencia de dominio, de evitación, elementos previos que anuncian o advierten sobre un peligro inminente, así como la identificación del bien jurídico que se podría afectar que a todas luces se encuentra inmersa en la acción. A pesar de ello, se hace evidente la intencionalidad de asumir el riesgo y, por lo tanto, sus consecuencias, quizás no en proporción de los resultados, pero se aparta de los delitos culposos, en los que los presupuestos deben ser la imprudencia, negligencia o la impericia.

Si hubo o no decisión de afectación en contra de la vida e integridad de las personas son indicadores que se podían prever con facilidad por el autor del hecho, porque naturalmente al estar al volante de un automotor, con solo el inicio del desplazamiento inicia toda la responsabilidad que conlleva y de ahí la necesidad de tomar las medidas pertinentes, no solo por la seguridad del que conduce y sus acompañantes, sino de todas aquellas personas que se conducen ya sea en otro automotor o en su condición de peatones. Implica, entonces, respetar todas las señales de tránsito, para respetar las vías permitidas como no permitidas, los límites de velocidad, distancia entre uno y otro vehículo de acuerdo al tipo de vehículo que se esté conduciendo, entre otros, que la Ley de Tránsito regula, y son normas inclusive de carácter internacional que deben observarse porque se han instituido en resguardo de bienes jurídicos personalísimos como lo es la vida y la integridad de las personas.

El punto anterior, constituye los principios y normas no observadas que dieron lugar al fatal resultado, por lo que se hace evidente, en consecuencia, que el delito cometido es el de homicidio de acuerdo a la teoría que se analiza. Porque, distinto es, que una persona se conduzca con todas las medidas pertinentes, pero en el trayecto inesperadamente se encuentra con lubricante derramado sobre la carretera, y da lugar a un accidente de tránsito, resultado sus tripulantes con lesiones o hasta fallecidos, pero son circunstancias diferentes. En ningún momento se le presentó previamente ese riesgo ya que a pesar de conocerlo, identificarlo y por lo tanto poder evitarlo, haya querido

asumir el riesgo. Son, por lo tanto, conductas distintas y por lo tanto encuadran en tipos penales distintos.

1.3.5. Dolo directo

En esta figura lleva inmersa no solo la intención del autor del delito sino el fin, o el resultado propuesto desde la etapa interna o mental, es decir, existe coincidencia entre la intención y el resultado, guardando estrecha relación a la luz de lo que establece la teoría finalista. Esta, aunque ha sido criticada, pero desde el punto de vista del suscrito autor del presente trabajo, es la figura por excelencia que hace patente esa intencionalidad, lo que se persigue, lo que se ha propuesto, lo que se ha planificado, concertado, por lo tanto, es la forma por excelencia en que se materializa la hipótesis contenida en una norma jurídica.

Se hace patente y más que evidente la intención de producir un cambio en el mundo exterior. Es decir, cuando se concreta y se materializa la intención, que no deja lugar a dudas en cuanto a la pretensión del sujeto activo del delito, lesionando con exclusividad el bien jurídico protegido que se ha propuesto lesionar o quebrantar. Por lo tanto, la existencia de una perfecta armonía entre la antijuricidad, la acción, culpabilidad, punibilidad, y la tipicidad, que se traduce en la manifestación de la voluntad y objetivo trazado por el autor del hecho suscitado. Al respecto Girón Palles (2013) afirma:

En el dolo directo, el autor quiere realizar precisamente el resultado del homicidio (de causar la muerte de una persona), en el hurto (apropiarse de un bien mueble ajeno), o causar lesiones corporales a otro, o bien realizar la acción típica en los delitos de mera actividad (portar arma de fuego sin licencia respectiva, sembrar y cultivar marihuana etc. (p. 35).

En el estudio del dolo directo se han considerado niveles, como el dolo directo de primer grado y el dolo directo de segundo grado; en el primer caso es el resultado específico de lo que se ha propuesto el autor, por ejemplo, el de asaltar una joyería y apoderarse de las joyas, pero se da cuenta que para su ejecución debe superar la presencia de un guardia de seguridad, entonces prevé la muerte de este. En ese sentido, en dolo de primer grado sería el apoderamiento de los bienes de ajena pertenencia, en

tanto que el dolo de segundo grado sería la actividad necesaria para conseguir su fin que es ocasionar la muerte del guardia de seguridad.

Es decir, que en este tipo de dolo, existe una planificación previa, y se prevé cuidadosamente cada uno de los aspectos para su ejecución, y todas aquellas acciones necesarias para asegurar las resultas del fin propuesto y proveerse de los medios necesarios para asegurar y lograr ese resultado.

De esas acciones o previsiones, la legislación las ha contemplado como circunstancias agravantes para la penalización del delito, de conformidad con el artículo 27 del Código Penal, en virtud de que del estudio de los hechos se podría establecer la premeditación. Por ejemplo, también que el o los autores del delito ejecuten actos en menosprecio de la edad de la víctima, para aprovechar su estado de indefensión. Asimismo, se advierte que para la ejecución de los hechos utilicen medios gravemente peligrosos, el uso de medios efectivos para la preparación para la fuga, cooperación de menores de edad, la nocturnidad y despoblado, menosprecio del lugar, entre otros.

1.3.6. El dolo directo en la legislación

En el artículo 11 del Decreto legislativo 17-73 del Congreso de la República de Guatemala se encuentra regulada esta figura, de acuerdo con la interpretación de las doctrinas, al regular que: “El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto”, por lo tanto, el ente investigador del Estado, es decir, el Ministerio Público, al recibir una denuncia realiza el análisis y hace una calificación jurídica provisional del hecho planteado en la denuncia, es decir, que estamos en ese momento ante el proceso de tipificación del hecho, y ya al pedir el control judicial ya sea para pedir que se señale audiencia de primera declaración o en su caso se requiera la orden de aprehensión, en dicha audiencia de primera declaración, de conformidad con el artículo 82 del Código Procesal Penal, al realizar la imputación la Fiscalía, y al darle la calificación provisional y previo pronunciamiento de la Defensa del imputado, procederá en definitiva el señor juez a determinar el delito por el cual emitirá el auto de procesamiento.

El citado auto de procesamiento podrá ser reformado de oficio o a petición de cualquiera de las partes procesales, solo en la etapa preparatoria, de conformidad con el artículo 320 del Código Procesal Penal. Lo anterior significa que la reforma se realiza en

virtud de que se considera que las acciones realizadas por el sujeto activo del delito encuadran en una norma distinta, ya sea de mayor o menor gravedad.

La fiscalía en la etapa preparatoria deberá establecer por medio de los principios de la criminalística, el quién, a quién, cuándo, dónde, con qué, qué, por qué. Este último aspecto, es decir, el “porqué”, es donde se determinará el móvil del delito, de donde precisamente se establecerá, la voluntariedad del autor, respecto a lo que se había propuesto, el fin trazado, y la congruencia de los mismos con los resultados previos localizados en el escenario criminal.

El dolo, de acuerdo a su estudio en la teoría general del delito, ha sido elemento fundamental, en virtud de que se trata sobre la intencionalidad y la voluntariedad de producir un hecho. Por lo tanto, se ha establecido que aunque los resultados de las acciones del autor sean distintos a los trazados previamente, dichas acciones u omisiones ejecutadas le serán atribuibles y, en consecuencia, permitirán su encuadramiento dentro de una norma jurídica que tutela el bien jurídico afectado. Por lo tanto, se estarían excluyendo todas aquellas causales denominadas en el Código Penal como causas de justificación, causas de inculpabilidad, así como el contenido del artículo 22 del Código Penal, relacionado a los casos fortuitos.

1.4. La culpa

1.5. Antecedentes

La palabra culpa, en el ámbito del derecho guatemalteco, se emplea en las ramas del derecho civil como en la rama del derecho penal. Naturalmente en el presente caso interesa en cuanto a su significado y alcances legales derivado de su concepción desde el ámbito penal.

Los delitos culposos siempre fueron problemáticos, al punto de ponerse en duda la culpabilidad en ellos, cosa que jamás aconteció con los dolosos y ni siquiera con los omisivos.

La característica esencial del tipo culposo y la diferencia respecto al doloso, es la forma de individualización de la conducta prohibida. En tanto que el tipo doloso la conducta se ciñe, por lo general, mediante una descripción, en el tipo culposo esta

permanece *prima facie* indeterminada, siendo solo determinable frente a cada caso concreto (Zafaroni, 1981, p. 383).

De conformidad con lo que regula el artículo diez del Decreto legislativo 75-90 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial, que establece: “Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales”. La inclusión de la citada norma es para resaltar que la figura de la culpa como tal, se debe interpretar en el sentido expreso en la norma sustantiva penal en el apartado de las disposiciones generales.

También tiene su acepción común y de acuerdo a la Real Academia española de la lengua, establece que la culpa: “Es la imputación al alguien de una determinada acción como consecuencia de su conducta. Tú tienes la culpa de lo sucedido”. Este significado es desde el punto de vista general ordinario.

1.6. Concepto

Desde el punto de vista del derecho civil la culpa es un elemento que compromete la responsabilidad civil de quien incurre en ella, consistente en la acción u omisión voluntaria pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación, contraída por los sujetos personales de una relación contractual. Al respecto de esta figura del derecho Osorio (1996) afirma:

En términos generales, puede decirse que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente o, pudiera añadirse, con infracción de reglamentos. Es un concepto contrapuesto al dolo, porque, mientras en la culpa la intención está referida a la acción u omisión que causa el daño, sin propósito de hacerlo, en el dolo la intención recae sobre el daño mismo que se ocasiona. Uno de los muchos ejemplos de delito culposo es el automovilista que comete la imprudencia de marchar a excesiva velocidad, o la negligencia de no haber hecho arreglar los frenos y atropella a una persona (p. 259).

En el Código Penal, se encuentra definido el delito culposo, al igual que distintos países ha adoptado en el mismo sentido, incluir en sus respectivas normativas, la definición de dicha figura.

Los más recientes códigos dan ya una definición del delito culposo, declarando a veces taxativamente (Uruguay, artículo 19; Cuba, artículo 19, Brasil artículo 15 párrafo último, como también lo han hecho el Código chileno (artículos 4 y 10 numeral 13) y el costarricense (artículo 18 párrafo segundo), que la culpa se castiga en los casos que la propia ley establece. El Código peruano vincula la negligencia, taxativamente anunciada como denominación de los delitos culposos, a la imprevisión, considerada como culpable cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal (artículo 82). El Código mexicano emplea el término imprudencia y define esta como toda imprevisión negligente, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional (artículo 8). El Código uruguayo considera el hecho culposo o culpable cuando con motivo de ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fue, por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos (artículo 18). En el Código cubano se define el delito por culpa, vinculando también la imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia de los reglamentos (artículo 19). El Código colombiano da un concepto más elegante y menos enumerativo de la culpa, basada como el Código peruano y en el del Ecuador, en la imprevisión pero comprendiendo además la culpa de resultado previsto: “Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlo” (artículo 12 párrafo segundo). La tradición española pervive en el Código de Guatemala que habla de imprudencia o negligencia que causa un mal “que al mediar malicia constituirá delito o falta” (artículo 13), dividiendo la imprudencia o negligencia en temeraria y simple mediante reglas embarazosas para distinguirlas copiadas textualmente del artículo del Código Penal español que tantas censuras mereció (Jiménez de Asúa, 1958, p. 380).

Partiendo de la definición que antecede, se advierte que puede existir una acción u omisión, que sea capaz de producir un cambio en el mundo exterior, es decir, la existencia de un evento, pero que su característica es que es sin propósito de su ejecución, sino que se actúa con imprudencia o negligencia, y agrega el aspecto de infracción de

reglamentos, lo que en nuestro medio se encuentra regulado como la impericia. Al respecto Basigalupo (1996) afirma:

La cuestión del disvalor del resultado y del disvalor de la acción como elementos fundamentales de lo ilícito adquiere una fisonomía distinta en los delitos culposos. En estos, el autor no ha querido la realización del hecho típico, del supuesto del hecho del delito. El resultado no es producto de su voluntad, sino de su negligencia, del incumplimiento del deber de cuidado en el tráfico. En consecuencia, lo que constituye el disvalor de acción en los delitos culposos es esta infracción del deber de cuidado o, dicho de otra manera, el obrar sin la diligencia debida [negligencia] (pp. 78-79).

El patrón imperante en la figura objeto de estudio es la ausencia del querer obrar del sujeto activo. Lo que se hace patente, es el incumplimiento en el deber jurídico de cuidado.

En la historia de esta importante figura del derecho penal originalmente ocupó un lugar secundario, partiendo del principio de mínima intervención del derecho penal, por lo que se consideró que los delitos culposos, llamados también como delitos imprudentes, eran una especie de cuasidelitos, e inclusive dicha figura fijaba una con tendencia hacia el derecho civil y no al derecho penal. Y es que dicho principio de intervención mínima del derecho penal responde también para no hacer uso indiscriminado a dicha rama del derecho, y una posible inflación a la misma, sino por el contrario debiendo responder únicamente a los ataques a bienes jurídicos muy importantes.

El proceso de industrialización que comienza con la Revolución Industrial en el siglo XIX, y que continuó y aumentó en el siglo XX, supuso la manipulación de máquinas y medios peligrosos para la vida, la salud, la integridad física y el patrimonio de la persona. El tráfico automovilístico representa actualmente una de las fuentes principales de peligro para la vida y la integridad física, con su secuela de muerte, lesiones y daños. No es, por ello, extraño que las imprudencias en este sector constituyan estadísticamente hoy en día la parte más importante del número de delitos apreciados por los tribunales al cabo del año. Pero también en otros ámbitos, como el medioambiente, y la salud pública, las imprudencias, muchas veces imputables a personas que trabajan en el seno de una organización empresarial, son causa de grandes daños, incluso catastróficos (Muñoz Conde, 2010, p. 65).

Es importante resaltar lo considerado por el citado autor sobre la trascendencia de bienes jurídicos que se tutelan, en esta figura procesal penal, que está primero la vida, secundado por la integridad de las personas, la salud, el patrimonio, imputables a personas que trabajan en una organización empresarial. Pero es también importante hacer mención de los delitos culposos que por acción o por omisión se les atribuye a funcionarios y empleados públicos, que a consecuencia de un abuso de autoridad o de un incumplimiento de deberes, sus conductas pueden provocar consecuencias de grandes magnitudes.

La característica de los delitos culposos es que surgen a consecuencia de una imprudencia, negligencia o impericia, aunque antiguamente fue concebido el dolo y la imprudencia o culpa, como formas de culpabilidad, tal como se hizo referencia en los antecedentes en el presente trabajo respecto a la figura del dolo, pues a las personas, se les juzgaban por los resultados de la acción u omisión, y no por la intencionalidad, ni por el aspecto volitivo de dicha acción u omisión.

Ya, en la actualidad, se toma como elemento sustancial de la conducta injusta, no solo la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción. El autor Muñoz Conde (2010) cita como ejemplo el siguiente:

Los vehículos A y B, que chocan en una curva, quedando sus conductores gravemente lesionados, es evidente que A y B, han causado por igual dicho resultado. Pero para saber quién conducía imprudentemente, y por lo tanto, quién debe responder del resultado producido, no basta con establecer esta simple conexión causal, sino que es preciso, además, saber quién actuaba diligentemente y quién no. Y sí, por ejemplo, sabemos que A al tomar la curva se cerró sobre la izquierda invadiendo el lateral contrario por donde B venía conduciendo correctamente, ya sabemos también quién es el que ha realizado el tipo de injusto de un delito imprudente. Ello, naturalmente, sin perjuicio de comprobar ulteriormente la presencia de otros elementos de la teoría del delito en orden a la exigencia de una responsabilidad penal (p. 66).

El anterior ejemplo responde, precisamente, a lo indicado, que no se debe observar la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción, es decir, verificar quién es el que faltó a la observancia de la figura del deber jurídico de cuidado. Porque, contrario al ejemplo anterior se pueden dar casos en que como consecuencia de un hecho resulte lesionada o hasta la muerte de solamente una de las partes involucradas en hecho de tránsito, y sea precisamente la que faltó al deber jurídico de cuidado, por lo tanto, aun con los resultados del hecho, no se le podría atribuir a la otra parte los delitos correspondientes a lesiones culposas u homicidio culposo según fuera el caso, derivado de la imprudencia, negligencia o impericia de la otra parte.

En ese caso, correspondería a la Fiscalía solicitar, inclusive a favor de dicha persona, una falta de mérito en caso de primera declaración, o un sobreseimiento en la etapa intermedia.

Los componentes del tipo injusto de los delitos culposos, fundamentalmente radican en la acción típica o conducta típica imprudente y su relación con el resultado causado. Es decir, que la persona pudo haber asumido un actuar distinto que el realizado, y que alguien más en su lugar pudo haber observado, en virtud del deber objetivo de cuidado de necesaria observación, evitando el resultado prohibido por una norma.

Todo delito culposo es obra de la voluntad y por la afirmación de que en un número considerable de esos delitos por negligencia la voluntad se dirige a un acto claramente previsto en su efecto causal, tan exactamente como en el delito doloso, con la única diferencia de que en la culpa, la antijuricidad del acto es desconocida. Este delito culposo causalmente previsto, en el que puede darse, incluso la tentativa, cosa inconcebible en otras formas de culpa ha sido, según Binding, completamente ignorado por la dogmática de hoy.

1.7. Elementos del tipo culposo

a) Elemento normativo

Consiste en la violación del deber de cuidado, que no se refiere a la correcta conducta, sino a la atención y el esfuerzo de evitar un daño y surge del ámbito jurídico de la relación.

El cuidado es un concepto normativo, porque es un principio de lógica observación. Desde su concepción genérica, el cuidado implica la atención para hacer con atención algo, o la realización de alguna acción con la debida cautela, implica, por lo tanto, poner la debida diligencia. Y en lo normativo abarca el elemento intelectual de la persona. Por lo tanto, permite advertir esa previsibilidad objetiva.

El deber de cuidado se desarrolla en normas penales y administrativas, como en el reglamento de tránsito, y todo tipo de reglamento interno de actividades hospitalarias, industriales, etc. La violación del deber de cuidado equivale al desvalor de la acción, como la desaprobación que el ordenamiento jurídico de la realización de la conducta, por ejemplo, la persona que conduciendo un automóvil atropella a otra que fallece por lo cual constituye un hecho delictuoso [homicidio culposo] (Girón Palles, 2013, pp. 42-43).

b) Elemento descriptivo

Consiste en el resultado, así como cuando se pone en eminente peligro el contenido de la norma. Su componente es la consecuencia de la acción. Es decir, la secuela del evento. Lo que se produjo con la acción, Muñoz Conde (2010) afirma: “La producción del resultado es el componente de azar de los delitos imprudentes, ya que estos solo pueden ser estos castigados cuando el resultado tiene lugar” (p. 72). Constituye, por lo tanto, una de sus características.

El elemento descriptivo consistirá en el resultado o puesta en peligro del bien jurídico como consecuencia de la violación de la norma del deber de cuidado. Los delitos de resultado son los que producen un cambio en el mundo exterior traducido en una efectiva lesión al bien jurídico protegido, tal es el caso del homicidio culposo o lesiones culposas, que en este caso constituyen el desvalor de resultado. Sin embargo, también se admite la puesta en peligro del bien jurídico como en el tipo penal de responsabilidad de conductores. Para la integración del concepto, injusto penal es necesario el desvalor de acción, más el desvalor de resultado.

Aunque la violación de las normas del deber de cuidado es el principal fundamento del delito imprudente, externamente se traduce en términos que se refieren a lo mismo como la imprudencia, negligencia e impericia. Hay ciertas actividades que requieren conocimientos especiales o una preparación técnica para realizarlas, de

donde se deriva la obligación de omitir acciones peligrosas. Su inobservancia da lugar a la impericia profesional siendo el ejemplo, la conducción de vehículos de transporte colectivo que solo está permitido a pilotos con licencia profesional clase "A". En la misma forma, la exigencia del deber de preparación e información previa, especialmente para los cirujanos, como consultar la historia clínica del paciente, o los cuidados que requiere un paciente inmediatamente después de la operación, cuando se viola el deber de cuidado se le denomina negligencia médica. Es por ello que al decir negligencia o impericia genéricamente nos estamos refiriendo a la imprudencia (Girón Palles, 2013, p. 43).

c) Elementos subjetivo

En el caso de los delitos culposos o imprudentes como también se le denomina, no carece del elemento subjetivo, en virtud de la intención directa de causar un daño, sin que los mismos riñan con lo que son las clases de culpa.

1.8. El deber subjetivo de cuidado

Esta figura de la culpa, de acuerdo a distintos tratadistas del derecho penal, radica en que se distingue al deber jurídico de cuidado que es de observancia general, en cambio, esta figura conlleva un grado más de responsabilidad, porque se refiere a aquellas personas, que tienen una experiencia o cierto conocimiento, en alguna disciplina, arte, función, entre otros, que hace aún más previsible un resultado dañoso. Por ejemplo, un experto en restauración de bienes culturales sabe y conoce que no puede asistirse de una persona que no tenga esa calidad, porque solamente él conoce el conjunto de procedimientos para llevar al cabo la actividad de restauración; ya que es similar a un médico que tenga como paciente a una persona de la tercera edad, cuyo tratamiento y prescripción de los medicamentos deberán ser cuidadosamente analizadas, en proporción de su respuesta física, para no provocar una circunstancia adversa en el paciente. Por lo tanto, entra en juego lo que es la debida diligencia, en consecuencia, el conjunto de procedimientos aplicables y su grado de experiencia serán determinantes para establecer esa imprudencia.

Pero la acción concreta, definitivamente, es la que determina el encuadramiento de una conducta imprudente.

La tipicidad de dicha acción se determinará, entonces, mediante la comparación de la acción realizada con la exigida por el deber de cuidado en la situación concreta. Ejemplo: el médico que debe intervenir sin demora a un paciente que sufrió un accidente en la vía pública y no dispone de los elementos necesarios para tomar medidas preventivas de una infección, no infringe el deber de cuidado si como consecuencia de ello se produce la infección; por el contrario, sí lo infringe el que, en el quirófano, disponiendo de todos los medios para tomar las medidas preventivas, las omite (Bacigalupo, 1996, p. 214).

El grado de responsabilidad se hace patente, entonces, cuando la persona se encuentra investida de una capacidad especial para intervenir en el injusto penal, lo que en nuestro medio se regula inclusive que no se puede alegar ignorancia de la ley, que la persona debió actuar y, todo lo contrario, dejó de actuar en la forma exigida, por lo tanto incumpliendo con su deber jurídico de actuar en la forma debida. Inclusive, puede estar en su posición de garante, lo que daría lugar a otros tipos penales como el incumplimiento de deberes para el caso de funcionarios y empleados públicos en el ejercicio del cargo.

1.9. La lesión del cuidado

Se refiere en este caso al bien jurídico protegido, la lesión precisamente del mismo para considerar que la conducta es típica, caso contrario no concurriría la imputabilidad objetiva, porque en los delitos imprudentes o culposos, solo la puesta en peligro no constituye por sí imputación objetiva, porque en todo caso estaríamos frente a un injusto en grado de tentativa, lo que cae en el ámbito de los delitos dolosos, cuando no se consuma por causas ajenas al autor del hecho. En estos tipos de delitos, si el autor asume el riesgo, realiza la acción, pero sin ningún resultado lesivo que invada el campo del ámbito penal, no será típica la conducta.

La cognoscibilidad de la lesión del bien jurídico por otra parte, no es un elemento subjetivo sino una posibilidad del sujeto que está fuera de él mismo. En tanto se admite la punibilidad de la culpa inconsciente la postulación de un tipo subjetivo en el ámbito del delito culposo no será sino una ficción, pues en una de las dos especies de culpa se admite una carencia total de subjetividad del autor (Bacigalupo, 1996, p. 213).

1.10. Clases de culpa

1.10.1. Culpa consciente o con representación

En este caso el sujeto o autor no quiere causar el daño, está consciente sobre el peligro y en consecuencia sobre esa posible lesión de un bien jurídico protegido en particular, sin embargo, se confía en que no generará ese resultado lesivo. Pero a pesar de la conducta, nunca rebasará la esfera de los delitos culposos, porque lo que hace la diferencia es la carencia del querer causar un daño.

Es el elemento fundamental aunque lo que se encuentra en la mente de un autor, sea un elemento subjetivo, porque hasta que se exterioriza es que se materializa dicha acción y con su consecuente resultado.

1.10.2. Culpa inconsciente o sin representación

En esta clase de culpa, el sujeto o autor nunca previó el daño realizado o producido, como consecuencia de la violación del deber de cuidado.

No es una circunstancia que haya previsto el posible evento y que no obstante se haya confiado en que no se producirá un resultado dañoso, como lo es la culpa con representación, pero a pesar de ello, pudo haber tomado una actitud distinta, y es lo que se recrimina, o se penaliza por el derecho penal, para la protección de los bienes jurídicos fundamentales.

1.11. La culpa en la legislación guatemalteca

El artículo 12 del Decreto legislativo 17-73 del Congreso de la República, Código Penal regula: “Delito culposo. El delito es culposo, cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley”.

De la lectura de la figura penal regulada en la parte general del Código Penal, se establece que dicha normativa se debe integrar con cada tipo penal culposo al momento de su aplicación, ya que este artículo es donde se define acerca de lo que debe entender y sobre los alcances legales y su consecuente aplicación a cada caso en concreto.

Como primer elemento encontramos que el delito se puede cometer con ocasión de acciones u omisiones. La palabra acción implica hacer algo. En el Diccionario del grupo Océano (2000) la define como: “Poner en funcionamiento algún mecanismo o parte de él (p. 11). En tanto que la palabra omisión implica un sentido contrapuesto al primero, pues deviene en dejar de hacer algo, abstenerse. Osorio (2010) define la omisión como: “Abstención de actuar. Inactividad frente al deber o conveniencia de obrar. Descuido, olvido” (p. 690). Implica, en consecuencia, dejar de actuar y pudiendo hacerlo, pero se omite el mismo.

Los términos relacionados implican hacer o no hacer. Pero ese hacer o no hacer debe constituirse en algo lícito, es decir, que la acción debe estar permitida por la ley, caso contrario sería, por sí, un acto ilícito. Por ejemplo, conducir un vehículo consiste en una acción lícita, que es el presupuesto de obligatoria observancia en los delitos culposos, porque de lo contrario no se podría alegar que la acción realizada sea una acción de las consideradas como acción imprudente. Por ejemplo, si una persona porta un arma de fuego de la cual no es titular, y al estar en casa dispone revisarla, se le dispara y provoca la muerte de una de las personas moradoras del lugar.

Es evidente, en primer lugar, que no solo está en posesión de un bien de ilícita pertenencia, rastro de un delito, sino también está realizado la hipótesis de un delito de mera actividad y de peligro, como lo es la portación ilegal de armas de fuego, regulado en el artículo 123 de la Ley de Armas y Municiones. En consecuencia, la actividad que realiza no es lícita, por lo tanto, no se le podría imputar la muerte ocasionada como un delito culposo, no obstante que por su falta de pericia se le percutió el arma de fuego, pero no por ello dejará de ser ilícito. Por lo tanto, al momento de imputarle los hechos, no podría pedirse que se le ligue a proceso penal por el delito de homicidio culposo, sino por el tipo penal de homicidio, regulado en el artículo 123 de nuestra norma sustantiva penal, Código Penal.

Seguidamente, la norma regula que derivado de esa acción u omisión se causa un daño. Este daño podría ser de cualquier carácter. Ya sea un daño personal, patrimonial, entre otros. Según la Real Academia, citada por Manuel Osorio en su obra Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, indica que daño es detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia o maltrato.

El daño, relacionado según la normativa en análisis, debe derivarse precisamente de esa acción u omisión y que la misma la haya provocado por negligencia, imprudencia o impericia.

La negligencia es la falta de diligencia. Por ejemplo, si se sabe que el vehículo no cuenta con el sistema de frenos en condiciones y se emprende un viaje largo, sin el respectivo mantenimiento o servicio previo, para evitar un incidente. Por lo tanto, a consecuencia de dicha falta de diligencia pueda producir un evento, que generaría responsabilidad penal, como también podría culminar el viaje sin ningún inconveniente, pero de manera consciente, el autor asumió el riesgo inminente.

La cuestión del disvalor del resultado y del disvalor de la acción como elementos fundamentales de lo ilícito adquiere una fisonomía distinta en los delitos culposos. En estos, el autor no ha querido la realización del hecho típico, del supuesto de hecho del delito. El resultado no es producto de su voluntad, sino de su negligencia del incumplimiento de su deber de cuidado. En consecuencia lo que constituye el disvalor de acción en los delitos culposos es esta infracción del deber de cuidado o, dicho de otra manera, el obrar sin la diligencia debida (Bacigalupo, 1996, pp. 78-79).

La imprudencia como segundo punto que considera nuestra ley sustantiva, bajo las cuales se pueden producir los delitos culposos, consiste en que el autor del hecho no fue prudente o cauto en su actuar. Sin poder alegar ni siquiera a su favor el riesgo permitido, ya que es una figura aplicable a casos concretos y cumpliendo con ciertas calidades y requisitos, tal es el caso de los cuerpos de socorro, es decir los bomberos municipales o voluntarios, que se pueden desplazar a una velocidad mayor a la legalmente permitida, inclusive conducir en una vía contraria, de acuerdo a la categoría con la emergencia que se encuentren cubriendo.

Cualquier imprudencia constituye una negligencia, porque es imprudente la realización de una acción sin hacer algo que la prudencia aconsejaba hacer (negligente), esto surge como resultado necesario y lógico de la ausencia de conductas de puedan calificarse de imprudentes en sí. No es imprudente conducir un vehículo a doscientos kilómetros por hora en una autopista sin límite de velocidad, no es prudente apuntar con en una representación teatral, no es

imprudente embriagarse con control médico en un laboratorio de investigaciones fisiológicas (Zafaroni, 1981, p. 385).

Finalmente, la impericia es otro elemento que considera nuestra normativa sustantiva penal como presupuesto sobre las cuales se puede producir un delito imprudente o culposo.

La impericia consiste en la carencia de pericia, en determinada rama, disciplina, arte, función, oficio. Es decir, que no se cuenta con la debida competencia para la ejecución, intervención o participación en un acto.

La Real Academia Española la define sin mayores explicaciones como “la falta de pericia”.

Uno de los ejemplos, consiste en aquella persona que conduce un vehículo sin contar con la licencia de conducir correspondiente, o aún contando con dicha licencia, pero no reúne la calidad de licencia, para el tipo de automotor que conduce, como el que maneja un transporte pesado, portando una licencia tipo M. Es evidente que no cuenta con la calidad, experiencia, ni mucho menos con la calidad y en consecuencia ni con la autorización para maniobrar dicho automotor.

En el ejemplo citado, también se hace evidente, sobre el riesgo grave a asumir por la persona que asume dicha actitud, pues no obstante que sabe que no cuenta con la calidad debida, toma el volante, exponiendo a grave riesgo su integridad física, así como la vida, no solo la de él mismo, sino de los demás miembros de la sociedad en general.

En ese caso, ante la comisión de algún evento, no solo concurrirían los presupuestos de la impericia, sino también la imprudencia de su actuar.

Aunque la violación de las normas del deber de cuidado es el principal fundamento del delito imprudente, externamente se traduce en términos que se refieren a lo mismo como la imprudencia, negligencia e impericia. Hay ciertas actividades que requieren conocimientos especiales o una preparación técnica para realizarlas, de donde se deriva la obligación de omitir acciones peligrosas. Su inobservancia da lugar a la impericia profesional, siendo el ejemplo, la conducción de vehículos de transporte colectivo que solo está permitido a pilotos con licencia profesional clase “A”. En la misma forma, la exigencia del deber de preparación e información previa,

especialmente para los cirujanos, como consultar la historia clínica del paciente, o los cuidados que requiere un paciente inmediatamente después de la operación, cuando se viola el deber de cuidado se le denomina negligencia médica. Es por ello que al decir negligencia o impericia genéricamente nos estamos refiriendo a la imprudencia (Girón Palles, 2013, p. 43).

Tal como se ha indicado, en esta figura lo que regula la norma es, precisamente, la de no contar con alguna especialidad como de forzosa observancia y cuya omisión desencadena en responsabilidad penal, sin perjuicio de la concurrencia de otro delito derivado de dicha acción u omisión.

En los delitos culposos, como se puede apreciar, no se derivan solo de hechos de tránsito, sino existen una serie de hechos que se pueden traducir en que una persona incurra por medio de su actuar, en hechos tipificados como delito, siendo requisito de obligatoria observancia que de conformidad con el principio de legalidad en materia penal, antes de la perpetración del hecho, debe estar regulada la conducta como delito o falta, esto con el objeto de no incurrir en una analogía.

Asimismo, en los delitos culposos, su característica legal sustantiva, y de rigurosa observancia, es que debe estar determinada en la ley, como tal, para ser considerado como hecho culposo, es decir, estar determinada que la conducta pueda ser cometida por culpa, con sus modalidades correspondientes ya sea por negligencia, imprudencia o impericia.

Dicho mandato legal se encuentra determinado en el segundo párrafo del artículo 12 del Código Penal, Decreto Legislativo 17-73 del Congreso de la República, que expresamente regula: “Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley”.

De la interpretación del citado texto legal se puede inferir que lo que regula en sí, es que una conducta, no se podrá encuadrar en una norma solo con el objeto de justificar o forzar que la misma sea conocida en el ámbito penal y, en consecuencia, el autor del hecho sea juzgado en esa vía. Es imperativo que la conducta realizada este expresamente determinada en la ley, caso contrario se estaría violentando el principio de legalidad.

Pueden existir hechos de apariencia culposa, mas no generan responsabilidad penal, esto es lo que demanda dicho principio de legalidad, de donde precisamente se dirige la hipótesis del presente trabajo, ante la necesidad de regular la culpa en los delitos de depredación de bienes culturales regulado en el artículo 44 del Decreto Legislativo 60-69 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, debido a la producción de hechos generados no de manera intencional, pero una vez producidos, el bien jurídico afectado, necesita de una protección especial para su rescate o restitución.

En nuestra normativa sustantiva penal se encuentran expresamente regulados los siguientes delitos con carácter de culposos: homicidio culposo regulado en el artículo 127 del Código Penal; tentativa y aborto culposo, 139, lesiones culposas, 150, delito por dolo o culpa, 152, incendio y estrago culposo, 285, desastres culposos, 293, 312 esté relacionado a los artículos 301 propagación de enfermedad; 302 envenenamiento de agua o de sustancia alimenticia o medicinal; 303 elaboración peligrosa de sustancias alimenticias, y 304 expendio irregular de medicamentos, 332 C tráfico de tesoros nacionales, 345 propagación culposa (se encuentra relacionado con lo regulado en el artículo 344, propagación de enfermedad en plantas o animales), 347 A contaminación, 347 B contaminación industrial, 347 C responsabilidad del funcionario, 349 quiebra culpable, 437 responsabilidad de funcionarios, 446 peculado culposo, 463 prevaricato culposo, 472 evasión culposa. Todos los artículos citados corresponden al Código Penal.

Se puede establecer que hay determinados hechos que se suscitan en el ámbito de la culpa, sin embargo, si la ley no los determina como tales, no podrán ser imputados a su autor.

En el presente capítulo, de acuerdo con las distintas teorías analizadas, así como el engranaje legal aplicable, se arriba respecto a la clara existencia de diferencias entre las conductas dolosas y culposas, cada figura con sus respectivas modalidades. Aunque existan clasificaciones, tipos, modalidades, tanto del dolo como de la culpa, ni una de las dos figuras, invade el campo del otro, aunque en determinado momento, la voluntad se vuelve un hilo delgado entre las dos figuras, pero aparece la intencionalidad que es la que marca la diferencia. Dicha figura se advierte sobre la necesidad de su inclusión en la Ley Especial precitada, tal como se encuentra regulada en el artículo 33 de la Ley

Protectora de la ciudad de La Antigua Guatemala, Decreto 60-69 del Congreso de la República de Guatemala.

1.12. El delito de depredación de bienes culturales desde su perspectiva teórica y jurídica

El nacimiento del derecho surge, precisamente, para regular la vida del ser humano derivado de sus relaciones dentro de la sociedad, tanto en lo civil, penal, laboral, administrativo, entre otros. Y el derecho penal surge al constituir el conjunto de normas jurídicas impero atributivas creadas por un Estado, para regular la conducta de las personas; su infracción constituye precisamente lo que se llama delito, es decir la realización de la hipótesis contenida en una norma jurídica.

El delito, a lo largo de la historia, ha recibido distintas denominaciones, tal como ha ocurrido con el derecho penal, al cual pertenece precisamente el delito, que constituye el alma de esta rama del derecho, tal como se advierte a continuación.

El delito como la razón de ser del derecho penal, y como razón de la existencia de toda actividad punitiva del Estado, al igual que el mismo derecho penal, ha recibido diversas denominaciones a través de la evolución histórica de las ideas penales, atendiendo a que siempre ha sido una valoración jurídica, sujeta a las mutaciones que necesariamente conlleva la evolución de la sociedad (De Leon Velasco y De Mata Vela, 1998, p. 109).

Es evidente que la variantes de la denominación del delito obedece precisamente no solo de acuerdo a los puntos de vista de los tratadistas del lugar de su aplicación, sino en atención a la evolución de la sociedad, que da lugar al apareamiento de fenómenos que el propio Estado se ve en consecuencia en la necesidad de regular determinadas conductas, y tipificarlas como delitos o faltas, y por ser normas de prevención y de penalización, conlleva una sanción al realizarse la hipótesis planteada por el legislador en la respectiva norma.

Refiriéndose al delito, en la primigenia Roma se habló de *Noxa* o *Nocia* que significa daño, apareciendo después en la culta Roma para identificar a la acción penal, los términos de: *Fláglitum*, *Scelus*, *Facinus*, *Crimen*, *delictum*, *Fraus* y otros; teniendo mayor aceptación hasta la Edad Media los términos “*Crimen* y *Delictium*”. El primero exprofesamente para identificar a las infracciones o delitos investidos de mayor

gravedad y castigados con mayor pena, y el segundo para señalar una infracción leve, con menos penalidad.

Actualmente en el derecho penal moderno y especialmente en nuestro medio de cultura jurídica se habla de: delito, crimen, infracción penal, hecho o acto punible, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho penal, hecho criminal, contravención o faltas (De León y De Mata, 1998, p. 109-110).

Se puede establecer de lo anterior, que el delito en la antigua Roma fue considerado con los términos *Noxa* o *Nocia*, que significa daño, es decir, que desde el inicio se consideró como la lesión de un bien jurídico, el daño ocasionado al mismo. Circunstancia que actualmente recoge nuestro ordenamiento legal, al regular el artículo 124 del Código Procesal Penal lo relacionado a la reparación digna, que se encuentra ligado al daño ocasionado, como consecuencia del delito cometido, y cuya figura responde a los derechos del derecho penal moderno, que otorga una participación activa al sujeto pasivo del delito, es decir al agraviado que el mismo Código Procesal Penal en el artículo 117 define a qué personas o instituciones se les puede dar la categoría de agraviados dentro del un proceso penal.

Es en la Edad Media donde precisamente saltan al escenario del derecho penal, los términos crimen y *delictium*. Estas se refieren al crimen y al delito, refiriéndose al crimen como los de mayor gravedad y el término *Delictium* como los de menor trascendencia, lo que en nuestra legislación penal, efectivamente, se encuentra en forma bipartita, divididos en delitos los de mayor trascendencia jurídica y faltas, a aquellas infracción de menor trascendencia y con menores penas.

En el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República, no se encuentra la palabra “crimen”, únicamente el término “criminal”, y en todo el texto legal, únicamente en el artículo 71, en donde se emplea dicho término. En la Ley contra la Delincuencia Organizada, Decreto número 21-2006, del Congreso de la República de Guatemala, utiliza los términos “crimen y delito”, como sinónimos. En el artículo 60 del citado cuerpo legal regula: “Artículo 60. Transcripción de las grabaciones. El fiscal y sus investigadores deberán levantar acta detallada de la transcripción de las comunicaciones útiles y relevantes para la comprobación o aportación de evidencias del hecho punible

que se investiga, tomando en cuenta que cualquier otra información personal o íntima será excluida del informe certificado que se aporte como prueba del crimen o delito.

Asimismo, la palabra “criminal” es empleada, reiteradamente en dicho cuerpo legal, debido a su carácter temporal, que es ley reciente, también, es de carácter transnacional, que responde a fenómenos criminales que han surgido en la actualidad, pero debido a la complejidad y gravedad se han visto los distintos Estados a crear su norma especial.

1.13. Definición de delito

En la norma sustantiva penal guatemalteca no se encuentra definido acerca de lo que debe entenderse por la palabra “delito”. En el Título II, del libro primero, de la parte general del citado cuerpo legal se encuentra titulado como “Del Delito”, y como primer artículo establece lo relacionado con la causalidad. Al contrario, en los artículos subsiguientes, es decir, los artículos 11, 12 y 13, define lo que ha de entenderse por el delito doloso, el delito culposo y el delito continuado sin definir lo que debe entenderse por delito.

En el presente trabajo se hará mención de algunas definiciones doctrinarias a efecto de establecer los elementos que toman en cuenta los autores para su definición. Soler (1992) afirma: “El delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal” (p. 203). A juicio del autor del presente trabajo de investigación, la definición anterior carece de uno de los elementos fundamentales para la construcción de la definición del delito, ya que el delito no solo se traduce en acciones, sino también pueden ser como consecuencia de omisiones. Asimismo, se advierte que hace referencia a lo que es la tipicidad, sin embargo, al final de la definición afirma que la acción u omisión debe estar adecuada a una figura penal. Lo que hace caer en redundancia a juicio del autor del presente trabajo, en virtud de que la tipicidad deviene, precisamente, en que la acción o la omisión se encuentra precisamente encuadrados en una norma, lo que le da la calidad de típica, por estar tipificada en una norma sustantiva.

Son varias las definiciones que en la doctrina y en algunos códigos penales se ha dado al delito. Recogiendo la de Jiménez de Asúa (1958) afirma que: “Es un acto u omisión antijurídico y culpable” (p. 201). Se puede advertir de la anterior definición, que el autor no solo incluye dentro de los elementos de la definición lo que es la acción, sino también la omisión, excluyendo lo que es la tipicidad, afirmando sobre la antijuricidad y la

culpabilidad, elementos indispensable para la construcción de la definición del delito, en virtud de que la antijuricidad conlleva, precisamente, en que la conducta es contra derecho y, en consecuencia, constituyendo una infracción a la norma jurídica. La culpabilidad es precisamente la capacidad de una persona de conocer y valorar la acción o la omisión. Lo que se traduce en un comportamiento consciente de la voluntad, es decir, que persona no posee ninguna limitación respecto a las particularidades del acto realizado.

En la actualidad y de acuerdo a la teoría colombiana es definido el delito con características similares. Al respecto Muñoz Conde (2010) indica: “Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona, con una pena. Esto es una consecuencia del principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crimen sine lege*” (p. 1). La definición anterior hace referencia respecto a conductas tipificadas en una norma, concretándose en lo jurídico, y es por ello que menciona inclusive el principio de legalidad cuyo principio consiste en que una conducta, para que pueda ser penada, es requisito indispensable que la dicha acción u omisión esté regulada, caso contrario no podrá ser imputable. En nuestro medio, el artículo 1 del Código Penal, Decreto Legislativo número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula: “Nadie puede ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley”.

El anterior principio constituye un medio de control para el actuar de los jueces, ya que el mismo no les permite ligar a proceso a una persona por un delito cuyas acciones u omisiones, no permita su encuadramiento dentro de una norma jurídica previamente establecida, ya que la misma norma en el artículo 7 determina lo relativo a la exclusión de analogía, es decir, que ningún juzgador o juzgadora podrá crear figuras delictivas por analogía, ni aplicar ninguna sanción basada en la analogía, en consecuencia, constituye un principal medio para limitar o regular el poder punitivo del Estado de Guatemala.

En la actualidad, el delito es definido con los propios elementos que conforman la estructura del delito, para lo cual Muñoz Conde (2010) la define como: “La acción u omisión, típica, antijurídica, culpable, y punible, sancionada por la ley” (p. 3). Dicha definición, aunque sea corta, se puede considerar suficiente para entender y comprender los alcances del término delito, al recoger cada uno de los elementos que se abordan en la teoría general del delito, lo que permite contar con la noción general al momento de encuadrar una conducta, para verificar si cumple con los elementos necesarios, para considerar si la acción u omisión constituye delito o falta, así como si el mismo reúne las condiciones de punibilidad y, por lo tanto, si puede ser atribuible al sujeto activo del mismo.

Una definición más amplia a juicio del autor del presente trabajo acerca del delito, es la que define al delito según Barrios Osorio (2010):

El delito, es una conducta humana, consciente y voluntaria que produce un efecto en el mundo exterior, que se encuentra prohibida por la ley, la cual es contra derecho y que la persona ha incumplido a pesar que conoce y valora la norma (textos educativos).

Esta importante definición, se presenta con términos ya traducidos, de lo que se explica en la teoría general del delito, porque al hablar de conducta humana conlleva lo que es la acción u omisión, y cuando hace referencia a los términos consciente y voluntaria que encierra la intencionalidad. Es una conducta típica cuando indica que es contra derecho, y finaliza afirmando que la persona ha incumplido a pesar de que conoce y valora la norma, que es evidente que se está refiriendo a la culpabilidad, que perfecciona la definición.

1.14. Elementos y estructura del concepto de delito

Previo a abordar los elementos con los que se estructura el concepto del delito es importante dejar asentado que, en nuestro medio, el delito atiende a la clasificación bipartita, tomando en cuenta que del artículo 123 hasta el artículo 479 regulan los delitos considerados de mayor relevancia jurídica, en tanto que a partir del artículo 480 hasta el artículo 498 regulan los hechos considerados de menor trascendencia establecidos dentro del libro tercero del Código Penal, titulado como “De las faltas”.

El concepto del delito responde a una doble perspectiva que, por un lado, se presenta a) como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta humana, y, por

otro, b) como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se llama ilicitud o antijuricidad. Al segundo, culpabilidad o responsabilidad. Antijuricidad es la desaprobación del acto; mientras que la culpabilidad es la atribución de dicho acto a su autor para hacer responsable del mismo.

En estas dos grandes categorías, antijuricidad y culpabilidad, se han ido distribuyendo luego los diversos componentes o elementos del delito. En la primera incluye la conducta, sea por acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos y la relación causal y psicológica con el resultado. En la segunda se encuentran las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su acción u omisión y la exigibilidad de un comportamiento distinto (Muñoz Conde, 2010, pp. 2-3).

Para la estructura del delito es indispensable la integración de los elementos comunes que integran al delito. En este caso, el citado autor nos presenta como primer elemento lo que es la antijuricidad, que consiste en el conjunto de acciones u omisiones realizadas por una persona, que permite determinar su participación ya sea en su condición de autor o cómplice, según sea el grado de participación.

En este elemento de la antijuricidad opera el contradictorio, pues desde la óptica del Ministerio Público los juicios de valor presentados al juez tienen como objetivo persuadir que la conducta del sujeto activo lesionó un bien jurídico o bien lo puso en peligro, pidiendo la condena. El defensor refutará esos argumentos afirmando, en ciertos casos, que la conducta no es penalmente relevante, por lo que procede la absolución y, en su caso, invocar una figura delictiva benigna por favorecer más al incoado.

Además, este filtro de la antijuricidad, permite analizar si existe una causa de justificación (elemento negativo de la antijuricidad) de las contenidas en el artículo 24 del Código Penal, ante lo cual se podrá afirmar que la acción es típica pero no antijurídica, por lo tanto se exime de toda responsabilidad penal, pues aquel precepto es permisivo, al facultar al ciudadano a lesionar algún bien jurídico en virtud de omisión estatal en auxiliarlo, tal el caso de la legítima defensa (IDPP, p. 15).

Las causales relacionadas en el texto citado, efectivamente, se encuentran regulados en el Código Penal en el artículo 24, titulado como “Causas de justificación”, y que regula los siguientes:

Artículo 24. Son causas de justificación:

Legítima defensa.

1. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de las persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:
 - a) Agresión ilegítima.
 - b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.
 - c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretende entrar o ha entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derecho de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Estado de necesidad.

2.^a Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.

Esta exención se explica al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar.
- b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo.
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho.

3.^a Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia.

La concurrencia de alguno de los presupuestos contemplados, da lugar en consecuencia que el hecho no reúna las condiciones de antijuricidad, es decir que puede ser típica porque se encuentra regulada en la ley. Sin embargo, se encuentra justificada con alguna o algunas de las causales relacionadas lo que conlleva que no se pueda emitir auto de procesamiento en contra de la persona que la cometió.

Para ejemplificar lo anterior, con base en sucesos reales; en el año 2011, en una tarde, a una residencia ubicada en la zona 13 de la ciudad de Guatemala, se presentan tres personas de sexo masculino y una de sexo femenino, a bordo de un vehículo tipo Pick Up, con mantas de una de las empresas de telefonía que operan en la República de Guatemala. Uno de ellos toca el timbre, y la doméstica de la residencia los atiende desde la ventanilla, y le explican que como empresa necesitaban darle mantenimiento al sistema de cableado de la línea telefónica para mejoramiento del servicio. La doméstica les indica que no tenía ninguna instrucción del titular del bien inmueble, por lo que dispone comunicarle telefónicamente. En tanto que la persona se encamina al lugar, ya que su lugar de trabajo como miembro del ejército de Guatemala se encontraba cercano al sector.

Al hacer acto de presencia, y luego de recibir toda la instrucción del personal presumiblemente de la empresa, les permite el ingreso, pero les indica que solo dos personas podrán ingresar, a lo que aceptan los comisionados. El titular del bien inmueble, tomando todas las precauciones del caso, trata de no perderlos de vista, y se percata cuando uno de ellos desenfunda un arma de fuego, y la acciona en contra del titular del bien, pero esta no percute la respectiva munición, lo que le permite al morador desenfundar su arma de fuego y repeler el ataque, hiriendo al portador del arma de fuego, en tanto que el otro al observar el intento fallido, inmediatamente huye de la morada y huyen a bordo del citado automotor.

El herido es trasladado a un centro asistencial, en tanto que el morador, es trasladado hacia el juzgado de turno, para prestar su primera declaración, en el cual la Fiscalía al momento de argumentar sobre la necesidad de ligarlo a proceso; solicita hacer aplicación del artículo 272 del Código Procesal Penal, y en consecuencia se aplica la figura procesal de la falta de mérito, argumentando que el actuar del morador, fue en legítima defensa, lo que fue autorizado por el juez respectivo.

Ello evidencia la aplicación de este presupuesto procesal y su consecuente aplicación, en nuestro medio, aunque muchas veces la fiscalía estará en disposición de hacer el requerimiento y será la defensa la que hará las argumentaciones, invocando las normas aplicables, para justificar el actuar de la persona, y el juez, resolverá de conformidad con los presupuestos del artículo 11 bis, del Código Procesal Penal, respecto a la fundamentación de las resoluciones.

El segundo elemento consiste en la culpabilidad, que se refiere a la capacidad de entendimiento, comprensión, entendimiento, que tiene una persona respecto a la ilicitud de su actuar y que a pesar de ello, y pudiendo realizar una conducta o comportamiento distinto, la ejecuta, sin tener ninguna limitación que imposibilite una falta de ilustración o comprensión respecto a las acciones realizadas.

Lo anterior, es un elemento indispensable que se ha discutido en la teoría general del delito, y que en el presente capítulo, se enfocará en lo que determina la ley sustantiva penal guatemalteca. En el Título III del Decreto Legislativo número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, se encuentran las causales que eximen de la responsabilidad penal, y en su primer capítulo se encuentran las causas de inimputabilidad. Y es que dicha normativa en el artículo 23 contempla la minoría de edad, lo que en nuestro medio es hasta las doce años, ya que a partir de los trece años se hará aplicación del artículo 1 de la Ley Integral de la Niñez y Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, lo que a su vez clasifica la adolescencia en tres grupos etarios, considerando que la sanción deberá ir encaminado en principio para favorecer al o a la adolescente en conflicto con la ley penal.

Asimismo, como parte de las personas que se consideran inimputables, se encuentran aquellas que sufren de trastornos mentales, que les impide la capacidad de comprender el carácter criminal del hecho cometido, y aunque la ley prevé que salvo que el trastorno

mental transitorio haya sido buscado por el agente para perpetrar el hecho. Y para ese efecto el sistema de justicia se auxilia de los psiquiatras del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, para que por medio de un examen psiquiátrico se determine el grado de trastorno mental de la persona, y por lo tanto, establecer si a consecuencia de dicha circunstancia se encuentra o no en capacidad de enfrentar un proceso penal, en cuyo caso dependiendo de la gravedad o no del hecho podrá la fiscalía requerir, oportunamente, la aplicación exclusiva de medidas de seguridad, que contempla el Código Procesal Penal.

Como tercer elemento del delito, que conforma su estructura, se encuentra la tipicidad, es decir, que la acción o la omisión, debe estar contemplada previamente en norma jurídica. Al respecto Muñoz Conde (2010) afirma: “No todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es un delito” (p. 3). Lo anterior derivado de que, solamente las acciones u omisiones que se encuentran determinadas en un cuerpo legal, podrán ser atribuidos al autor. Por ello se establece que todo delito es un crimen. Pero no todo crimen es un delito.

Finalmente, algunos tratadistas consideran a la penalidad o punibilidad como elementos del delito. Su importancia radica en que aquella conducta a la que se tiene la posibilidad de aplicar una pena, en el ejercicio del poder coercitivo, pero que depende de ciertas circunstancias, en concreto, como la extinción de la responsabilidad penal por medio de la prescripción. En tal virtud, diversos autores consideran este elemento como autónomo de la teoría general del delito, porque solo se plantea en determinados casos, y no es que sea común en todos los delitos como se ha establecido en los otros elementos del delito ya citados.

1.15. Bienes culturales

Antes de entrar a conocer la definición legal y teórica sobre lo que debe entenderse por bienes culturales, para arribar al delito de depredación de bienes culturales, es menester establecer lo que debe entenderse por la palabra bienes.

De manera general en el diccionario Larousse se dice que: “Bien, es todo beneficio o utilidad” (p. 41).

En nuestra norma sustantiva civil, en el libro segundo del Decreto Ley 106, Código Civil, regula lo que son los bienes de la propiedad y demás derechos reales, y concretamente en el artículo 442 regula: “Son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación y se clasifican en inmueble y muebles”. Es importante destacar esta definición legal que abarca todas las cosas u objetos y hace la clasificación respecto a la clasificación de inmuebles y muebles, dentro de las cuales se encuentran inclusive los animales que pueden ser objeto de apropiación, es decir, que el conjunto de esos bienes o derechos conforman el patrimonio de una persona.

Desde la óptica de los argentinos y, desde una concepción general, es todo que genera un provecho. Osorio (1996) afirma: “Es toda utilidad, beneficio, caudal, hacienda. Dentro de ese sentido los bienes son de muchas clases porque pueden referirse a un concepto inmaterial o espiritual o a uno material” (p. 125). Es decir, aquello que nos genera un producto, una ganancia, de manera que pueda ser aprovechada, por su titular.

Asimismo, el Código Civil de Guatemala regula, en el artículo 456, que los bienes pueden ser del poder público o de propiedad de los particulares. En el primer caso, hace referencia a todos aquellos bienes que pertenecen al Estado o a las municipalidades, dependiendo de las condiciones respectivas de dichos bienes. Y a su vez se dividen en bienes de uso y de uso especial. En el artículo 458 del citado cuerpo legal establece:

Bienes nacionales de uso común.

Artículo 458. Son bienes nacionales de uso público común:

- 1.º- Las calles, parques, plazas, caminos y puentes que no sean de propiedad privada;
- 2.º- Los puertos, muelles, embarcaderos, pontones y demás obras de aprovechamiento general, construidos o adquiridos por el Estado o las municipalidades;
- 3.º- Las aguas de la zona marítima territorial en la extensión y términos que fije la ley respectiva; los lagos y ríos navegables y flotables y sus riberas; los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite al territorio nacional; las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento industrial, en la forma que establece la ley de la materia; y las aguas no aprovechadas por particulares; y
- 4.º- La zona marítimo-terrestre de la República, la plataforma continental, el espacio aéreo y la estratósfera en la extensión y forma que determina la ley.

Se puede advertir que la norma regula claramente sobre qué bienes recae esa calidad, y la característica de dichos bienes es el acceso y aprovechamiento que se puede hacer de los mismos, es decir, su aprovechamiento general, sin mayores restricciones, pero siempre dentro los límites legales y reglamentarios o administrativos aplicable a cada bien en particular. Por ejemplo, las calles de una ciudad o de un poblado, que se encuentran señalizados, que es para efectos de ordenamiento vial, no una restricción antojadiza, y dichas señalizaciones sirven para brindar seguridad para transitarlo, sabiendo que nadie se conducirá sobre una vía contraria, o superar las velocidades permitidas, que si el semáforo se encuentra en rojo, debe marcarse el alto, o si no se lleva la vía, hacer el correspondiente alto en cada esquina. En la actualidad, la señalización de las calles por medio de aplicación de colores de pintura en las aceras, que implica forzoso cumplimiento para los conductores, en consecuencia, no solo determina los lugar donde no está permitido estacionarse, sino inclusive la clase de vehículos que se pueden estacionar en determinado lugar y las horas en que no se puede hacer y, en fin, una serie de disposiciones de carácter reglamentario que debe observarse.

Ahora bien, tal como se estableció en la definición de los bienes que nos brinda el Código Civil, existen bienes nacionales de uso no común, y para el efecto, el artículo 459 del citado cuerpo legal, regula:

ARTÍCULO 459. Bienes nacionales de uso no común. Son bienes nacionales de uso no común:

- 1.º- Los que están destinados al servicio del Estado, de las municipalidades y de las entidades estatales descentralizadas, y los demás que constituyen su patrimonio;
- 2.º- Los de uso público, cuando dejen de serlo de hecho o por virtud de una ley;
- 3.º- Los ingresos fiscales y municipales;
- 4.º- El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales antes de ser extraídos, así como cualquiera otra substancia orgánica o inorgánica del subsuelo;
- 5.º- Los terrenos baldíos y las tierras que no sean de propiedad privada;

- 6.º- Los que habiendo sido de propiedad particular queden vacantes, y los que adquieran el Estado o las municipalidades por cualquier título legal;
- 7.º- Los excesos de propiedades rústicas o urbanas, de conformidad con la ley; y
- 8.º- Los monumentos y las reliquias arqueológicas.

Los bienes comprendidos en este artículo difieren de los uso común, en cuanto a la disposición o el libre aprovechamiento de los mismos, porque se encuentran sujeto a disposiciones especiales de manera que su grado de protección, es superior, y la infracción a las disposiciones que los protegen contienen mayores implicaciones, que precisamente se encuentran en función de la importancia del bien.

En el inciso octavo de la norma objeto de estudio, y que es la parte medular que interesa en el presente trabajo de investigación, establece claramente que los monumentos y las reliquias arqueológicas son bienes nacionales de uso no común, y dichos bienes forman parte precisamente del patrimonio cultural de la nación, y por lo tanto sometidos a leyes especiales, de conformidad con lo que regula el artículo 472 del mencionado cuerpo legal. Castillo (2000) afirma: “Los bienes, no son propiedad de la nación, -pueblo-. Son propiedad del Estado –persona jurídica-” (p. 97).

La norma sustantiva civil recoge dichas disposiciones en armonía con la Constitución Política de la República de Guatemala, regulado en el artículo 121, como norma que le da vida y certeza jurídica, para su debida aplicación en todo el territorio de la República.

1.16. Definición de bienes culturales

Habiendo abordado lo que debemos entender por bien, bienes y bienes del Estado, corresponde dar una definición la palabra cultura, previo a definir lo que debe entenderse por bienes culturales. Para ello y de acuerdo con la naturaleza del presente trabajo de investigación, se hace viable dar la definición establecida en el anteproyecto de la Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, por sus siglas en inglés, que define de la siguiente manera:

Se entiende por cultura, el conjunto de rasgos, distintivos espirituales, materiales, intelectuales, y afectivos de una sociedad o grupo social, que comprende, además de las artes y las letras, los estilos de vida, las formas de convivencia, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

La palabra cultura, desde la perspectiva de la Organización de las Naciones Unidas, para la Educación, la Ciencia y la Cultura, como ente internacional, especializado en esta materia, integra en la definición anterior, cada uno de los aspectos a considerar, de acuerdo con el entorno de las sociedades, por razón del espacio en el que se desenvuelven. En particular, sus formas de vida, artes, costumbres, tradiciones, valores, religiones es decir la creencia espiritual, entre otros, lo que permite, entender la diversidad de factores que comprende la palabra cultura.

Ahora bien, ya para entrar en materia, en relación con el concepto de bienes culturales, la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 60, regula:

Artículo 60. Patrimonio Cultural. Forman el patrimonio cultural de la Nación los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos del país y están bajo la protección del Estado. Se prohíbe su enajenación, exportación o alteración, salvo los casos que determine la ley.

Del anterior artículo de rango constitucional, se establece que al referirse al patrimonio cultural, regula que forman parte de dicho patrimonio los bienes y valores, paleontológicos, y a este respecto, en el Diccionario Océano uno (2000) se establece que la paleontología es: “La ciencia que estudia los seres de especies pasadas, o las muestras de su actividad, cuyos restos se encuentran fosilizados” (p. 1187). Es decir, aquello que pertenece al pasado.

También hace referencia a los bienes o valores arqueológicos, históricos y artísticos del país. Es decir, lo constituyen todos aquellos bienes que tienen un significado especial, histórico, del país. Pero dichos bienes deben contar con esas características especiales para ser declarados como bienes culturales. Ese conjunto de bienes especiales, son los que forman parte del patrimonio cultural de la nación.

De acuerdo con la naturaleza del presente trabajo interesa la definición establecida por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en el marco del Convenio para la Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, celebrado en La Haya, en año de 1954:

Son bienes culturales:

(a) los bienes, muebles o inmuebles, que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos.

(b) Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a), tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a).

(c) Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a) y b), que se denominarán “centros monumentales”.

Es importante resaltar esta definición, con la que se puede establecer y de acuerdo con la interpretación del autor del presente trabajo de investigación, es que cada uno de los bienes que tienen la categoría de bien cultural, pasan a formar parte del patrimonio cultural de la nación, es decir, constituyen el conjunto de bienes que tienen esa calidad, y derivado de que en nuestro medio algunos bienes necesitan pasar por un procedimiento para adquirir la calidad de patrimonio cultural tangible o intangible. Aunque pueda dar la confusión en que los dos términos se utilicen como sinónimos, dependerá de cierto modo de la redacción de la legislación de cada Estado, en donde exista y estén reguladas las

riquezas culturales, y es que en virtud de la existencia de las mismas en diferentes puntos del globo terráqueo nace lo que se conoce como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, por sus siglas en inglés.

Según una publicación de Manlo Frigo, por medio de la Revista Internacional de la Cruz Roja, publicada el 30 de junio de 2004, titulada como “Batalla de conceptos” en el derecho internacional, acerca de la diferencia entre los términos “bienes culturales y patrimonio cultural” indica:

A pesar de que suelen utilizarse indistintamente, las expresiones “bienes culturales” y “patrimonio cultural” no son, sustancialmente idénticas. No se trata de una cuestión terminológica, sino que tiene ramificaciones jurídicas, debido a las diferencias de los sistemas jurídicos de los que proceden esos conceptos.

Dicha afirmación, respalda la posición del autor del presente trabajo de investigación porque, efectivamente, genera por momentos la confusión de que si los mismos son sinónimos, es la legislación interna de cada país la que determina la forma de emplearse de acuerdo a su interpretación. En el mismo sentido el autor en referencia continúa indicando:

En la doctrina jurídica, numerosos autores han tropezado con la dificultad de establecer una definición única y universalmente aceptada de los intereses y los valores protegidos por esas normas, por lo que han hecho hincapié en la diferencia entre el concepto de “bienes culturales” y el concepto más amplio de “patrimonio cultural”.

Se sabe que la primera vez que se empleó el término *bienes culturales* en un contexto jurídico internacional fue en la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los *bienes culturales* en caso de conflicto armado y, unos quince años después, en la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de *bienes culturales*, aprobada por la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) en 1970. La misma visión se adopta en el segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de

los *bienes culturales* en caso de conflicto armado, del 26 de marzo de 1999, que se aplica tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales. A diferencia de los ejemplos arriba mencionados, la Convención Unidroit (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) del 24 de junio de 1995 hace referencia al concepto algo diferente de “objetos culturales” robados o exportados ilícitamente, a pesar de que la mayor parte de los especialistas jurídicos, incluidos los que participaron de forma directa en la elaboración de esa Convención, siguen empleando la expresión “bienes culturales”, en sus comentarios sobre ese texto.

El autor asevera que el concepto de patrimonio cultural es mucho más amplio, lo que también permite respaldar la postura en cuanto a que dicho concepto es el género, en tanto que el concepto de bienes culturales, es la especie. De hecho, de acuerdo a la cronología de los distintos eventos convocados por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en esta materia, se puede establecer, que en un primer término fue empleado el concepto de bienes culturales, cuyo concepto es adoptado precisamente en la legislación guatemalteca, al regular el delito de depredación de bienes culturales, cuyo tipo penal especial es sujeto al presente trabajo de investigación.

En cuanto al empleo de los conceptos relacionados, en la Convención Unidroit del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, celebrado el 24 de junio de 1995, hace referencia al concepto algo diferente de “objetos culturales”, con el cual no se comparte el empleo de dicho concepto, en virtud de que el concepto de objeto, es un término demasiado amplio y ordinario y, a juicio del autor del presente trabajo, los bienes culturales, no son simples objetos, sino representan, la historia del pasado, y por lo tanto, son bienes que informan sobre la riqueza cultural de un espacio y tiempo determinados. Por lo tanto, de tratarlos como objetos, es restarles importancia, ubicándolos en un nivel de objetos comunes y corrientes. Asimismo, en la publicación en referencia indica el autor:

Es evidente que el concepto de patrimonio cultural, comparado con el de bienes culturales, es más amplio, puesto que expresa una “forma de herencia que debe ser salvaguardada y entregada a las generaciones futuras”. Inversamente, el concepto de bienes culturales es “inadecuado e inapropiado para la variedad de aspectos que abarca el concepto de patrimonio cultural”, que incluye entre otros los elementos culturales inmateriales, como las danzas, el folklore, que desde hace no mucho se considera que deben recibir una protección jurídica a nivel internacional. Esto salta a la vista en el artículo 2 de la mencionada Convención de la UNESCO para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, del 17 de octubre de 2003, que incluye en la definición de “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas, junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales relacionados con ellos, que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural.

Se comparte la idea en cuanto a la amplitud del concepto de patrimonio cultural, por las connotaciones que encierra en su concepción. Sin embargo, se difiere en cuanto a que el concepto de bienes culturales sea inadecuado e inapropiado, porque ambos conceptos se complementan, tal como se ha afirmado, que el conjunto de bienes culturales integran el patrimonio cultural, y dicha postura del suscrito autor, tiene respaldo y por lo tanto guarda armonía con lo regulado en el artículo 2 de la ley especial, sujeto al presente trabajo de investigación, Decreto 26-97 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, y sus reformas, que establece.

Artículo 2.- Patrimonio Cultural. Forman el patrimonio cultural de la nación los bienes e instituciones (el subrayado, es propio) 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 (Reformado por el Decreto No. 81-98 del Congreso de la República de Guatemala).

1.17. Clasificación legal de los bienes culturales

Para la comprensión de la clasificación de los bienes culturales, que integran el patrimonio cultural de la nación es imperativo tomar lo establecido por el propio legislador, con el objeto de no generar discrepancias con la normativa aplicable, debido a la especialidad de la misma. El artículo 3 de la citada norma regula:

Artículo 3.- Clasificación. Para los efectos de la presente ley se consideran bienes que conforman el patrimonio cultural de la nación, los siguientes:

I. Patrimonio cultural tangible:

a) Bienes culturales inmuebles.

1. La arquitectura y sus elementos, incluida la decoración aplicada.
2. Los grupos de elementos y conjuntos arquitectónicos y de arquitectura vernácula.
3. Los centros y conjuntos históricos, incluyendo las áreas que le sirven de entorno y su paisaje natural.
4. La traza urbana de las ciudades y poblados.
5. Los sitios paleontológicos y arqueológicos.
6. Los sitios históricos.
7. Las áreas o conjuntos singulares, obra del ser humano o combinaciones de estas con paisaje natural, reconocidos o identificados por su carácter o paisaje de valor excepcional.
8. Las inscripciones y las representaciones prehistóricas y prehispánicas.

b) Bienes culturales muebles:

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 guatemaltecas.
2. El producto de las excavaciones o exploraciones terrestres o subacuáticas, autorizadas 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, históricos y de 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.

t) Los archivos, incluidos los fotográficos, cinematográficos y electrónicos de cualquier tipo.

g) Los instrumentos musicales.

h) El mobiliario antiguo.

II. 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 presente ley los bienes culturales a que hace referencia el presente artículo en su numeral uno romano, 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.

La anterior clasificación se considera técnica y jurídicamente completa para responder y cumplir con los propósitos del Estado de Guatemala, para una efectiva protección de los bienes culturales que integran el patrimonio cultural de la nación. En primer lugar, porque inicia la clasificación en dos grandes grupos, a saber, que es lo constituido por el patrimonio cultural tangible y lo intangible. En el primer grupo se encuentran aquellos bienes culturales que se pueden apreciar, palpar, tocar, es decir, lo que se pueda percibir

de manera clara y precisa. En el segundo grupo aquellos bienes culturales que no pueden ser tocados, tal es el caso de las tradiciones, la música, entre otros.

Seguidamente, dichos grupos son divididos en subgrupos, y dentro de los bienes culturales tangibles, comprende en primer lugar los bienes inmuebles, dentro del cual la protección no solo se concreta en bienes inmuebles particulares o estatales, sino se extiende a los centros y conjuntos históricos, y es más, protege inclusive el entorno de estos y el paisaje natural que los rodea. Es decir, se previó en la norma la protección de todo que hace singular a un centro histórico o conjunto histórico, y el fin fundamental es regular la protección, defensa, investigación, conservación y recuperación de los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación, tal como se trazó el Estado de Guatemala, en el artículo 1, de la ley en referencia y cuya misión recae en el Organismo Ejecutivo, por conducto de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes, así como la regulación de los tipos penales especiales y dentro de las cuales se encuentra regulado el delito de depredación de bienes culturales, sujeto al presente trabajo de investigación.

Entre las declaratorias realizadas por el Estado de Guatemala, en materia de patrimonio cultural intangible se encuentran los siguientes:

1. El baile del torito del municipio de Jacaltenango. Este se deriva como un referente histórico de identidad cultural para de las comunidades lingüísticas popti', que es una mezcla entre el ámbito teatral, la música y la danza. Como antecedente, se cuenta que se originó después de la conquista de los españoles, cuando introdujeron los juegos pirotécnicos para las celebraciones religiosas.
2. La técnica para la elaboración del pinol. Es característica de los municipios ubicados en las regiones central, suroccidental y noroccidental, conforman la comunidad lingüística cakchiquel como la comunidad achí. Fue considerada como patrimonio cultural por ser una manifestación cultural-culinaria que forma parte de la gastronomía guatemalteca. Se prepara a base de maíz ablandado en agua y secado para después tostarlo en un comal, preparado generalmente con maíz amarillo, dando como apariencia final como la incaparina.
3. El proceso de elaboración de cerámica, alfarería y artesanía de Santa Cruz Chinautla. Forma parte de las tradiciones artesanales, sociales y culturales de Guatemala, y constituye su proceso una tradición de carácter local que se

distingue por su calidad, por ser una expresión genuina del pueblo poqomam y una práctica artesanal que ha trascendido en el tiempo desde la época precolombina.

4. El antiguo emblema del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Creado por el Gobierno Revolucionario de 1946 por constituir un distintivo de identidad nacional de una de las instituciones más emblemáticas de la época revolucionaria de Guatemala, donde se ven reflejados principios filosóficos que inspiraron la creación del sistema de seguridad social en Guatemala.
5. Circo Rey Gitano, de los Hermanos López López. Declarado como Patrimonio Cultural intangible, por su aporte al espectáculo público, además de desarrollar capacidades artísticas a los guatemaltecos, brindando recreación cultural y popular con artistas de reconocimiento nacional e internacional.
6. El Libro Sagrado Popol Wuj. Considerado el libro sagrado de los mayas quiché y es de interés del Estado de Guatemala, por su valor histórico, cultural, filosófico, espiritual y por contribuir al fortalecimiento de la identidad nacional.
7. La danza “La conquista de Guatemala”. Se presenta en el municipio de Rabinal, Baja Verapaz; es considerado de gran importancia por el aporte a través de actividades que desarrolla, que revelan expresiones de valor cultural, histórico y artístico.
8. Coro de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ha trabajado desde sus inicios en la presentación de obras de música coral de variada índole y estilo musical, promoviendo con ello un acercamiento de arte hacia todos los estratos de la sociedad guatemalteca. Se ha presentado en todos los departamentos del país incluso ha traspasado fronteras para representar digna y profesionalmente el arte, cultura y pensamiento de los sancarlistas de Guatemala a través de la música.
9. La Caravana del Zorro. Constituye una tradición de fervor religioso y un movimiento que recoge manifestaciones sociales, culturales y económicas, la cual se realiza año con año el primer sábado del mes de febrero en una peregrinación en motocicleta hacia la capital de la fe para visitar la imagen del Cristo de Esquipulas en Chiquimula. Esta arriba a sus Bodas de Oro y como un homenaje a su iniciador el señor Rubén Villadeleón.

10. La Cofradía Mayor del Niños del Santísimo de Quetzaltenango. La imagen del niño del santísimo y sus enseres consisten en resplandor, vestidos, mobiliario y su respectivo retablo pertenecientes a la iglesia Catedral Metropolitana de los Altos de la Ciudad de Quetzaltenango cuyos orígenes datan de la época colonial.
11. Las marchas fúnebres guatemaltecas. Constituyen parte de las tradiciones musicales de la Semana Santa, le dan un toque solemne al paso de los cortejos procesionales; y como iconografía musical constituye al fortalecimiento de la devoción religiosa.
12. El evento Umi'alTinamit Re XelajujNo'j. Se realiza anualmente en la ciudad de Quetzaltenango. Se realizan actividades de desarrollo que revelan expresiones culturales, históricas, lingüísticas, espirituales y cosmogónicas de los pueblos de Guatemala.
13. El Festival Folklórico Nacional de Cobán. Constituye una tradición ancestral, una expresión social e intercultural de los pueblos mayas de Guatemala. Tiene una relevancia desde el punto de vista histórico, etnográfico y antropológico.
14. La Huelga de Dolores de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Es una protesta que realizan los estudiantes de dicha Universidad, para criticar a los políticos, militares y ciertos ciudadanos de la sociedad guatemalteca. Ha sido un legado histórico que se ha mantenido por más de cien años, producto de diversos procesos sociales, económicos, políticos y culturales, la que se realiza cada año el viernes de Dolores en víspera de la Semana Santa.
15. Las mayordomías de la Iglesia Católica del municipio de San Juan Chamelco del departamento de Alta Verapaz. Reconocidas por la jerarquía de la Iglesia católica por constituir una tradición ancestral que conlleva elementos prehispánicos y coloniales de caracteres particulares, además de su relevancia desde el punto de vista histórico, etnográfico y antropológico, representativa de una expresión cultural tradicional.
16. El proceso de elaboración de chocolate. Forma parte de las tradiciones sociales, alimenticias, culinarias y gastronómicas de Guatemala y constituye su proceso una tradición de carácter local por su calidad, sabor y apariencia artesanal que ha trascendido en el tiempo y su consumo de manera frecuente.

17. El Vía Crucis Viviente del Colegio Salesiano Don Bosco. Constituye una tradición religiosa y cristiana de arraigo, como signo de identidad nacional.
18. La Semana Santa en Guatemala. Constituye una tradición anual, de fervor religioso y recogimiento espiritual que data de varios siglos, como signo de identidad nacional.
19. El Baile La Chatona y el Caballito. Son expresiones históricas, artísticas y culturales, se caracterizan por ser una danza-drama que representa la farsa clásica del jolgorio y el virtual enredo de ambas comparsas, las que contribuyen a la identidad de la región petenera.
20. Los platos de comidas: el jocón de carne de gallina, el kaqik, el pepián y los plátanos en mole. Estos platillos son considerados manifestación cultural-culinaria que forma parte de la gastronomía guatemalteca.
21. La Procesión Acuática de la Romería del Niño Dios de San Juan Bautista del municipio de Amatitlán del departamento de Guatemala. Conserva su valor espiritual, religioso y cultural de la nación guatemalteca.
22. El baile folclórico “La Legión de los 24 Diablos”. Se realiza en el municipio de Ciudad Vieja del departamento de Sacatepéquez, constituye una expresión histórica, artística y cultural caracterizada por su danza-drama que contribuye a la identidad del municipio.
23. El etnodrama “Rabinal Achí”. Es una manifestación de danza, teatro, música, canto y tradición oral. Su representación dramática-danzaría conserva elementos esenciales de la cultura maya achí. Es una pieza literaria de gran valor estético que se convierte en una obra artística.
24. Las cofradías indígenas existentes en las comunidades y pueblos indígenas del país. Por ser instituciones que conservan elementos y características esenciales que perviven en la cultura maya de Guatemala, por lo que deben ser reconocidas, respetadas y apoyadas.
25. Ceremonial La Pach, El Pregón y sus Parlamentos. Por su valor espiritual y como tradición propia del municipio de San Pedro Sacatepéquez, San Marcos en donde se visita varios cerros y cruces.

26. La oralidad del valle medio del Motagua. La Asociación Zacapaneca de Contadores de Cuentos y Anécdotas son los portadores de difusión del bien patrimonial que comprende cuentos, leyendas, anécdotas y otras expresiones tradicionales de interés para la cultura en general (Mundo chapín. Guatemala. <https://mundochapin.com/2017/12/patrimonio-cultural-intangible-de-la-nacion/43746/>. Publicado en el año 2017. Consultada el: 30 de mayo de 2018, a las 21:36 horas).

La riqueza del patrimonio cultural guatemalteco, se ve reflejada al existir una gama de riqueza cultural, que confirma al establecer la Constitución Política de la República de Guatemala, en cuanto a que nuestro país es eminentemente pluricultural, multiétnico y multilingüe. Las declaratorias en materia de patrimonio cultural intangible se pueden observar en cuanto a la multiplicidad de lugares a que corresponden, es decir, que la riqueza cultural, se encuentra dispersa a nivel nacional y no solo en determinadas regiones. Dicha característica guatemalteca es la que resulta imperativa proteger, por medio de la legislación adecuada, más que de penalización, que sea proteccionista y garantice la recuperación de los bienes que puedan ser afectados en algún momento por la mano del hombre, ya sea con intención o no.

1.18. Regulación legal del delito de depredación de bienes culturales

El Estado de Guatemala, al crear su legislación para la efectiva protección, promoción y salvaguarda de su patrimonio cultural, por intermedio del Congreso de la República de Guatemala, da vida al Decreto 26-97 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, que es una ley de carácter preventiva y de penalización, porque en el mismo cuerpo legal regula una serie de tipos penales, dentro de las cuales se podrían encuadrar la conducta de una persona, al realizar la hipótesis contenida en la norma. Es en el artículo 44 donde regula el delito de depredación de bienes culturales, contenido en el capítulo romano diez, denominado “sanciones”, que en su conjunto regula catorce tipos penales, que tienen la calidad de tipos penales especiales por estar contenidos en una norma especial, que regula lo relativo a los bienes culturales.

1.19. Definición

En armonía con el contenido del artículo 44 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, el delito de depredación de bienes culturales consiste en la acción mediante la cual se provoca la destrucción, alteración, deterioro, o inutilización total o parcial, contra bienes que integran el patrimonio cultural de la nación.

De acuerdo con la anterior definición se identifican, elementos esenciales como verbos rectores del tipo penal especial a abordar, para establecer en qué consiste cada uno de ellos:

- a) **La destrucción.** Consiste en el aniquilamiento, ruina, derroche. Pérdida parcial o total de la integridad física original de un bien, mueble o inmueble, con o sin intención. La destrucción, de acuerdo a la Real Academia Española “consiste en acción y efecto de destruir. Es la ruina, asolamiento, pérdida grande, e irreparable”. Se comparte en cuanto a que sea una pérdida grande, pero en cuanto a que sea irreparable, se considera que sí es posible la recuperación de un bien, dependiendo de cada caso en particular.
- b) **Alteración.** Consiste en el cambio o modificación. Una de las características de la alteración, es la afectación parcial del bien, y es por ello que se indica que se produce un cambio en su manifestación originaria. Entonces, no implica la supresión total del bien afectado, sino una modificación en su estructura, espacio físico (alteración espacial), o material compositivo, lo que permite salvaguardar el bien por medio de una restauración adecuada, para mantenerlo y prolongar su permanencia para transmitirlo a las generaciones futuras y evitar la desaparición total, que es la que produce daño irreparable e irreversible, desapareciendo completamente los historia que se encuentra detrás de cada bien cultural, ya sea alguna edificación, pieza arqueológica, documento, imagería, por citar algunos ejemplos.

c) **Deterioro.** Este elemento, consiste en el menoscabo, detrimento, desperfecto o avería. Daño o perjuicio. De acuerdo a la Real Academia Española, consiste en estropear, menoscabar, poner en inferior condición algo. Este elemento se caracteriza porque se puede dar no necesariamente por la intervención del ser humano, sino que el bien puede ir deteriorándose por el transcurso del tiempo, condiciones climáticas, falta de mantenimiento, es decir, por descuido, falta de conocimiento para un tratamiento adecuado, falta de recursos económicos. Es decir, se le puede realizar una acción de buena fe, pero que la misma se traduce en su perjuicio, debido a la especialidad que demanda, al ser sometido a proceso de restauración un bien con la categoría de patrimonio cultural. Es usual por lo tanto que en casos de deterioro, se pueda producir por falta de interés, descuido, negligencia, inclusive por falta de recursos económicos, para un adecuado mantenimiento, y en otros casos por mantenimiento inadecuado, como aplicación de material incompatible, o por intervención del bien por personas que carecen de conocimientos específicos, ya que la restauración de bienes culturales, se deben ejecutar por personas versadas en la materia y bajo la supervisión del personal idóneo del Ministerio de Cultura y Deportes. Por lo que el deterioro no se produce necesariamente por una acción directa y dolosa en contra del bien afectado.

Se puede también provocar el deterioro a una imagen urbana, a causa de alteraciones, agregados e instalaciones inadecuadas por la falta de armonía entre los inmuebles antiguos y las construcciones modernas, ya sea por altura, diseño, o por el contraste entre las características de los materiales y sistemas constructivos utilizados. Por ejemplo, en la ciudad de La Antigua Guatemala, que se permita la construcción de un edificio de diez niveles, con características atípicas a los

inmuebles que identifican a esa ciudad, y así progresivamente se fueran autorizando, lo que estaría degenerando, por lo tanto, deteriorando la imagen típica de dicha ciudad, es decir, el deterioro sería al conjunto urbano.

- d) **Inutilización total o parcial.** Se entiende que se refiere a la falta de utilización de algo, porque se encuentra inservible. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, consiste en “hacer inútil, vano o nulo al algo”. Lo que se podría traducir en la avería o descomposición de un bien cultural. Naturalmente, devendría como consecuencia de un evento natural o producido con la intervención del hombre, ya sea intencionalmente o por culpa. Pero también dicha inutilización establece la ley que puede ser parcial o total, previendo el mismo legislador dicha circunstancia, de acuerdo al evento o acción recaída en el bien jurídico protegido y regulado por la ley.

Habiendo verificado el delito de depredación de bienes culturales, se puede advertir en cuanto a la ausencia de la culpa, en el tipo penal especial y, por lo tanto, es imperativo verificar la legislación guatemalteca, con el objeto de observar si en alguna norma, ya sea de carácter ordinaria o especial, regule lo relativo a los hechos ilícitos que puedan recaer sobre dichos bienes con categoría de patrimonio cultural, pero en su modalidad culposa, es decir, que los mismos se cometan por negligencia, imprudencia o impericia.

1.20. Normativas en materia de patrimonio cultural

1.20.1. Regulación nacional

Los antecedentes normativas en materia de protección y regulación de los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación, son indispensables dentro del marco legal y teórico del presente trabajo, en virtud de que con los mismos se podrá establecer, todo el marco normativo que el Estado de Guatemala ha generado en defensa de la protección de los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación, pero que se ha dejado el

vacío legal, respecto a los hechos de naturaleza culposa que se pueda suscitar en detrimento de los mismos.

Naturalmente, ese conjunto de normas jurídicas se encuentran conformadas desde las normas contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, leyes ordinarias, reglamentos, y acuerdos, creadas para responder con los fines que se ha trazado el Estado de Guatemala en materia del patrimonio cultural de la nación, como se verá a continuación.

1. En el año de 1894, durante el Gobierno de José María Reina Barrios, nace el Decreto Número 479 que constituye el primer antecedente de legislación en materia de Protectora del Patrimonio Cultural de la Nación. En dicho decreto se estableció la protección de todos los monumentos antiguos, que transmiten y explican la historia, la civilización, las costumbres, industrias y artes de los aborígenes de Centro América, así como los distintos grupos de personas que poblaron el territorio de Guatemala antes de la conquista. Desde dicha legislación se reguló respecto del dominio que el Estado conservaría sobre los sitios arqueológicos, así como cualquier tipo de construcción anterior a la conquista; la posesión legítima de los particulares sobre bienes con categoría de patrimonio cultural, y la posibilidad de expropiación por corresponder en principio al Estado de Guatemala, sobre el dominio de los mismos.

En esta normativa se prohibieron las excavaciones ilegales, exportación de antigüedades y de todo monumento arqueológico, así como la mutilación o segregación de los mismos, y sobre todo la prohibición expresa de la ejecución de obras que pudieran deteriorar los bienes culturales, determinándose sanciones en caso de que fueran inobservados los preceptos creados en favor del patrimonio. Desde el cual se puede apreciar el reproche estatal respecto a la depredación del patrimonio cultural.

2. A nivel de la Constitución Política de la República de Guatemala se sentaron las bases en materia de protección del patrimonio cultural, a partir de la reforma introducida a la llamada Ley Constitutiva de la República, de fecha 11 de julio de 1935, al regular expresamente que constituyen tesoro cultural de la nación, todas aquellas riquezas artísticas e históricas del país, cualquiera que sea su tenedor, y que corresponde al Estado de Guatemala, la defensa y conservación de los mismos.

Posteriormente, en las Constituciones de la República correspondientes a los años de 1945, 1956 y 1963, se estableció que forman parte del Tesoro Cultural de la Nación, toda riqueza arqueológica, histórica y artística; que la misma estará bajo la salvaguarda y protección del Estado y que se prohíbe su exportación o transformación. En la Constitución de la República de 1963, se establece que la ciudad de La Antigua Guatemala, merecerá atención especial del Estado, por constituir monumento nacional y de América.

Actualmente, en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el apartado de derechos sociales, en la sección de cultura, se regula lo relativo a los bienes culturales que integran el patrimonio cultural de la nación, iniciando desde el artículo 60 en el cual se recoge precisamente el concepto de patrimonio cultural. El artículo 61 se encuentra el asidero constitucional respecto a la protección del patrimonio cultural de la nación, al establecer los siguientes:

Artículo 61. 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 Antigua Guatemala, por haber sido declarados Patrimonio Mundial, así como aquellos que adquieran similar reconocimiento.

Como se puede advertir del texto constitucional citado, en el cual el Estado de Guatemala enfatiza sobre el régimen especial de legislación a que estarían sometidos la ciudad de La Antigua Guatemala, el Parque Nacional Tikal y el Parque Arqueológico Quiriguá, en virtud de que dichos lugares históricos, habían adquirido la categoría de Patrimonio Mundial de la Humanidad y, en consecuencia, la obligación gubernamental de crear todas aquellas normas para el resguardo de los mismos, en virtud de los derechos difusos y de carácter internacional aplicable.

Artículo 60. Patrimonio cultural. Forman el patrimonio cultural de la nación los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos del país, y están bajo la protección del Estado. Se prohíbe su enajenación, exportación, salvo los casos que determine la ley.

Este texto constitucional constituye la fuente legal para la emisión de las normas en materia de protección de los bienes que integran el patrimonio cultural, de necesaria y rigurosa observancia, por lo tanto, ninguna persona podrá alegar ignorancia de la ley, desuso o práctica de la misma en contrario.

3. Decreto número 791, de fecha 14 de julio de 1922, emitido durante el Gobierno del presidente José María Orellana, mediante el cual se crea la Dirección General de Antropología, Etnología e Historia. Tiene como atribuciones la exploración, conservación, protección e inspección de ruinas, monumentos y sitios históricos y arqueológicos. Mediante dicho decreto, se puede advertir que desde 1922, se encuentra con vida jurídica lo que es la Dirección General de Antropología, lo que en la actualidad es el Instituto de Antropología e Historia, adscrita a la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes.

4. Decreto número 425, Ley sobre la Protección y Conservación de los Monumentos, Objetos Arqueológicos, Históricos, Típicos y Artísticos. Creado el 25 de septiembre de 1947, habiendo tomado como asidero la Constitución Política del año de 1945. Reguló que todos los monumentos, objetos arqueológicos, históricos y artísticos del país existentes en el territorio de la República de Guatemala, sin distinción respecto a la posesión, ya sea en poder del Estado o de los particulares, se considerarán parte del tesoro cultural de la nación y en consecuencia, bajo la salvaguardia y protección del Estado de Guatemala. Estableció las prohibiciones sobre destrucción, reforma, reparación, restauración y cambio de sitio del patrimonio cultural, sin autorización expresa del Ministerio de Educación Pública. Dicho decreto reunía las calidades, de prevención y de penalización porque establecía un régimen sancionatorio en caso del incumplimiento de sus preceptos.

5. Reglamento de funcionamiento del Parque Nacional Tikal, Acuerdo Gubernativo de fecha 2 de septiembre del año de 1957, mediante el cual se estableció el área que constituye el Parque Nacional Tikal, ubicado en el departamento de Petén, en el cual se establecieron las prohibiciones excavación y restauración arqueológica sin la previa autorización de la autoridad competente en la materia, por contar con el personal idóneo en el mismo.

6. Acuerdo del Ministerio de Educación Pública, de 1964, correspondiente sobre la protección de Kaminal Juyú. En este se prohíbe efectuar trabajos que deterioren o destruyan los montículos de Kaminal Juyú, debiendo, en consecuencia, contar previamente con autorización del Ministerio de Educación Pública y dictamen del Instituto de Antropología e Historia por medio de los expertos en la materia. El objetivo fundamental de la norma constituye la preservación y protección de los montículos, que prohíbe tajantemente cualquier tipo de intervención sobre los mismos, así como la prohibición de construcciones que tiendan a suprimir, alterar, o modificar la genuina existencia de los mismos. Todo lo contrario que ha ocurrido contra otros montículos, que a consecuencia de intereses económicos han sido alterados, por lo que los daños son irreparables. Y naturalmente bajo los mismos, la alta probabilidad de hallazgos arqueológicos, que representan la historia viva del valle de la Ermita. Por lo tanto, tal como se encuentra contemplado hasta la fecha en nuestra normativa sustantiva civil, que todo hallazgo de tipo arqueológico, pertenece y corresponde al Estado de Guatemala por intermedio de sus respectivas instituciones, por ser bienes de carácter estatal, que conlleva la prohibición de su enajenación.

7. Ley Protectora de la ciudad de La Antigua Guatemala, Decreto legislativo número 60-69, del Congreso de la República. Mediante esta importante disposición legal se crea el Consejo Nacional para la Protección de Antigua Guatemala, ente colegiado responsable para velar por el cumplimiento de la norma creada.

Determina el área que comprende el perímetro urbano colonial de dicha ciudad, y el área de influencia. El surgimiento de la norma tiene por objeto la exclusiva conservación de la ciudad de La Antigua Guatemala, que constituye una sola unidad de paisaje único, y el rescate de las construcciones que deterioran la imagen urbana, con sus construcciones típicas, que lo hacen único en el mundo y, por lo tanto, el legislador se vio en la necesidad de prohibir las construcciones de segundos niveles, con la finalidad de que guardaran armonía entre sí todas las construcciones que identifican a la época colonial.

Es importante resaltar que mediante dicha norma especial fue declarada de utilidad pública y de interés nacional la protección de la relacionada histórica ciudad colonial, para la cual, aparte de crear el Consejo Nacional para la Protección de La Antigua Guatemala, en el artículo 10 de la norma especial en mención, se vincula a los alcaldes municipales,

tanto de La Antigua Guatemala, como de los municipios de Ciudad Vieja, Pastores y de Jocotenango, todos del departamento de Sacatepéquez, como poblados inmediatos que colindan con la ciudad de La Antigua Guatemala, con el objetivo de atender de forma inmediata las necesidades en pro de la protección y conservación de la misma.

El Decreto 60-69, aparte de consistir en antecedentes históricos como engranaje legal en materia de protección del patrimonio cultural, se ha citado en virtud de que respalda la tesis formulada en el presente trabajo de investigación, en cuanto a la importancia y necesidad de incluir la figura de la culpa en el decreto 26-97 del Congreso de la República, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación. Lo anterior, en virtud de que en el artículo 35, de la Ley Protectora de la ciudad de La Antigua Guatemala, de manera expresa, regula los delitos culposos o llamados imprudentes, es decir, aquellos hechos que puedan producirse por negligencia o imprudencia con evidente falta de intención del autor del hecho. Por lo tanto, su tratamiento dentro del proceso penal es distinto y con todas la demás incidencias procesales favorables para el imputado. Garantizando la norma especial, que la Ciudad de La Antigua Guatemala cuente con una efectiva protección legal integral, sin riesgo a dejar desprotegido el bien jurídico tutelado.

Finalmente, en el artículo 36 de esta importantísima norma, regula las infracciones menores en contra del patrimonio cultural, es decir, todas aquellas intervenciones menores, conocidas en nuestra normativa sustantiva penal, como las faltas. Es decir, que la norma ejemplo por excelencia, en ella se ha previsto cada circunstancia, de manera que no exista intervención que no esté sujeta a la normativa, por lo tanto, toda intervención se debe ventilar por medio de la mencionada norma, y no por medio de un procedimiento administrativo, porque como ya se ha reiterado, lo que garantiza la norma es la efectiva protección y, precisamente, se denomina Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala.

8. Ley de Hidrocarburos y su reglamento. Esta norma fue creada por medio del Decreto Ley número 109-83, en la cual se regula en el artículo 41, lo relativo al desarrollo de las operaciones petroleras, y ordena que todos los contratistas o subcontratistas de servicios petroleros, deben adoptar y ejecutar todas las medidas preventivas necesarias, relacionadas con la preservación de sitios arqueológicos, así como otras áreas de valor científico, cultural y turístico. En el Reglamento de la mencionada norma, creado mediante el Acuerdo Gubernativo número 103-83, ordena en el artículo 9, respecto a la

obligación de hacer del conocimiento de las autoridades competentes, sobre cualquier descubrimiento de tesoros, sitios o piezas arqueológicas o históricas, y cualquier otro bien, que por su naturaleza constituya parte integrante del patrimonio cultural de la nación, y debiendo prestarse toda la colaboración, a efecto de que el personal con competencia en la materia, realicen inspecciones periódicas y, por lo tanto, se deberá cumplir con las disposiciones emitidas para proteger todas aquellas áreas que por su importancia arqueológica o histórica, haga aconsejable su conservación y protección.

9. Decreto Legislativo número 17-73 y sus Reformas. Código Penal. En esta normativa ordinaria sustantiva penal que regula los delitos o faltas, se encuentran figuras delictivas importantes, en materia de patrimonio cultural de la nación y, por lo tanto, forma parte de ese conjunto de normas jurídicas en defensa del legado guatemalteco, entre los que se encuentran los siguientes tipos penales:

ARTÍCULO 255 BIS. Cuando los hechos a que se refieren los artículos anteriores relativos al hurto y robo, el objeto materia del delito sea destinado al culto, sea cosa sagrada o no, tales como Santísimo Sacramento, Santos Óleos, Santas Imágenes, en bulto o en pintura, vasos sagrados, cálices, copones, patenas, custodias, corporales, purificadores, ornamentos, vestiduras sagradas, pilas bautismales, confesionarios, púlpitos, coronas, resplandores, anillos, cadenas, pulseras, crucifijos, floreros, candeleros; Cruz Alta, ciriales, incensarios, alcancías, biblias o cualquier otro objeto similar de alto contenido religioso, profano o histórico, independientemente de que se cometan o no en el lugar destinado al culto, la pena a imponer será, para el caso de hurto la de doce años (12) de prisión correccional inconvertibles, y para el de robo la de veinte años (20) de prisión correccional inconvertibles.

En ambos casos se impondrá una multa de no menos del doble del valor de dichos objetos. A las personas que a sabiendas adquieran, enajenen, exporten, trafiquen o alteren en cualquier forma dichos objetos, o similares, la pena a imponer será de diez años (10) de prisión correccional inconvertibles, y multa del doble del valor de los objetos materia del delito. Se exceptúan sus legítimos propietarios y tenedores, y las personas legalmente autorizadas.

Será obligación del Estado velar por el inmediato aseguramiento de tales objetos, así como la pronta entrega a sus propietarios, y/o legítimos tenedores.

La cita textual, que se ha realizado de la norma, es con el objeto de evidenciar la forma en que el legislador protege estos valores culturales, y no necesariamente por ser religiosos, en virtud de que así lo determina la ley, que enfatiza su valor histórico, artístico, y la razón de ser de la norma, es que protege los bienes correspondientes al período republicano colonial, relativo a esculturas, pintura, platería, y documentales. La pena que contempla la norma es severa, de manera que el mismo constituya como medio disuasivo. Naturalmente, no toda la población estará en acuerdo con dicha regulación, en virtud de que se puede advertir que contraviene lo regulado en el artículo 65 del Código Procesal Penal, respecto a lo que en la doctrina se denomina la nueva pena. Es decir, que los jueces, toda sanción a imponer deberán realizarlo dentro del mínimo y el máximo, atendiendo al contexto de los hechos, circunstancia que no es posible atender en el presente caso, derivado que la norma contiene penas fijas, violentando toda posibilidad de observar circunstancias atenuantes como agravantes.

El 18 de noviembre de 2016, Carlos Ovale Leranoz, escribió en su portal denominado “porqué la desigualdad, y qué sale de la desigualdad”, lo relativo al caso Benjamin Mejía Alcon, condenado por el delito en análisis, y escribe lo siguiente:

Si mencionamos el nombre de Benjamín Alcón Mejía, seguramente pocos sabrán que es la persona que el 9 de noviembre fue condenada a 12 años de prisión por hurtar Q318.00 de una iglesia de Cantel.

La pregunta que nos hacemos es cómo un proceso penal ha podido desembocar en que un ser humano sea condenado a pasar 12 años de su vida dentro de un sistema penitenciario tercermundista y denigrante por el hurto de aproximadamente \$40.00.

No nos engañemos. Para llegar a esta sentencia condenatoria han fallado un sistema jurídico y los actores que directa o indirectamente han llevado al ladronzuelo tras las rejas. Empecemos, pues.

El Congreso de la República, mediante el decreto 36-94, adicionó el artículo 255 bis al Código Penal, el cual tituló «de los hechos sacrílegos», y estableció que el robo o hurto de objetos destinados al culto, sean sagrados o no, tendrán penas de 12 y 20 años de prisión, respectivamente. Durante una oleada de robos de imágenes religiosas de principios de los años 1990, a algún diputado se le ocurrió dotar de santidad a estos

objetos imponiendo penas excesivas y desproporcionadas. Que yo recuerde, no hay ningún miembro de ninguna banda internacional de robo de arte religioso condenado bajo este artículo, pero sí un ladroncillo de calderilla. <https://www.plazapublica.com.gt/content/el-hombre-sacrilego>, Publicado el 18 de noviembre de 2016. Consultado el 29 de mayo de 2018, a las 19:00 horas. Página denominada “plaza pública”.

Esta publicación, se cita en el presente trabajo, derivado de la importancia que reviste que los hechos y circunstancias por los cuales una persona es detenida, se realice un adecuado análisis jurídico para encuadrar la conducta en la respectiva norma jurídica, con la certeza de que en dicha norma encuadra efectivamente la conducta realizada por el autor del hecho, que es la polémica que se advierte en el presente trabajo, a efecto de responder a los principios constituciones del debido proceso, derecho de defensa, y el principio jurídico de legalidad.

Artículo 332. “A”. Hurto y robo de tesoros nacionales. Se impondrá prisión de dos a diez años en el caso del artículo 246 y prisión de cuatro a quince años en los casos del artículo 251, cuando la apropiación recayere sobre:

- 1) Colecciones y especímenes raros de fauna, flora o minerales, o sobre objetos de interés paleontológico.
- 2) Bienes de valor científico, cultural, histórico o religioso.
- 3) Antigüedades de más de un siglo, inscripciones, monedas, grabados, sellos fiscales o de correos de valor filatélico.
- 4) Objetos de interés etnológico.
- 5) Manuscritos, libros, documentos y publicaciones antiguas con valor histórico o artístico;
- 6) Objetos de arte, cuadros, pinturas y dibujos, grabados y litografías originales, con valor histórico o cultural.
- 7) Archivos sonoros, fotográficos o cinematográficos con valor histórico o cultural.

8) Artículos y objetos de amueblamiento de más de doscientos años de existencia e instrumentos musicales antiguos con valor histórico o cultural.

La pena se elevará en un tercio cuando se cometa por funcionarios o empleados públicos o por personas que en razón de su cargo o función, deban tener la guarda o custodia de los bienes protegidos por este artículo.

En la precitada norma se puede advertir que el legislador previó cuáles bienes deben ser considerados con la categoría de tesoros nacionales. De acuerdo a la amplitud de la norma, y ante un hecho que recaiga sobre estos bienes, será competencia del personal de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural, del Ministerio de Cultura y Deportes, quienes determinarán si el bien reúne las características correspondientes, para que un bien se considere como tesoro nacional. Lo anterior en el caso de que el bien no se encuentre debidamente inscrito en la Unidad de Registro de bienes culturales de la mencionada Dirección General.

Es importante mencionar, que el contenido de la norma en análisis, en ningún momento entra en antagonismo con los preceptos de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, respecto a una doble regulación, en cuyo caso, de existir conflicto entre el Código Penal con la ley especial; de conformidad con el principio de especialidad de las normas, la norma especial sería la aplicable.

Artículo 332. "B". Hurto y robo de bienes arqueológicos. Se impondrá prisión de dos a diez años en el caso del artículo 246 y prisión de cuatro a quince años en el caso del artículo 251, cuando la apropiación recayere sobre:

- 1) Productos de excavaciones arqueológicas regulares o clandestinas, o de descubrimientos arqueológicos.
- 2) Ornamentos o partes de monumentos arqueológicos o históricos, pinturas, grabados, estelas o cualquier objeto que forme parte del monumento histórico o arqueológico.
- 3) Piezas u objetos de interés arqueológico, aunque ellos se encuentren esparcidos o situados en terrenos abandonados.

La pena se elevará en un tercio cuando se cometa por funcionarios o empleados públicos o por personas que en razón de su cargo o función, deban tener la guarda y custodia de los bienes protegidos por este artículo.

El artículo transcrito, regula específicamente, todos aquellos bienes culturales arqueológicos, tal es el caso de vasijas, estelas, vasos, cuencos, incensarios, platos, urnas funerarias, instrumentos musicales como los silbatos, figurillas, sellos, esculturas, piedras de moler, por citar algunos ejemplos. Estos bienes arqueológicos de acuerdo al material de compostura pueden ser de cerámica, lítica, obsidiana y jade. Y el conjunto de tales bienes, se encuentra prohibida su venta ilegal, es decir, que se puede realizar el traslado de dominios sobre tales bienes, pero siempre bajo la supervisión y conocimiento de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes, pues la norma especial, regula la posesión legítima de tales bienes.

Artículo 332. "C". Tráfico de Tesoros Nacionales. Se impondrá prisión de seis a quince años y multa de cinco mil a diez mil quetzales a quien comercializare, exportare o de cualquier modo transfiera la propiedad o la tenencia de alguno de los bienes señalados en los artículos anteriores, sin autorización estatal.

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.

En esta última norma del Código Penal es la que interesa en el presente trabajo de investigación, ya que como se podrá apreciar que, el conjunto de normas en materia de protección de bienes culturales ya analizadas, solo en esta norma se encuentra regulado los relativo a la figura de la culpa, es decir, cuando una persona adquiere o enajena cualquiera de los bienes catalogados como tesoros nacionales, pero por la falta conocimiento, o pericia, que le permita distinguir que lo que está adquiriendo, es bien de esa categoría, ya que como se ha indicado, solo los expertos en la materia, es decir los peritos del Ministerio de Cultura y Deportes, tienen la competencia para pronunciarse y concluir sobre tales extremos, que es la excepción en cuando al monopolio de las pericias que ostenta el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, por carecer de dichas disciplinas.

1.20.2. Regulación internacional

La importancia de los bienes con categoría de patrimonio cultural es que encierran intereses difusos, por lo que trasciende más allá de las legislaciones internas de un país, tal es el caso de la ciudad de La Antigua Guatemala, que se encuentra catalogado no solo como patrimonio cultural de la nación, sino elevada a la categoría de Patrimonio Mundial de la Humanidad, por las Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO, por sus siglas en inglés, por lo tanto sujeto a una serie de convenciones internacionales en materia de protección de bienes con calidad de patrimonio cultural, convocadas por las Naciones Unidas, entre las que citamos las siguientes:

1. Acuerdo para la importación de objetos de carácter educativo, científico y cultural y sus anexos, y el protocolo adicional, el cual se suscribió el 22 de noviembre de 1956. La norma que amparó su entrada en vigencia en Guatemala, es el Decreto 1369 del Congreso de la República.
2. Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación la exportación y la transferencia de propiedades ilícitas de bienes culturales. Dicho convenio se suscribió el 14 de noviembre de 1970. La ley que le da vida en Guatemala es el Decreto 114-84 del Congreso de la República de Guatemala.
3. Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado y su reglamento de aplicación (convenio de la Haya), se suscribió el 14 de mayo de 1954, y ratificado el 29 de agosto de 1985. Su entrada en vigencia en el territorio de la República de Guatemala se realizó por medio del Decreto 90-85 del Congreso de la República de Guatemala de fecha 9 de noviembre de 2004.
4. Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arquitectónico, Histórico Y Artístico, de las Naciones Americanas, aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 16 de junio de 1976, introducida a la legislación guatemalteca por medio del Decreto 52-79, del Congreso de la República de Guatemala.
5. Convenio Constitutivo de la Coordinación Educativa y Cultural Centro Americana. Suscrito el 13 de noviembre de 1982. Su entrada en vigencia en el territorio de Guatemala se ampara en el Decreto Ley 12-84.

6. Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial. En la cual se define lo que debe entenderse como patrimonio cultural inmaterial, quedando establecido de la siguiente manera:

Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

Este importante instrumento internacional le da vida a una serie de declaratoria en materia de patrimonio cultural intangible que ha efectuado el Estado de Guatemala, para el efecto se tomaron en cuenta una serie de circunstancias propias y características únicas que los identifican y los hacen únicos, entre los que se encuentran los siguientes:

1.21. Medidas implementadas por el Estado para prevenir la depredación del patrimonio cultural

La razón de ser del presente título, tiene como objetivo establecer las acciones realizadas por el Estado de Guatemala, por medio de sus respectivas instituciones, entidades, centralizadas, descentralizadas o autónomas en aras de la protección, salvaguarda, rescate, del conjunto de bienes que integran el patrimonio cultural de la nación, para evitar precisamente la depredación de dichos bienes y que consiste en los siguientes.

1. En la ciudad de Guatemala es del conocimiento general que se encuentra el llamado “Centro Histórico de la ciudad”. Es así como el Ministerio de Cultura y Deportes lo declaró patrimonio cultural de la nación, comprendiendo el Centro de

la ciudad de Guatemala y sus áreas de influencia, según el Acuerdo Ministerial 189-2014.

El acuerdo regula que los inmuebles y espacios públicos de este sector representan componentes y características arquitectónicas excepcionales, a las cuales deberán darles un trato especial de conservación de acuerdo a su importancia.

El Conjunto Histórico, Centro Cívico, ubicado en la zona 1, se encuentra delimitado de la 21 calle y 6 avenida hacia el oriente, por la 21 calle, hasta llegar a la 8 avenida; bordea el área del Banco de Guatemala y Crédito Hipotecario Nacional, y en la 24 calle se retoma hacia la 6 avenida cerrando el polígono en el punto inicial.

En tanto que el área de Influencia abarca desde la 18 calle, entre 4 y 10 avenida de la zona 1, siguiendo hacia el sur por la 10 avenida, cruzando hacia el oriente por la 21 calle, hasta llegar a la 12 avenida de la zona 5, siguiendo hacia el poniente por la 26 calle de la zona 5 hasta llegar a la 7 avenida de la zona 4, siguiendo por la 24 calle de la zona 4 hasta la avenida Bolívar de la zona 1, hacia la 19 calle, sobre la 4 avenida de la zona 1, cerrando hasta la 18 calle de la citada zona 1.

El Centro Histórico de la ciudad de Guatemala, desde el año de 1998 fue declarado como tal, por medio del Acuerdo Ministerial número 328-98, publicado el 28 de agosto de 1998, por lo tanto, sujeto a régimen especial, es así como se crea la Instancia Interinstitucional de Coordinación del Programa de Renovación Urbana del Centro de la Ciudad de Guatemala, denominado renaCENTRO, la cual se encuentra integrada por la Municipalidad de Guatemala, la Universidad de San Carlos de Guatemala, el Ministerio de Cultura y Deportes, y por el Instituto Guatemalteco de Turismo, esto con la finalidad de priorizar las solicitudes que se plantean y evitar que los bienes con categoría de patrimonio cultural en poder de particulares, intervengan dichos bienes sin el control de expertos en restauración de monumentos, y que se traduzca en perjuicio de los bienes catalogados como patrimonio cultural.

2. Creación del Registro de bienes culturales, de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural, del Ministerio de Cultura y Deportes, cuyo objeto es la inscripción, anotación y cancelación de los hechos, actos y contratos relativos a la propiedad y posesión de bienes con categoría de patrimonio cultural, en posesión de personas particulares o de personas jurídicas. En el ejercicio de dicha función

le compete en consecuencia la de contar y mantener actualizado un inventario nacional de los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación, ya que tiene competencia a nivel nacional. Esta disposición responde a las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, sobre la protección de bienes con categoría de patrimonio cultural tangible, como una medida de prevención, en virtud de que mediante dicho registro, se pretende tener un control, de los mismos y su posible localización y acreditación de propiedad en caso de hurto o robo. Desarrolla también otras de las recomendaciones de la citada organización, acerca de las medidas que deben observarse para evitar, prohibir e impedir la importación, exportación y la transmisión ilícitas de la propiedad de bienes que integran el patrimonio cultural.

3. Creación por parte del Ministerio de Gobernación, de la Sección de Delitos Ecológicos y Contra el Patrimonio Cultural de la Nación, de la División Especializada en Investigación Criminal, de la Policía Nacional Civil, cuya razón de ser de su creación es, precisamente, para responder y atender con exclusividad, toda investigación relacionada a hechos y actos ilícitos en donde el bien jurídico afectado sean los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación. Esta acción reviste de gran importancia debido a que la División Especializada en Investigación Criminal cuenta con personal capacitado en materia de investigación criminal, y con distintas unidades, entre las que se pueden mencionar, la Unidad de delitos contra la vida, contra robo de vehículos, contra secuestros, contra las extorsiones, entre otros, y dentro de dichas unidades se puede observar la unidad en materia de patrimonio cultural, advirtiéndose la atención que las instituciones prestan en materia de patrimonio cultural, y que se encamina a desarticular a todas aquellas personas u organizaciones criminales dedicadas a la depredación dolosa del patrimonio cultural de la nación.
4. Apertura por medio de la Fiscalía General de la República de Guatemala; de la Fiscalía de Sección de Delitos Contra el Patrimonio Cultural de la Nación, actualmente tiene su sede en la aldea el Panorama, del municipio de La Antigua Guatemala, del departamento de Sacatepéquez, que tiene competencia a nivel nacional, con excepción del departamento de Petén, para lo cual se creó la Fiscalía de Sección Adjunta de Delitos Contra el Patrimonio Cultural de la Nación. El

objetivo es que se pueda dar cobertura a toda la República de Guatemala, pero ante todo porque en los citados departamentos se encuentran lugares importantes en materia de patrimonio cultural, tal es el caso del Parque Tikal y la ciudad colonial de La Antigua Guatemala, declarados por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia, y la Cultura, como Patrimonio Mundial de la Humanidad.

La creación de las citadas fiscalías es para que se puedan atender en forma inmediata las denuncias que se planteen en materia de patrimonio cultural, y se les pueda dar el trámite de acuerdo a la naturaleza de los hechos, y evitar consecuencias mayores por la depredación de los bienes culturales.

5. Creación de la Unidad de Prevención y Control del Tráfico Ilícito de bienes culturales, de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes. Lo anterior derivado de hechos graves que se han producido en detrimento del patrimonio cultural de la nación. Su función se enfoca precisamente en el control y la prevención del tráfico ilícito de bienes culturales.

La creación de esta unidad tiene como principal objetivo la prevención y el control del tráfico ilícito de bienes culturales, en consecuencia, su estrecha relación con el Registro de bienes culturales, de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural. Es importante acotar sobre la ardua tarea de la citada Unidad, porque de acuerdo a la cultura guatemalteca, resulta un camino difícil para que las personas acudan voluntariamente a realizar los respectivos registros, por citar un ejemplo lo que ocurre con el pago del impuesto de circulación de vehículos a la Superintendencia de Administración Tributaria, el cual es anual, pero las personas esperan hasta el mes de julio y realizan grandes colas a última hora para realizar el pago del impuesto, y aun así una gran cantidad de personas, simplemente, no realizan el pago, y es que existen sanciones por su incumplimiento. Es el obstáculo que enfrenta precisamente la Unidad del Registro de Bienes Culturales.

En segundo lugar, porque la única oficina con la que cuentan se ubica en la 12 avenida 11-11 zona 1 de la ciudad de Guatemala, interior del edificio que ocupa la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural, del Ministerio de Cultura y Deportes, por lo tanto, la distancia, constituye una barrera para que las personas del interior de la República emprendan el viaje voluntariamente hacia la ciudad de Guatemala, con el

objeto de registrar bienes con categoría de patrimonio cultural de la nación, que tengan en su poder.

CAPÍTULO II

Inexistencia de la culpa en el delito de depredación de bienes culturales

2.1. Aspectos preliminares

En el primer capítulo del presente trabajo de investigación se han abordado el dolo y la culpa desde la perspectiva de la teoría general del delito, que han realizado a lo largo de la historia del derecho penal, distintos autores, entre ellos se han citado autores guatemaltecos. Asimismo, se ha tratado lo relativo a la legislación penal vigente en materia de protección del patrimonio cultural de la nación, así como lo relacionado al delito de depredación de bienes culturales, con análisis de cada uno de los verbos rectores que conforman el citado tipo penal especial.

La finalidad trazada en dicho capítulo es con el objeto de establecer, verificar y confirmar las diferencias entre los tipos penales de la culpa y el dolo. Así como las características, clasificaciones, elementos o variantes propios de dichas figuras.

Habiéndose establecido lo anterior, corresponde en el presente capítulo advertir sobre la necesidad, a juicio del autor del presente trabajo de investigación, sobre la creación de la culpa en el delito de depredación de bienes culturales, regulado en el artículo 44 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto 26-97 del Congreso de la República de Guatemala.

2.2. Análisis de la norma

La Ley del Organismo Judicial, Decreto legislativo número 17-62, del Congreso de la República de Guatemala, como ley de aplicación general brinda el parámetro acerca de la forma de la interpretación de las normas internas. En el artículo 10 regula lo relacionado a la Interpretación de la ley, estableciendo lo siguiente:

Artículo 10. Interpretación de la ley (Reformado por el Decreto 75-90 y 59-2005). Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

El conjunto de una ley, servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendido al orden siguiente:

- a) A la finalidad y al espíritu de la misma:
- b) A la historia fidedigna de su Institución;

- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas.
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

Es de importancia hacer mención, previo al análisis de la norma, en virtud de que ordena que: “Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu”, por lo tanto, el análisis que se realiza no es sobre alguna circunstancia de interpretación sobre la forma de redacción, sino lo relacionado al tipo de conducta que regula, si es de carácter dolosa o culposa.

Artículo 44.- Depredación de bienes culturales. Al que destruyere, alterare, deteriorare o inutilizare parcial o totalmente los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, será sancionado con pena privativa de libertad de seis a nueve años, más una multa equivalente al doble del precio del bien cultural afectado (Reformado por el Decreto Número 81-98 del Congreso de la República de Guatemala).

De la lectura de la misma es posible establecer que la conducta que regula la puede cometer cualquier persona y, por lo tanto, que le pueda ser atribuida su comisión en tanto concorra cualquiera de los verbos rectores contemplados por la norma. Asimismo, la pena que establece es la misma cuando a raíz de algún evento, se pueda producir un de carácter reversible o no, es decir, si el daño es parcial o total. Y de acuerdo a la parte medular que interesa en el presente trabajo se establece que, en la norma transcrita, en ningún momento, el legislador previó la comisión del ilícito penal, ante la posibilidad de una comisión de naturaleza culposa.

En todo proceso de investigación, ante la comisión de uno o varios ilícitos penales, el Ministerio Público, en uso de las facultades que regula el artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se formula una hipótesis criminal, para poder orientar una investigación eficiente, y por lo tanto, acusar sobre la base de una relación clara, precisa y circunstancias de los hechos, como lo ordena el artículo 332 bis, del Código Procesal Penal; y para la cual, se vale de los elementos de la criminalística en cuanto a las siete preguntas básicas a saber: el quién, cuándo, dónde, qué, a quién, con qué, por qué.

El último aspecto considerado el “por qué”, que es el móvil del delito, es el elemento fundamental a abordar para los efectos del presente trabajo, en virtud de que se considera que es elemento fundamental que debe ser rigurosa observancia al momento de su aplicación, para que el tipo penal objeto del presente estudio pueda ser efectivamente atribuida a una persona.

La polémica radica precisamente en ese aspecto. Es importante hacer las siguientes interrogantes. ¿Se podrá producir una destrucción, alteración, deterioro o inutilización parcial o total de los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, a consecuencia de una negligencia, imprudencia o impericia?

En primer lugar, es importante considerar los tipos de bienes que integran el patrimonio cultural de la nación, tratado en el primer capítulo del presente trabajo. Y con base en el mismo, podemos establecer esa diversidad de bienes y la forma en que podían ser destruidos, alterados, deteriorados o inutilizados. De lo anterior, arribamos a la conclusión de que efectivamente se puede dar la concurrencia del citado delito, mediante la culpa, que en distintos estadios, se podrían producir efectivamente eventos en contra del patrimonio cultural, pero por negligencia, imprudencia o impericia, o la concurrencia inclusive de uno o más de estos presupuestos. En consecuencia, en dichos casos, habría ausencia del elemento de la intención y voluntad de dañar cualquier bien catalogado como patrimonio cultural de la nación.

2.3. Formas de comisión culposa

En el caso de bienes culturales inmuebles, específicamente el patrimonio cultural edificado, se podrían suscitar distintos eventos que escapan de la regulación del artículo 44 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, como veremos en los casos hipotéticos que se plantean.

Una persona que se encuentra en posesión de un bien inmueble ubicado en el perímetro del Centro Histórico de la ciudad de Guatemala, catalogado como patrimonio cultural de la nación, cuyas paredes que la circulan son de mampuesto, que datan aproximadamente de cien años, en consecuencia su resistencia se encuentra mermada por el transcurso del tiempo. El conductor, quien es el propietario del vehículo tipo sedán, modelo 2017, de la marca Mercedes Benz, quien también es el propietario del bien inmueble patrimonial, por las circunstancias de la carga vehicular de la hora, intenta

ingresar en el menor tiempo posible, lo que ocasiona un mal cálculo y derriba parte de la pared antigua. La Policía Municipal de Tránsito, conocedores de la protección especial a que se encuentra sometido dicho bien inmueble, informan de inmediato a las autoridades respectivas, y en la diligencia de inspección del lugar de los hechos, confirman, no solo respecto a su ubicación dentro de dicha zona protegida, sino que también la edificación que por sus características constructivas, temporalidad, y material compositivo, se encuentra inscrita en el Registro de bienes culturales de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural, del Ministerio de Cultura y Deportes, como bien integrante del Patrimonio Cultural y Natural, y que dicha pared, por su antigüedad, a consecuencia del empotramiento del vehículo, se desplomó un total cuatro metros que representa más del 50 % de la parte de la fachada.

La primera interrogante sería, sobre el tipo penal especial cometido, verificando todo el contexto de lo acaecido y ante todo del porqué ocurrió.

En la ley especial aplicable, es el Decreto 26-97 del Congreso de la República, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, y en el capítulo X, titulado “sanciones”, se encuentran regulados los tipos penales que se podrían desprender a consecuencia de una acción u omisión, regulados a partir de los artículos 43 al 56, y al realizar el proceso de encuadramiento de la conducta en el caso concreto; el mismo podría adecuarse en los presupuestos del artículo 44 de la mencionada ley, que es el delito de depredación de bienes culturales, porque podría haber una destrucción, o una alteración, parcial obviamente. Estos son los verbos rectores que se podría hacer aplicación de acuerdo al significado de las mismas, tratados en el capítulo I.

El artículo 49 de la mencionada ley especial, de la misma manera podría ser aplicable al caso concreto, y para un mejor análisis se transcriben tal cual se encuentran plasmados en el cuerpo legal las dos figuras penales:

Artículo 44.- Depredación de bienes culturales. Al que destruyere, alterare, deteriorare o inutilizare parcial o totalmente, los bienes integrantes del patrimonio cultural de la Nación, será sancionado con pena privativa de libertad de seis a nueve años, más una multa equivalente al doble del precio del bien cultural afectado (*Reformado por el Decreto Número 81-98 del Congreso de la República de Guatemala*).

Artículo 49.- Demolición ilícita. Quien sin autorización de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural demoliera, parcial o totalmente un bien inmueble

integrante del patrimonio cultural de la nación, se le impondrá pena privativa de libertad de cuatro a seis años, más una multa de cien mil a quinientos mil quetzales (*Reformado por el Decreto Número 81-98 del Congreso de la República de Guatemala*).

Es importante advertir que demolición implica de acuerdo a la Real Academia de la Lengua: “Deshacer, derribar, arruinar”. En tanto que en el primer tipo penal se encuentra la destrucción, alteración, deterioro, o inutilización total o parcial. Es evidente que se produjo un daño en detrimento del bien. Hubo una destrucción parcial. Ya que la misma implica, “reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño”, según el significado de la Real Academia Española. Pero demoler implica ejecutar la acción con un medio idóneo. En tanto que la destrucción es más general.

La segunda parte de la polémica, radica en la intencionalidad, la voluntad consciente de llevar a cabo la acción. En el caso planteado, hay ausencia total de intención como de la voluntad. Nos encontramos ante un caso fortuito, pero con un resultado dañoso que necesita ser atendido, porque es el “patrimonio de la nación” en posesión de una persona particular. La interrogante entonces, es, ¿cómo atenderíamos este problema? ¿Qué otra norma se podría aplicar?

Hay una acción realizada en el mundo fáctico que produjo un resultado en el mundo exterior. La persona que ejecutó la acción se encuentra en sus capacidades volitivas y en consecuencia le es reprochable la consecuencia de dicha acción. El bien jurídico tutelado se le confirma el daño en su estructura. Pero nunca existió una intención de derribar la pared antigua, y mucho menos en las dimensiones que cayó y se convirtió en polvo por el peso de la caída. Entonces, hay ausencia de “dolo”, porque el agente actuó de manera imprudente, y por lo tanto, no es posible atribuirle ninguno de los dos tipos penales especiales en referencia, porque únicamente se encuentran regulados en su modalidad dolosa. Pero la consecuencia de la acción tampoco recae en el ámbito del derecho administrativo, porque existe la lesión del bien jurídico protegido.

La tercera polémica a cuestionar es la pena que contempla la norma. En el delito de depredación de bienes culturales contempla una pena de seis a nueve años de prisión, entonces, no es posible hacer aplicación de los institutos desjudicializadores del proceso penal, tal es el caso del criterio de oportunidad, porque rebasa los cinco años de prisión, en todo caso, se podría pensar en hacer aplicación del elemento de la “participación

mínima”, pero es evidente que estaríamos atribuyendo que el hecho se produjo en el ámbito de los delitos de naturaleza dolosa. Tampoco hace viable hacer aplicación del artículo 27 del Código Procesal Penal respecto a una suspensión condicional de la persecución penal, porque el presupuesto de dicha institución procesal regula que siempre y cuando el delito en el cual se pretende aplica, no supere los cinco años de prisión, por lo tanto, queda fuera la posibilidad de aplicar dicho mecanismo de política criminal como salida alterna al proceso penal.

Continuando con el análisis, tampoco permite la norma hacer aplicación del procedimiento abreviado que contempla el artículo 464 del Código Procesal Penal. Por lo tanto, constituye un candado procesal, que cierra toda posibilidad para hacer aplicación de los mecanismos de política criminal que tienen como objetivo descongestionar el sistema de justicia, y atendiendo a los fines de la pena, y la realidad de las condiciones de las instalaciones de los centros carcelarios, tanto como preventivos como de cumplimiento de condenas, instalados en la República de Guatemala, a cargo del Sistema Penitenciario. En consecuencia, obliga llevar a la persona acusada por un delito de depredación de bienes culturales, a debate oral y público, y que de acuerdo a la mora judicial de los procesos judiciales, se estaría desarrollando entre dos a tres años aproximadamente, después de la fecha del acaecimiento de los hechos, en evidente perjuicio del bien jurídico afectado, y sin que pueda ser atendido, hasta que la persona sea vencida en juicio, y con el consecuente trámite posterior de todos los recursos ordinarios, extraordinarios y hasta la acción de amparo, que se traduce en un calvario interminable para que pueda ser atendido el bien patrimonial dañado. Cuando dichos bienes deberían ser la prioridad de la norma, de acuerdo a los principios de reversibilidad de daños por medio de la restauración, reconstrucción, o rehabilitación que contempla en el artículo 42 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación.

Como segundo caso hipotético, que se plantea, se encamina en el sentido que, la persona en posesión del mismo bien inmueble relacionado, pretende realizar un trabajo de restauración en el mismo, en virtud de que presenta deterioro progresivo por el transcurso del tiempo, de manera que acude ante las oficinas respectivas a obtener los correspondientes permisos, y una vez presentado y autorizado los planos que contiene los puntos a restaurar, con la firma y el sello del experto en restauración de monumentos que intervendrá, son iniciados los respectivos trabajos.

En determinado momento, personal de la Oficina de Planificación de la Municipalidad de Guatemala, en conjunto con los supervisores de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes, llegan a la obra con el objeto de supervisar la correcta ejecución de los trabajos autorizados, en apego a los planos autorizados.

Como hallazgos, establecen el desprendimiento del más del 80 % de la capa de revestimiento del muro, es decir el repello antiguo que cubre la pared antigua, debido al mal estado en que se encontraba. El personal informa que mientras realizaban la aplicación del nuevo repello, había ocurrido el incidente, pues no tenían autorizado liberar el repello antiguo, sino rellenar las partes faltantes, para mantener la originalidad del material originario.

Es evidente que se produjo un evento y que como consecuencia del mismo, se ha producido una destrucción y alteración parcial del bien patrimonial, pero que el mismo ocurre, porque no tomaron las medidas de cuidado, tomando en cuenta que al tratarse de trabajos de restauración de un muro antiguo, era similar al trabajo de un médico que tiene como paciente a una persona de la tercera edad, por lo tanto, la dosis debe ir en proporción a la respuesta del organismo de la persona a tratar. No se evidencia la intención de provocar un daño, sin embargo, por no tomar las medidas de precaución necesarias y aplicables al caso, se produce el evento. Y al analizar el resultado dañoso, únicamente en el delito de depredación de bienes culturales, se encuentra contemplada la destrucción parcial. El problema radica en que el daño no se produjo por dolo, sino por culpa, ante la negligencia del personal de no haber realizado trabajos de apuntalamiento adecuados, para evitar el desprendimiento.

Otra posibilidad de un hecho de depredación culposa es la persona que tiene en su poder una imagen religiosa de madera, con más de cien años de antigüedad, la misma se encuentra inscrita en el Registro de bienes culturales, de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio y Cultura y Deportes. Dicha persona, con la intención de cambiar la ubicación de dicha imagen, la toma de manera inadecuada, sujetándola de la cabeza, lo que provoca que esta se desprenda y en consecuencia cae al piso y el daño es aún mayor.

La acción y el resultado dañoso, es evidente, pero no se advierte la intención de provocar un daño a su propio patrimonio, sino por la falta de pericia, de cómo deben tomarse adecuadamente dichos bienes, para evitar esa clase de consecuencias, y tampoco hizo aplicación de una debida diligencia en el momento de sujetar dicha imagen, y por lo tanto, de acuerdo a la naturaleza de los hechos, no es posible adecuar la conducta dentro de un tipo penal distinto al de depredación de bienes culturales, porque la destrucción se ha producido, y se trata de bien con categoría de patrimonio cultural de la nación.

Los casos planteados son apenas ejemplos sobre eventos que podrían suscitarse en la vida cotidiana, y sin que puedan ser juzgados, porque no concurre el elemento del tipo penal, que es el dolo, y es ahí donde se pone en evidente desprotección jurídica a los bienes culturales y la polémica de cómo debe resolverse dichos problemas, en defensa del patrimonio cultural.

2.4. Desprotección jurídica en su comisión culposa

Se ha evidenciado con los tres ejemplos en que se pueden suscitar hechos dentro del ámbito penal en perjuicio de los bienes que integran el patrimonio cultural, pero que los mismos son de naturaleza culposa.

Corresponde bajo este título evidenciar sobre casos reales acaecidos en nuestro medio, en los cuales se han dañado bienes con categoría de patrimonio cultural de la nación, pero, que a juicio del autor del presente trabajo de investigación, son de naturaleza culposa:

En la madrugada del sábado 21 de enero, un joven chocó contra una de las columnas de la Plaza España en la zona 9, destruyéndola en el acto. La escultura tenía más de 200 años de antigüedad. Por este accidente, el Departamento Jurídico de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural colocó una denuncia.

Esta se registró en la Fiscalía de Delitos contra el Patrimonio Cultural del Ministerio Público (MP). Y la transgresión que se le imputa al joven José Waldemar Camas Montenegro es por depredación de bienes culturales.

Según Ingrid Morales, una de las arquitectas del Ministerio de Cultura y Deportes que apoyó en el informe técnico de daños, para reparar la columna es necesario “hacer un análisis a profundidad de cómo está”.

Para la reconstrucción se deberá contratar a un restaurador para que realice las intervenciones necesarias. “Solo así se colocarán las piezas exactamente donde van”, explicó Morales.

De acuerdo al artículo 44 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, quien destruya un bien del patrimonio nacional tendrá que pagar una multa equivalente al doble del precio del monumento afectado y de ser señalado culpable podría enfrentar de 6 a 9 años de prisión.

Morales indicó que aún se está elaborando el análisis correspondiente para determinar el costo de la columna y de la esquina que se desprendió de la Plaza España. Reportaje obtenido en la página <http://www.soy502.com/articulo/ministerio-cultura-denuncia-joven-choco-contra-plaza-espana-71746>, recuperada el 07 de mayo de 2018, a las 19:07 horas.

El ejemplo en la vida real, salta a la vista, e inclusive, el medio que realiza la publicación, hace mención del delito de depredación de bienes culturales, objeto del presente estudio, citando el artículo 44 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, aplicable, y la pena que le correspondería enfrentar al responsable de la acción (de seis a nueve años de prisión, inconvertibles). Pero es a todas luces, que nos encontramos ante un hecho que no fue buscado por el agente, como ocurre en los accidentes de tránsito en los que se produce la muerte de varias personas, pero el conductor del vehículo queda ligado únicamente por el delito de homicidio culposo, y por el delito de lesiones culposas, en caso de existir heridos a consecuencia del evento.

De acuerdo al principio de legalidad, la persona que ocasionó el evento en la Plaza España, no podría ser ligada al tipo penal especial relacionado, porque no se evidencia, el nexo causal, entre la acción y el resultado. La polémica se desata porque entonces existe una desprotección jurídica como se ha denominado el título del presente apartado, cuando los hechos se suscitan por negligencia, imprudencia o impericia, que son los elementos de rigurosa observancia en los delitos culposos.

A raíz de los daños ocasionados el sábado 21 de enero al monumento de Carlos III ubicado en la Plaza España de la ciudad de Guatemala, el Ministerio de Cultura y Deportes presentó una denuncia penal contra la persona responsable de este hecho. La querrela se hizo el mismo día del accidente, a través de la Delegación Jurídica del

Viceministerio de Patrimonio Cultural, en la Fiscalía de Delitos contra el Patrimonio Cultural del Ministerio Público. Fue presentada por la directora de Patrimonio Cultural y Natural, Olga Marina Chang López, acompañada de la abogada de esta entidad, Ana Dolores Cos y del Director Técnico de Museos, Roberto Morales Brol.

Este procedimiento se basa en la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural de la Nación, establecido en el artículo 44: “Depredación de bienes culturales. Al que destruyere, alterar, deteriorare o inutilizare parcial o totalmente, los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, será sancionado con pena privativa de libertad de seis a nueve años, más una multa equivalente al doble del precio del bien cultural afectado”.

En el incidente ocurrido en la madrugada del sábado 21, el responsable de los daños estrelló su vehículo en el bien cultural, lo cual ocasionó destrozos en una columna y un segmento de la escalinata de la fuente. Las autoridades del Ministerio a través del Instituto de Antropología e Historia (IDAEH), deberán analizar el incidente para establecer el costo de la reparación, que deberán ser cubiertos por el responsable, tal como lo establece la Ley (el subrayado es mío).

El monumento data de finales del siglo XVIII y es original de Antonio de Bernasconi. Desde 1789 adornó la Plaza Mayor (hoy Plaza de la Constitución), donde estuvo por más de 100 años. Finalmente, en 1933 se instaló en la Plaza España, donde ocupa un lugar destacado en uno de los puntos de mayor afluencia de la ciudad de Guatemala (reportaje obtenido del portal del Ministerio de Cultura y Deportes. <http://mcd.gob.gt/se-presenta-denuncia-contra-responsable-de-danos-a-fuente-de-carlos-iii/>, publicada el 23 de enero de 2017 (Consulta realizada el 08 de mayo de 2018, a las 19:10 horas).

Con esta publicación realizada por el Ministerio de Cultura y Deportes, en su respectivo portal, se confirma acerca de la información que publicara el medio SOY502, en la cual se especulaba porqué tipo penal podría presentar la denuncia la entidad que por ministerio de la ley, le corresponde la interposición de las acciones procesales para la recuperación, rescate, restauración, relacionado a bienes de carácter patrimonial.

2.5. Desventajas de la norma actual

Se considera que la desprotección jurídica del patrimonio cultural, por hechos suscitados de manera culposa, representa una desventaja para los intereses de Estado. Una verdadera protección jurídica debe abarcar y regular los hechos y circunstancias que se puedan cometer en contra de los mismos, tanto en su modalidad dolosa como también culposa, para garantizar el resultado de un proceso penal en dicha materia.

Un claro ejemplo, en nuestra propia legislación, es la regulación que contiene la Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala, Decreto 60-69 del Congreso de la República de Guatemala, regulados en los artículos 33, 34, y 35:

Artículo 33. Quien destruye, deteriore, dañe o transforme los bienes protegidos por esta ley será responsable de 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 accesoria la reparación del mal causado y el pago de los daños y perjuicios correspondientes.

Artículo 34. 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.

Artículo 35. Los procesados por el delito a que se refieren los artículos anteriores, no podrán ser excarcelados bajo fianza mientras no hayan garantizado en forma suficiente a juicio del Consejo para la Protección de La Antigua Guatemala, el pago de los gastos necesarios para que el bien destruido, deteriorado, dañado o transformado, sea restituido a su forma original, así como para cubrir los daños y perjuicios correspondientes. En todo proceso de esta naturaleza, será parte el Conservador de la Ciudad.

Se afirma que la citada norma constituye un claro ejemplo sobre la protección del patrimonio cultural, en virtud de que de la interpretación de la misma se advierte una efectiva protección e integral, no le interesa la privación de libertad del infractor de la norma, sino lo que privilegia, es la recuperación del bien dañado. La pena que contempla es de cinco años, y la misma norma regula su conmutabilidad, es para no privar de la

libertad a la persona acusada por dicho tipo penal especial, y el mismo sería en el caso de que un proceso finalice con una sentencia condenatoria.

La pena que se contempla en el tipo penal, es hasta cinco años de prisión, lo que se traduce en la posibilidad de aplicar cualquiera de los institutos desjudicializadores del proceso penal el criterio de oportunidad, la suspensión condicional de la persecución penal y el procedimiento abreviado. Dichas posibilidades se dan desde el ámbito del delito doloso. Todo lo contrario a los presupuestos de la norma objeto del presente estudio, que cierra toda posibilidad a favor del sindicado.

En la parte final del artículo 33 en mención, prevé como pena accesoria la recuperación del bien, lo que confirma lo indicado, que lo que interesa en sí a la norma, es la recuperación del bien afectado, lo que se traduce en una verdadera ley de prevención y de penalización, protectora por excelencia.

Lo relacionado al artículo 34 regula los hechos en contra del patrimonio cultural que se registran por imprudencia o negligencia, que es la propuesta del autor en el presente trabajo de investigación, haciendo mención que en dicho artículo se considera que faltaría el elemento negligencia, para estar en armonía con el contenido del artículo 12 del Código Penal.

Finalmente, en el artículo 35, regula que los procesados por el delito contra el patrimonio cultural de la nación, no podrán ser excarcelados bajo fianza mientras no hayan garantizado en forma suficiente a juicio del Consejo para la Protección de La Antigua Guatemala, el pago de los gastos necesarios para que el bien destruido, deteriorado, dañado o transformado, sea restituido a su forma original, así como para cubrir los daños y perjuicios correspondientes. Se reitera y se confirma el carácter protector de la norma, la forma de privilegiar la recuperación del bien dañado, y ante todo, porque regula cuando los hechos se suscitan de manera dolosa o culposa, todo ello bajo la responsabilidad del ente colegiado del Consejo Nacional para la Protección de La Antigua Guatemala, cuyo representante legal es el Conservador de la Ciudad.

El Decreto 60-69 del Congreso de la República, de acuerdo al ámbito territorial de la norma, se aplica con exclusividad a la ciudad de La Antigua Guatemala, y sus áreas circundantes. Por lo tanto, no es posible aplicarla a hechos que se suscitan en el resto del territorio de la República de Guatemala.

2.6. Riesgos que representa la ausencia de la culpa en Decreto 26-97

Al hacer aplicación del artículo 44 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación en casos en los cuales se puede advertir que se han realizado sobre la base de los delitos de naturaleza culposa, se considera que existe un eminente riesgo ante la ausencia de la figura de la culpa en el citado cuerpo legal, porque en todo caso, en los respectivos procesos de esta índole podría existir ciertas inobservancias procesales como las siguientes:

- a) Violación al principio de legalidad. Este ordena que nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otras penas, que no sean las previamente establecidas en la ley. Esto de conformidad con el artículo 1 del Decreto número 17-73 del Congreso de la República, Código Penal.
- b) Violación del artículo 17 de la Constitución Política de la República, que regula, que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.

Al alegarse estos principios ante un tribunal constitucional daría lugar a que un procedimiento se resuelva en perjuicio de los intereses del Estado respecto al patrimonio cultural, por lo tanto, quedar en un estado de indefensión y desprotección, al no estar regulado los hechos y circunstancias, que puedan acaecer en contra del patrimonio cultural pero por negligencia, imprudencia o impericia. Y de condenarse a una persona bajo las citadas circunstancias, el Estado de Guatemala, hasta podría ser demandado y condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la violación a derechos humanos fundamentales como las citadas. Para superar dicha polémica, basta con que el Congreso de la República considere la regulación del delito de depredación de bienes culturales, en su modalidad culposa.

2.7. Principio de ponderación de derechos

Se ha denominado este título como el principio de ponderación de derechos, porque ante el problema que se plantea surge un conflicto de derechos, que habría que ponderar, para resolver de una manera justa. Y es que, como se ha indicado en el título que antecede, sobre la posible violación a derechos humanos que se podrían generar al ser perseguida penalmente una persona, por el delito de depredación de bienes culturales,

cuando la acción haya recaído por negligencia, imprudencia o impericia. Pero también es importante ponderar esos derechos difusos que conlleva los bienes de categoría de patrimonio cultural, es decir, el interés colectivo que representa. Al respecto, la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 44 establece:

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

El interés social prevalece sobre el interés particular (el subrayado es propio del autor). Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Este interés, en ningún momento, se puede traducir en violación a derechos humanos fundamentales, porque es el propio Estado el responsable del resguardo de ambos derechos. Por lo tanto, la polémica de qué es lo que se debe privilegiar. Para no caer en la confrontación de dichos derechos, se hace viable en cuanto a la propuesta de la creación de la culpa en el tipo penal especial objeto del presente estudio. Pero, para una mejor ilustración acerca de los derechos relacionados, se abordarán a continuación.

2.7.1. Derechos difusos

Estos derechos representan aquellos intereses colectivos, por lo tanto, se encuentran inmersos dentro de los derechos sociales. Es decir, que el derecho es de un grupo de personas de acuerdo a cual sea la naturaleza del derecho. Al respecto Aguirre Caballero, afirma:

Los derechos difusos, llamados así por su semejanza con valores no siempre cuantificables o definibles a través de las categorías tradicionales, aparecen en esta época como extensión de aquellos valores que nos legaron tiempos pasados, tales como las garantías llamadas de primera generación, aquellas de que hablaron los adalides de la Revolución francesa con sus postulados de igualdad, fraternidad y libertad. La libertad está concebida para el hombre frente a los abusos del Estado, pero que de suyo suponía la condición de que ese hombre contara con los recursos que le permitirían llegar a ella: los de segunda generación, aquellos que nos legaron miles y miles de seres humanos que hicieron, con su desesperación y su miseria, que se

entendiera que aquellas libertades no eran para el hombre común más que enunciados sin contenido mientras este no gozara de los medios e instrumentos de producción o accediera por otros medios a la comodidad de los puestos burocráticos del Estado, dando lugar con ello a los derechos sociales como el de la educación y a la cultura y el de la salud; y los de tercera generación, concebidos como garantías en las que el Estado es sujeto pasivo y objeto de responsabilidad, pero de magnitud tal que para que se cumplan es necesario que todos los Estados se pongan de acuerdo y legislen separada pero comúnmente, de manera que garanticen con ello el patrimonio de la humanidad: la continuidad de la especie, amenazada desde puntos diferentes, especialmente por la desidia de tiempos pasados.

A esta última categoría pertenecen los derechos colectivos o difusos, que cubren intereses de la misma especie, incuantificables, inapropiables por un solo sujeto o un grupo de ellos, de todos, pero de nadie en particular. <https://burica.wordpress.com/2003/11/17/los-derechos-difusos-como-garantias-de-tercera-generacion/>. Página consultada el 9 de mayo de 2018, a las 19:14 horas. Publicada el 17 de noviembre de 2003. Higinio Aguirre Caballero. 2003. Panamá.

Las consideraciones del abogado que aborda el tema de los derechos difusos, claramente hace referencia al patrimonio de la humanidad, como punto esencial, que es un patrimonio de todos, pero que no es de nadie en particular, inclusive ni siquiera de los propios Estados cuando llegan a la categoría de patrimonio mundial de la humanidad, tal es el caso de La Ciudad de La Antigua Guatemala, por citar uno de tantos ejemplos de acuerdo a la declaratoria de la Organización para la Educación, Ciencia y Tecnología, UNESCO, por sus siglas en inglés.

El objeto por el cual se aborda el tema de los derechos difusos es para evidenciar la importancia y la obligación que tiene el Estado de Guatemala para garantizar una efectiva protección jurídica de los bienes con categoría de patrimonio cultural de la nación, porque en dichos bienes se encuentran inmerso el derecho de todos los guatemaltecos y, por lo tanto, es un derecho general, como característica de los derechos difusos. Considerando también que tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, que nuestro país se caracteriza por ser multicultural, multiétnico y multilingüe, que es la riqueza cultural que lo distingue y es sobre esa base donde radica la obligación del Estado

para proteger dichos derechos colectivos, o difusos, e inclusive es la razón por las que se han instituido organizaciones internacionales en defensa de dichos derechos.

2.7.2. Derechos humanos

Lo constituyen aquel conjunto de derechos inherentes a la persona humana, es decir, aquellos derechos con los cuales se nace, que no necesitan ser declarados por alguna ley, tal es el caso del derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, la vivienda, a un nombre, a una familia, entre otros.

Son las facultades, prerrogativas y libertades fundamentales de que goza una persona y que se derivan de su dignidad, por lo que no pueden ser vulnerados y por ello los Estados y las leyes que los rigen tienen la obligación de reconocerlos, difundirlos, protegerlos y garantizarlos. Todas las personas, sin importar su edad, religión, sexo o condición social, gozan de estos derechos, los cuales son indispensables para el desarrollo integral del individuo (Portal de la Procuraduría de Derechos Humanos, <https://www.pdh.org.gt/la-pdh/derechos-humanos/queson.html>, consultada el 11 de mayo de 2018, a las 18.35 horas).

La definición de los derechos humanos que antecede es amplia, en el sentido que hace referencia a las facultades, es decir, a las aptitudes que del ser humano. Las prerrogativas, que consisten en los privilegios que se concede a una persona respecto a determinados derechos. Asimismo, relaciona las libertades fundamentales, refiriéndose a aquellas facultades naturales que tiene una persona de obrar, sin restricciones, sin que puedan ser coartados, limitados, tergiversados, disminuidos o alterados.

Este juego de palabras que encierra el concepto de los derechos humanos se traduce, precisamente, en todos aquellos presupuestos, principios y normas en defensa de los seres humanos, sin que ello se traduzca en la defensa de los criminales, como muchas veces es interpretada, y su aplicación se extiende a cualquier persona. Tal es el caso del derecho humano a los alimentos. Aunque en la realidad, dicho derecho, se ejercita de acuerdo a la posición social y económica de una persona, pero es un derecho con el cual una persona, desde que nace, conlleva implícita el derecho a ser asistida con la alimentación.

Con base en dichos presupuestos se consideran como características de los derechos humanos, los siguientes:

- Universales. Su aplicación no se limita a determinados grupos de personas, países, poblados, ciudades, comunidades, sino que se extienden a todos los seres humanos, sin ninguna distinción en razón de sexo, edad, religión, posición social, económica, creencias religiosas o políticas.
- Incondicionales. Se encuentran sujetos o supeditados solo a los lineamientos y procedimientos que determinan los límites de los propios derechos, es decir, dentro de los límites que enmarca una legislación, con el objeto de que el ejercicio de un derecho no menoscabe el derecho de una u otras personas, tal como establece el dicho que nuestros derechos llegan hasta donde comienzan los de los demás o los justos intereses de la comunidad.
- Inalienables. Estos derechos no se pueden perder o trasladarse por propia voluntad, porque no se encuentran sujetos a dichas modalidades. Son inherentes a la idea de dignidad de la persona humana, por lo tanto no pueden ser sujetos a ningún tipo de negociación como vender, donar, trasladar. Tampoco podrán ser expropiados, embargados, o cualquier otra especie de negociación.
- Inherentes o innatos. Tal como ya se ha indicado, son inherentes, porque la persona humana nace con sus derechos humanos fundamentales, sin necesidad de alguna declaratoria de ley posterior, que viabilice tales derechos. Todos los seres humanos nacen con los derechos humanos, porque se generan tales derechos a partir de la misma naturaleza humana.
- Inviolables. Los derechos humanos no se pueden o no se deben transgredir o quebrantar, porque si se nace con estos derechos y al ser quebrantados, se estaría violentando y limitando el curso normal del desarrollo normal de la vida de una persona.

Ante estas características de los derechos humanos se confirma la polémica planteada, en cuanto a que si una persona es sometida a un proceso penal, y en consecuencia, el inicio de la persecución penal en su contra, por un delito de depredación de bienes culturales, regulado en el artículo 44 del Decreto 60-69 del Congreso de la República, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, a sabiendas que,

de acuerdo a los hechos y circunstancias, los hechos se circunscriben bajos las modalidades de un delito eminentemente de naturaleza culposa, se estaría violentando precisamente, derechos humanos fundamentales de la persona sujeta al proceso. Sin embargo, también es menester la protección del bien patrimonial afectado, por lo tanto, se produce una colusión de derechos, por un lado individuales, y por la otra de carácter colectivo. Y para resolver la misma, se hace viable contemplar los hechos de naturaleza culposa dentro de la norma especial mencionada.

CAPÍTULO III

Necesidad de incluir la culpa en el delito de depredación de bienes culturales

3.1. Análisis de la realidad legislativa actual

De acuerdo con la naturaleza de la investigación planteada, sustentada en las distintas teorías y normas tratadas en el marco teórico contenidos y en el capítulo I, y con base en los análisis realizados en el capítulo II, que constituyen la unidad de análisis del presente trabajo de investigación, se arriba, se sustenta y se confirma acerca de la necesidad de regular la culpa en el delito de depredación de bienes culturales, establecido en el artículo 44 del Decreto 26-97 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación.

De acuerdo con el abordaje realizado y la confrontación de la teoría con la legislación actual, se puede apreciar en cuanto a la falta de regulación de los delitos de naturaleza culposa, en el delito especial objeto del presente estudio, dejando en una desventaja y desprotección al conjunto de bienes que integran el patrimonio cultural de la nación.

Asimismo, al verificar el contenido de toda la legislación nacional guatemalteca, que tiene relación en materia de los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación, se constató la ausencia de dicha regulación, lo que constituye una falencia legislativa, en perjuicio de tales bienes, y de la sociedad guatemalteca, sobre la falta de certeza jurídica, habiéndose establecido únicamente lo regulado en la Ley Protectora de la Ciudad de la Ciudad de La Antigua Guatemala, en el Decreto legislativo 60-69 del Congreso de la República, que regula, efectivamente, cuando el delito contra el patrimonio cultural de la nación (única figura delictiva tipificada en dicha ley especial) se comete por imprudencia o negligencia.

3.2. Necesidad de la inclusión de la culpa

La solución al problema planteado consiste en la inclusión de la importante figura de la culpa en el tipo penal especial regulado en el artículo 44 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación.

A lo largo del estudio realizado con relación a la problemática planteada se ha verificado que, a pesar de las distintas modalidades del dolo, constituye una figura distinta a la culpa, por los elementos de intencionalidad, conciencia, voluntad, el querer obrar de

determinada manera son propios del dolo en sus distintas manifestaciones, por lo tanto, evidencia una clara diferencia con la figura de la culpa.

La solución propuesta cumple con la ruta segura para contar con el principio proteccionista y tutelar que debe caracterizar a la norma especial objeto de estudio, terminando con la incertidumbre de que si es o no aplicable la norma en determinados hechos cuando se evidencia la falta de intención de provocar un daño en detrimento de los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación, cumpliendo con los principios del debido proceso, el principio de legalidad, el derecho de defensa. Estas se traducen en principios rectores como derechos humanos de toda persona vinculada en un proceso penal, ya que en la norma actual, hay ausencia total de los términos negligencia, imprudencia, impericia, que son elementos propios de los delitos culposos.

Se ha realizado la labor de la búsqueda de dichos términos en todo el cuerpo de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto 26-97 del Congreso de la República, y se ha establecido la ausencia de los mismos, por lo que se concluye que no se contempló por parte del legislador en el momento de su creación. Pero que, en la vida real, los bienes culturales que integran el patrimonio cultural de los guatemaltecos, se encuentran expuestos a que, en determinado momento, como consecuencia de una acción lícita, una persona les pueda ocasionar daño, ya sea por un actuar negligente, o porque actuó imprudentemente, o derivado de una falta de pericia.

Desafortunadamente, en nuestra legislación, constituye una larga burocracia para los efectos de la solución planteada, para que pueda ser incluida la figura de la culpa en la norma especial objeto de estudio, ya que de acuerdo a la naturaleza del presente trabajo de investigación, devendría de una propuesta de reforma de la ley, la cual, el propio Estado de Guatemala, ha delimitado dicha facultad de quienes pueden proponer un proyecto de ley.

Según lo regulado en el artículo 174 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que se encuentran facultados para presentar iniciativas de ley; los diputados que integran el Congreso de la República de Guatemala; el Organismo Ejecutivo, la honorable Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala, y el Tribunal Supremo Electoral. Se considera que, en el presente caso, la ruta debería ser de manera directa por el Ministerio de Cultura y

Deportes, o por la Fiscalía de Sección de Delitos Contra el Patrimonio Cultural de la Nación, por ser las instituciones que tienen relación directa con la materia, objeto de estudio, por lo tanto, son quienes advierten sobre las necesidades emergentes, de acuerdo a los casos en concreto que conocen en el ejercicio de sus funciones.

3.3. Ventajas que ofrece la inclusión de la culpa

La solución planteada en el presente trabajo de investigación conlleva varios beneficios o ventajas, de manera integral, y guardan armonía con el objeto de la ley especial sujeto al presente estudio, de acuerdo con las siguientes consideraciones.

3.3.1. Con relación al sujeto activo del delito

Respecto a la persona vinculada a un proceso penal por el delito de depredación de bienes culturales, la propuesta se encamina hacia el respeto a sus derechos humanos fundamentales que le asisten, como por ejemplo el derecho a un debido proceso, el respecto al principio jurídico de legalidad, al derecho constitucional de defensa, y el derecho a que su situación jurídica sea resuelta por medio de los mecanismos de política criminal, pronta y cumplida. Lo anterior, porque la pena a contemplar no debe ser la misma con relación a los hechos cometidos pero de naturaleza dolosa. De manera que si se comete un hecho en contra del patrimonio cultural por negligencia, imprudencia o impericia, se tendría derecho a un tratamiento procesal distinto, como ocurre con las personas ligadas a proceso penal por los delitos de lesiones culposas u homicidios culposos, por citar dos ejemplos, de los que más se dan en la práctica judicial. Por lo tanto, la propuesta conlleva, asimismo, el derecho a que la situación jurídica de una persona sea resuelta en el plazo razonable que establecen los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos.

3.3.2. Con relación al ejercicio de la persecución penal

Al Ministerio Público, específicamente la Fiscalía de Sección de Delitos Contra el Patrimonio Cultural de la Nación, la propuesta le abre la posibilidad de realizar una imputación, apegada a los principios de legalidad, de conformidad con lo que demandan los artículos 1, 82, y 108 del Código Procesal Penal, porque le permitirá solicitar con legitimidad, que en contra del infractor se emita auto de procesamiento por el delito de depredación de bienes culturales culposa y, por lo tanto, el mismo tipo penal le permitiría

que con total certeza legal, pueda realizar todas las diligencias pertinentes encaminadas a confirmar y sustentar su hipótesis criminal durante la etapa preparatoria, para arribar a la presentación del acto conclusivo correspondiente, con la posibilidad procesal de hacer uso de los mecanismos de política criminal conocidas como salidas alternas al proceso penal, y no necesariamente una acusación que busca en principio la condena de una persona.

3.3.3. Con relación al sistema de justicia

Proporciona certeza y seguridad jurídica al tipificar la conducta antijurídica en la norma, por lo tanto, de que la resolución que pone fin al proceso no tendrá ninguna repercusión legal posterior ante la posibilidad de que se hayan vulnerado derechos humanos fundamentales por aplicación indebida o errónea aplicación de la norma sustantiva, en atención a la naturaleza de los hechos. También que, derivado de los mismos, se inicie con un largo trayecto en materia recursiva, que solo genera mora judicial, atraso para atender otros casos legales, es decir, el congestionamiento del sistema de justicia, que repercute, no solo al derecho al acceso de una administración de justicia pronta y cumplida, sino que el desgaste al sistema de justicia y la erogación económica que representa para el Estado de Guatemala, por medio de las instituciones vinculadas en la administración de justicia, como lo es el Organismo Judicial, Ministerio Público, Instituto de la Defensa Pública Penal y la honorable Corte de Constitucionalidad.

3.3.4. Con relación a los principios que inspiran la norma especial objeto de estudio

El Decreto número 26-97 del Congreso de la República, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación en su carácter de ley de protección y de penalización, estaría guardando congruencia con el objeto de creación de la norma establecida en el artículo uno en el cual regula:

“Artículo 1.- Objeto. La presente ley tiene por objeto 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 (Reformado por el Decreto Número 81-98 del Congreso de la República de Guatemala).

El contenido del objeto de la norma tiene como primicia la protección, luego la defensa, investigación, conservación y recuperación de los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación. Por lo tanto, la misma norma debería guardar esa congruencia y relación con el contenido proteccionista, es decir, que esté encaminada al resguardo, y fundamentalmente lo relativo a la recuperación.

Es importante mencionar acerca del tiempo que representa el trámite de un proceso penal, el cual repercute en la recuperación del bien afectado como consecuencia de un delito. Distinto sería que al estar prevista la culpa en su contenido, permitiría a la fiscalía darle un enfoque distinto, ofreciendo alternativas al acusado, pero a cambio buscar inmediatamente la recuperación del bien dañado, solo así se estaría cumpliendo con el espíritu de la norma respecto a la recuperación, rescate y protección de los bienes culturales.

Asimismo, la normativa especial en estudio estaría en la misma dirección de regulación que contiene el Decreto 60-69 del Congreso de la República, Ley Protectora de la Ciudad de La Antigua Guatemala, porque, entonces, las dos leyes en materia de protección de patrimonio cultural estarían regulando hechos y circunstancias de naturaleza culposa, que abre la posibilidad al infractor, a que su situación jurídica sea resuelta de manera distinta y la pronta recuperación del bien jurídico afectado, como consecuencia de una acción lícita que ha causado un daño, por negligencia, imprudencia o impericia, justamente como se encuentra contemplada en la Ley Protectora de la ciudad de La Antigua Guatemala.

3.3.5. Con relación al bien jurídico tutelado

Se pretendería una efectiva y oportuna recuperación del bien afectado, porque la persona ligada a proceso tiene el incentivo de que, lo más importante para la ley, es la recuperación del bien afectado y que el mismo corre a cuenta del infractor, por lo tanto, depende de su actitud procesal para solventar su situación jurídica. El desgaste psicológico que representa un proceso penal, hace que la persona sindicada, al verificar que su situación jurídica depende de su voluntad para la restauración del bien afectado, a cambio de no sufrir una pena de privación de libertad optará porque el sagrado derecho a la libertad no la ponga en riesgo.

Por lo tanto, el objetivo se encuentra encaminado en favor de cada uno de los bienes existentes en el territorio nacional, catalogados como patrimonio cultural de la nación, en consecuencia, con la propuesta se alcanzaría la defensa jurídica integral para proteger nuestro legado histórico, es decir la existencia de una norma efectivamente de protección, privilegiando su recuperación, ya que en la misma norma especial se encuentra contemplada en dichas circunstancias. Por lo tanto, no es un planteamiento aislado, sino que tiene su fundamento en la propia Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, en el artículo 42, y que dentro de las forma de lograr la recuperación de un bien patrimonial dañado, se encuentra procedimientos, acciones, intervenciones, que pueden ser aplicables a un caso en concreto, con el objeto de lograr la recuperación de un bien cultural afectado o dañado, como consecuencia de una acción dolosa o culposa.

El requisito fundamental es que el mismo debe ser previamente analizado sobre los alcances y la forma de su recuperación por parte de personal competente de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes, para poder contar una autorización amparado en el dictamen pericial de procedencia que emite la citada Dirección General.

Dentro de los procedimientos para lograr la recuperación de bien patrimonial afectado o dañado, se encuentran los siguientes:

3.3.5.1. La restauración

En la norma especial objeto de estudio se encuentra contemplado este mecanismo para la recuperación de un bien afectado, estableciendo los siguientes: “Artículo 42. Definiciones. Para los efectos de esta ley se entienden como: l) Restauración: Medio técnico de intervención a fin de mantener y transmitir al futuro el Patrimonio Cultural en toda su integridad”.

Consiste en una intervención que se realiza de manera directa en el bien dañado o afectado, ya sea por la intervención de la mano del hombre, por el transcurso del tiempo, o por las inclemencias del tiempo, como el calor, el viento, lluvia, frío, humedad, o cualquier otra circunstancia.

Al respecto, la Real Academia Española, define la restauración así: “Recuperar o recobrar. Reparar, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía. Reparar una pintura, escultura, edificio, etc., del deterioro que ha sufrido”. Es decir, que no obstante que un bien de naturaleza de patrimonio cultural de la nación, que presente daño, es posible ser sometido a un proceso de restauración por medio de los expertos en la materia. Naturalmente, en nuestro medio, los peritos de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural del Ministerio de Cultura y Deportes, por ser los competentes, de conformidad con la ley especial de la materia que les da dicha investidura.

Por lo tanto, los principios de restauración varían en función de la naturaleza y estado de conservación del bien afectado, tiene como objetivo el de facilitar su comprensión, respetando en todo lo posible su integridad, estética e histórica. Al respecto, en la Ley de Salvaguardia del Patrimonio Urbanístico Arquitectónico, del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos, define la restauración de la siguiente manera:

Artículo 3. Para efectos de esta ley, se entenderá por Restauración: El conjunto de obras de carácter interdisciplinario que se realizan en un monumento, espacio abierto monumental o Zona de Patrimonio Urbanístico Arquitectónico con algún deterioro natural o inducido, basadas en un proceso de estudio para restituirle sus valores, protegerlo como fuente de conocimiento y para garantizar su permanencia para las generaciones futuras.

De la norma anterior se establece que, en otras legislaciones del mundo que cuentan con riquezas culturales, tienen contemplada la restauración para la restitución y protección del bien para su recuperación, derivado de algún daño, siendo, por lo tanto, uno de los mecanismos o las acciones viables para su rescate.

3.3.5.2. La rehabilitación

Este procedimiento, de acuerdo con el artículo 42 de la norma en estudio, la define de la siguiente manera: “Artículo 42. Rehabilitación. Consiste en la habilitación de un bien cultural de acuerdo con las condiciones objetivas y ambientales que, sin desvirtuar su naturaleza, resalten sus características y permitan su óptimo aprovechamiento”.

Lo que protege este procedimiento con relación a los bienes sometidos a él; es la conservación de su naturaleza, de manera que sus características puedan efectivamente transmitir la historia que representa el bien, tanto en su forma, como el material aplicado. Como se puede apreciar, lo contempla la norma especial, como mecanismo de restitución de un bien, a su estado original más próximo. La Real Academia Española la define como: “Habilitar de nuevo o restituir a alguien o algo a su antiguo estado”. Constituye, por lo tanto, la conservación del bien.

3.3.5.3. Reconstrucción

De acuerdo a la definición que brinda el Decreto 60-69 del Congreso de la República, consiste en la acción de restituir aquel bien cultural que se ha perdido parcial o totalmente.

Es una forma de restitución de un bien afectado o perdido. Al respecto, y de acuerdo a la definición que nos brinda la Real Academia Española, es la siguiente: “Reparar o volver a construir una cosa destruida, deteriorada o dañada, generalmente edificios u obras de arte”. Es un juego de términos, que al final, se concluye que trata sobre la recuperación de los bienes dañados por medio de intervenciones específicas, para evitar la pérdida total y, en consecuencia, la historia que se encuentra detrás de cada bien, que en ella radica su importancia, porque transmiten la historia del pasado.

3.3.5.4. Consolidación

Es un procedimiento que implica realizar una serie de acciones específicas para hacer que una cosa, un objeto, y en el caso particular, para que un bien de categoría patrimonial, adquiera solidez o firmeza.

En la Carta de Atenas indica: “La consolidación debe prevalecer sobre cualquier otro tipo de restauración”. Al respecto de la consolidación, Bojórquez C, señala;

La consolidación como principio para la reversibilidad de daños a bienes culturales arquitectónicos, consiste en la introducción de elementos para asegurar la conservación del objeto o el conjunto de actividades y materiales tradicionales y modernos que tiene como objetivo aumentar la resistencia de los elementos arquitectónicos antiguos de tal manera que puedan mantenerse en su lugar y sean capaces de resistir daños y deterioro a lo largo del tiempo.

Tiene por objeto detener las alteraciones en proceso, detectadas en la exploración a través de la introducción de elementos que aseguren la conservación del objeto.

No solo la consolidación es necesaria sino también el mantenimiento continuo, ya que la falta de estos da lugar al deterioro progresivo del bien. Al momento de efectuarse una consolidación, debe tomarse en cuenta que los materiales a implementar sean los compatibles y recomendados por personal perito en la materia para no empeorar el estado del bien que se pretende consolidar, caso contrario se le podría ocasionar un daño de mayor grado y en el peor de los casos un daño irreparable o irreversible (2010. Recopilación General de Vocabulario en Materia del Patrimonio Cultural. Ministerio Público, Fiscalía de Sección de Delitos Contra el Patrimonio Cultural de la Nación).

De la lectura de las consideraciones del connotado maestro, experto en restauración de monumentos y catedrático de la Universidad de San Carlos de Guatemala, respalda que la consolidación, es un mecanismo idóneo para prolongar la vida útil de los bienes con categoría de patrimonio cultural de la nación, es decir sin esperar a que se produzca un daño, ya que el deterioro de los bienes patrimoniales se produce no solo por la intervención directa del hombre, sino por el solo hecho del transcurso del tiempo. También son factores que inciden el deterioro de los bienes patrimoniales, como lo es el clima y las inclemencias propias de cada época del año, es decir, que son factores propios de la naturaleza.

3.3.5.5. La liberación

Este procedimiento se aplica cuando se ha realizado sobre el bien cultural una práctica o intervención inadecuada, por ejemplo, realizar una restauración mediante procedimientos no recomendables, o que el material sea incompatible con el bien que se pretende restaurar. En consecuencia, en vez de hacer el bien, se causa un mal en el bien por negligencia, por lo tanto, su recuperación se realiza mediante la liberación del material aplicado. Es decir, retirar o quitar dicho material. También es aplicable cuando el sujeto activo del delito de depredación de bienes culturales, con el ánimo de modificar o alterar un bien cultural, se le aplica otros elementos con la intención de ocultar la identidad del bien o hacerla irreconocible. Al respecto, el citado maestro en restauración de monumentos Bojorquez C, indica:

La liberación, entonces, es una actividad técnica que tiene como base fundamental nunca dañar el bien cultural y si eliminar o reducir la incidencia de los elementos que tienden a ocasionar su menoscabo y tiene por objeto eliminar adiciones incompatibles con el bien afectado.

En los casos de alteración, la liberación procede cuando se han incluido elementos que alteran el espacio original del bien, por lo que la manera de restituirlo a su forma original es liberando lo realizado (2010 Recopilación General de Vocabulario en Materia del Patrimonio Cultural. Ministerio Público, Fiscalía de Sección de Delitos Contra el Patrimonio Cultural de la Nación).

Existe fundamento para la implementación de los mecanismos relacionados por lo que es razón suficiente para considerarlo dentro de los procedimientos para recuperación de un bien con categoría de patrimonio cultural, para su rescate y conservación. Por lo tanto, la propuesta del presente trabajo robustece en cuanto a que la aplicación de estos procedimientos, busca la recuperación de los bienes, que se hayan dañado por una acción lícita, pero que a pesar de la licitud del acto, se ha ocasionado un daño.

3.3.6. Con relación a la pena

Las penas que se han previsto en nuestra legislación para los delitos dolosos, contemplan penas distintas a los delitos culposos. Dichas penas se han fijado en atención no solo a la gravedad de los tipos penales, sino de acuerdo al grado de participación de los sindicados, tomando en consideración la voluntad y la intención manifiesta en el hecho antijurídico.

En nuestra legislación, el delito de homicidio, de conformidad con el artículo 123 del Código Penal, tiene contemplada una pena de 15 a 40 años de prisión. El delito de homicidio culposo, regulado en el artículo 127 del Código Penal, tiene asignada una pena de 2 a 5 años de prisión. En el primer caso, inmutable. En el segundo caso, sí es posible hacer aplicación del artículo 50 del Código Penal, en cuanto a la conmutación de la pena.

Los tipos penales que se han puesto de ejemplo, son delitos de resultado, en los cuales se requiere como presupuesto la muerte de una persona, tanto en el tipo doloso, como en el culposo. Pero a pesar de que en ambos tipos penales el bien jurídico tutelado

es la vida se puede apreciar una clara diferencia respecto a la pena que regulan, la cual se encuentra fijada en función de la intención y voluntad de ejecutar el hecho.

De acuerdo con el problema planteado en el presente trabajo de investigación, la pena establecida actualmente en el delito de depredación de bienes culturales, se encuentra dirigida a hechos de naturaleza dolosa, por lo tanto, la pena se encuentra establecida en función de las modalidades del tipo doloso, en consecuencia debería existir una pena dirigida en función de los casos cometidos por imprudencia, negligencia o impericia, naturalmente con parámetros menores para favorecer al sindicado.

3.3.6.1. La pena de prisión

Las penas privativas de libertad forman parte de la actividad punitiva del Estado, y por lo tanto, constituyen una intromisión estatal, respecto a la libertad individual de los seres humanos, protegida por la Constitución Política de la República, que la regula, controla, y restringe su aplicación, por constituir una excepción al sagrado derecho a la libertad y de locomoción.

La pena privativa de libertad debería cumplir con los fines de la pena, para que el condenado, efectivamente, logre su rehabilitación, reeducación y reformarlo para su nuevo encuentro con la sociedad. Lamentablemente, los centros de privación de libertad en nuestro medio se han convertido en el centro de perversión y los reos en peligrosos criminales.

La anterior consideración se ha realizado, ya que la propuesta inmersa dentro del presente trabajo, busca que la norma se enfoque en la recuperación de los bienes dañados a costa del infractor, resaltando la importancia de los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación, y ello sería posible porque la pena a aplicar en los casos cometidos culposamente, tendrían que tener una pena distinta a la actual, que es de seis a nueve años de prisión, por lo tanto inconmutables, lo que fuerza a que la persona tenga que experimentar la privación de su libertad, no obstante que el hecho se hubiera cometido por culpa, pero al no estar regulado en esa forma, se aplica erróneamente la norma sustantiva especial, contenida en el artículo 44 de La Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación.

3.3.6.2. *Requisitos para la conmutación de la pena de prisión*

La libertad no puede ser restringida sino en los límites establecidos en la ley. Para que la persona no se le restrinja sus derechos sino dentro de los límites absolutamente indispensables. Sin embargo, de acuerdo con el análisis de la norma objeto de estudio, en la forma como se encuentra regulada la pena, únicamente procede la pena privativa de libertad de seis a nueve años y en consecuencia la imposibilidad de que pueda ser conmutada, debido al parámetro de la misma ya que el artículo 50 del Código Penal, expresamente establece:

Artículo 50. Son conmutables:

1. La prisión que no exceda de cinco años. La conmuta se regulará entre un mínimo de cinco quetzales y máximo de cien quetzales por cada día atendiendo a la circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del penado.

2. El arresto

Como se puede apreciar, el límite que establece la norma, es que la prisión no exceda de cinco años, por lo tanto, siendo que en el delito de depredación de bienes culturales, la pena mínima establecida es de seis años, cierra toda posibilidad de que pueda ser conmutada la pena.

Ahora bien, la pena analizada se da con relación a los hechos cometidos en su modalidad dolosa, pero de acuerdo a la propuesta del presente trabajo, los hechos cometidos por naturaleza culposa tendrían que estar regulados con una pena distinta, y concretamente, menor que la impuesta para los tipos dolosos. Ello daría la oportunidad al penado de conmutar la pena en los casos en que los tribunales se vean en la necesidad de dictar una sentencia de carácter condenatoria, pero que naturalmente a dicha instancia se estaría agotando ante la renuencia del sindicato respecto a la recuperación del bien afectado. Ya que si dicha circunstancia se ejecuta, la misma fiscalía se vería en la obligación de requerir una salida alterna al proceso penal instruido.

3.3.6.3 La pena de multa

La pena de multa establecida en el artículo 44 del Decreto 26-97 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, se considera inviable en la propuesta del presente trabajo, en virtud de que si la norma busca la protección y recuperación del bien no tendría razón de ser que luego que el sindicato, a su costa se logró la recuperación del bien patrimonial, se le condene, asimismo, por una multa equivalente al doble del valor del bien patrimonial dañado, o deteriorado como lo establece la ley.

Se considera, que de conformidad con la ley, la multa es una pena cuyo destino son los fondos privativos del Organismo Judicial. Por lo tanto, no representa una norma encaminada a la recuperación, rescate o restauración del bien afectado, desatendiendo el espíritu de la norma especial, en todo caso, en los procesos, en los cuales se dicten sentencias condenatorias, en vez de la multa, debería regular, como pena accesoria, la reparación del bien afectado o dañado.

3.3.7. Con relación a las forma de terminación del proceso

Considerando la naturaleza de la solución propuesta, al establecerse una pena menor a los hechos cometidos por dolo, estaría habilitando la posibilidad de hacer aplicación en primer lugar de los institutos desjudicializadores del proceso penal, pues los mismos se han instituido para descongestionar el sistema de justicia en Guatemala, y se sometan a debate oral y público, únicamente aquellos que por su gravedad y en consecuencia las largas penas que contemplan, necesariamente sean ventilados y juzgados por medio de la fase procesal del debate oral y público. De acuerdo con nuestra normativa procesal, dentro de las salidas alternas al proceso penal se encuentran los siguientes:

3.3.7.1. Criterio de oportunidad

Su asidero legal se encuentra regulado en los artículos 25 al 26 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. Instituido como mecanismo de política criminal para la solución de los hechos sometidos al conocimiento del sistema de justicia guatemalteco y como tal, cumple con una función social dentro del proceso penal. Por su característica de ser medio de desjudicialización de un proceso

penal se encuentra también regulada su aplicación en el artículo 194, de la Ley de la Niñez y Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal.

Para su aplicación es necesario cumplir con los presupuestos establecidos en la norma y concretamente el contenido del artículo 25 del Código Procesal penal, que establece:

Artículo 25. Criterio de oportunidad. Cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos siguientes:

1. Si se tratare de delito no sancionados con pena de prisión.
2. Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular.
3. En los delitos de acción pública cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años, con excepción de los delitos tipificados en la Ley contra la Narcoactividad.
4. Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito, sea mínima.

De acuerdo con el análisis de los requisitos de la citada norma se establece que se podría aplicar la salida alterna en delitos de naturaleza culposa, en contra del patrimonio cultural de la nación, tal como ocurre en los delitos de lesiones culposas, homicidio culposo, por citar ejemplos que se caracterizan por los acuerdos a que arriban las partes procesales en las audiencias de junta conciliatoria. Para ello se confirma sobre la necesidad de crear la figura de la culpa en los delitos de depredación de bienes culturales, para que al momento de hacer aplicación de esta salida procesal en los casos concretos, exista certeza jurídica sobre su correcta aplicación, acorde a una calificación jurídica de los hechos, legalmente establecida en una norma, de acuerdo al principio de legalidad penal.

3.3.7.2. Suspensión condicional de la persecución penal

Esta figura procesal se encuentra regulada en el artículo 27 del Código Penal, constituye otra de las formas de finalización de un proceso, llamada también como medidas alternas al proceso penal. Contiene sus propias particularidades o requisitos

para su aplicación. Pero se diferencia del criterio de oportunidad al establecer que no se podrá aplicar a aquellas personas que han sido condenadas por delito doloso.

Asimismo, para su aplicación se requiere que la pena máxima señalada en el tipo penal en el cual se pretenda aplicar, no tenga señalada pena de prisión superior a los cinco años.

Dadas las particularidades de esta medida alterna al proceso penal, debería estar habilitada su aplicación en los hechos que se cometan en contra de bienes culturales por imprudencia, negligencia o impericia, pero la forma de la redacción actual de la norma resulta inaplicable, por la pena mínima que establece que es de seis años, de tal manera que al regularse la culpa, con su pena específica menor que la actual, se estaría habilitando la aplicación de este instituto desjudicializador.

3.4. Reparación digna

La reparación de los daños ocasionados emergentes a un delito es incorporado en el Código Procesal Penal al momento en que la legislación guatemalteca le da una participación activa a la parte agraviada, dentro del proceso penal.

La reparación digna consiste en la acción de restituir o reponer por parte de la persona sindicada dentro de un proceso penal, una pérdida o daño causada a una víctima. La reparación por medio de un pago monetario es una de las formas comunes de la reparación digna. La propia ley regula sobre su viabilidad, proporcionalidad, objetiva y que sea legal. Por lo tanto, se debe tomar en cuenta las condiciones físicas, psicológicas, económicas, sociales y culturales de la persona condenada a cubrir la misma.

En el artículo 124 del Código Procesal Penal se encuentra regulado, y se establece:

Artículo 124. Derecho a la reparación digna. La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible y, en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito; para el ejercicio de este derecho deben observarse las siguientes reglas:

1. La acción de reparación podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria. El juez o tribunal que dicte la sentencia de condena, cuando exista víctima determinada, en el relato de la sentencia se convocará a los sujetos procesales y a la víctima o agraviado a la audiencia de reparación, la que se llevará a cabo al tercer día.

2. En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización, la restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme a las reglas probatorias y, pronunciarse la decisión inmediatamente en la propia audiencia.

3. Con la decisión de reparación, y la previamente relatada responsabilidad penal y pena, se integra la sentencia escrita.

4. No obstante lo anterior, en cualquier momento del proceso penal, la víctima o agraviado podrán solicitar al juez o tribunal competente, la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar los bienes suficientes para cubrir el monto de la reparación.

5. La declaración de responsabilidad civil será ejecutable cuando la sentencia condenatoria quede firme.

Si la acción reparadora no se hubiere ejercido en esta vía, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil”.

La incorporación de la reparación digna dentro del Código Procesal Penal busca la reparación del daño ocasionado como consecuencia de un ilícito penal, como un derecho exclusivo que le asiste a la víctima. Constituye un reconocimiento a su favor, por cuyo

derecho deberá velar la fiscalía para hacerla efectiva al dictarse la sentencia condenatoria, ya que es necesario someterlo al procedimiento probatorio para establecer el monto de la reparación en caso de que el mismo se realice en carácter monetario.

Lo anterior obedece a que, en algunos casos, las personas que aparecen como agraviadas dentro de un proceso penal solicitan cantidades monetarias de difícil cumplimiento para los incoados, por lo tanto, corre a cuenta del tribunal, para fiscalizar que la misma reúna las circunstancias de proporcionalidad para que sea justa y responda a una pretensión legítima, por lo tanto legal, de conformidad con lo que regula el artículo 5 del Código Procesal Penal, de la tutela judicial efectiva, tanto para el agraviado como para el sindicado.

3.5. Confrontación de la propuesta con el derecho comparado

El derecho comparado consiste en el proceso de comparación de la norma de un Estado, con la norma de otro Estado distinto. Es decir consiste en el método de estudio del derecho que se fundamenta en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen distintos ordenamientos jurídicos, con relación a un mismo caso planteado, por lo tanto, dependerá del problema planteado.

En el presente caso, acudir al derecho comparado o legislación comparada, lleva como objetivo el de respaldar con otras legislaciones la propuesta planteada, y demostrar no solo su viabilidad, sino que, la existencia de la figura procesal propuesta en otras legislaciones del mundo que cuentan con bienes con categoría de patrimonio cultural.

Es importante mencionar que el presente trabajo sienta sus bases de propuesta, sobre la existencia de una propia ley especial interna, que es la Ley Protectora de la ciudad de La Antigua Guatemala, por lo tanto, las legislaciones de otros países robustecerán la propuesta. Para el efecto se citan las siguientes legislaciones.

3.5.1. Legislación venezolana

En el artículo 44 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, de la República de Venezuela, en el apartado de las sanciones, establece:

Artículo 44. Quedan obligados a una participación activa en pro de la defensa, rescate y conservación del patrimonio cultural de la República todos los ciudadanos que habiten en su territorio,

Será penado con dos (2) a cuatro (4) años de prisión quien destruya, deteriore o dañe cualesquiera de los bienes establecidos en los artículos 2.º y 6.º de esta Ley.

Artículo 45. El que por haber obrado con imprudencia o negligencia; o bien con impericia en su profesión, arte o industria; o por inobservancia de esta ley, de sus reglamentos, normas, órdenes escritas o disposiciones oficiales ocasionen algún daño a esos bienes, será sancionado con la mitad de la pena anterior.

La legislación venezolana, con grandes riquezas en materia de patrimonio cultural, se puede verificar, en cuanto a la regulación de la hechos que se puedan suscitar en contra de sus bienes culturales, pero que los mismos se deriven por negligencia, imprudencia, o impericia, y tal como se recoge de nuestra norma sustantiva penal guatemalteca, regula inclusive la figura de la impericia.

Asimismo, se establece, que como resultado de dicha regulación, al tenor de la naturaleza de los hechos de carácter culposos, se puede verificar, que la pena asignada es inferior, porque los autores de tales delitos sobre la base de la culpa, deben tener un trato procesal distinto a los delitos cometidos dolosamente.

3.5.2. Legislación chilena

En la legislación chilena, en el Decreto Legislativo N° 635, específicamente en el artículo 228, regula:

Artículo 228. El que destruye, altera, extrae del país o comercializa bienes del patrimonio cultural prehispánico o no los retorna de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

En el caso que el agente sea un funcionario o servidor público con deberes de custodia de los bienes, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

Artículo 229.- Omisión de deberes de funcionarios públicos.

Las autoridades políticas, administrativas, aduaneras, municipales y miembros de la Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional que, omitiendo los deberes de sus cargos, intervengan o faciliten la comisión de los delitos mencionados en este capítulo, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con treinta a noventa días-multa e inhabilitación no menor de un año, conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 3.

Si el agente obró por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de dos años (el subrayado y la negrilla es propio).

De acuerdo con el planteamiento del problema del presente trabajo de investigación, es importante resaltar, la existencia de la figura de la culpa, el tipo penal, así como el beneficio de una pena inferior, a diferencia de la cometida por dolo. Asimismo, también resulta importante recalcar que, si bien es cierto, en la norma en análisis no tiene la denominación como es el caso de la legislación guatemalteca (delito de depredación de bienes culturales); pero de acuerdo a la naturaleza de la norma, versa precisamente sobre delitos en contra del legado patrimonial de los ciudadanos chilenos, y cuyos legisladores, efectivamente, previeron la figura de la culpa, en defensa jurídica de sus bienes con categoría de patrimonio cultural.

3.5.3. Legislación costarricense

En el país centroamericano en la Ley Número 7555, Ley del Patrimonio Histórico Arquitectónico de Costa Rica, en el artículo 20 regula los siguientes.

Artículo 20º.- Prisión. Será sancionado con prisión de uno a tres años, quien dañe o destruya un inmueble declarado de interés histórico-arquitectónico.

También, será sancionado con multa de veinte a veinticinco veces el salario base, quien efectúe construcciones, reparaciones y cualquier otra clase de obras, en un bien declarado de interés histórico-arquitectónico, sin la autorización indicada en el inciso h) del artículo 9, siempre que no se configure el delito tipificado en el artículo 20.

La normativa costarricense se ha citado en el presente trabajo derivado que, como parte de la problemática, se ha expuesto en los casos en que las personas particulares pueden ocasionar daño a un bien inscrito como patrimonio cultural, derivado que durante

un proceso de restauración, efectúen una inadecuada intervención, o la aplicación de materiales incompatibles, lo que da lugar a la alteración del bien protegido y en consecuencia su deterioro progresivo, que son verbos rectores del delito de depredación de bienes culturales.

Derivado de lo anterior, se considera que dichas personas deberían tener un trato distinto dentro de un proceso penal, al advertir que el hecho se suscita, por la negligencia del profesional del restaurador a cargo, sin intención evidente de dañar el bien. Y el en caso concreto de la legislación en estudio, se puede advertir que en esos casos únicamente contempla una sanción de multa, descartando la prisión, lo que en la legislación actual es de 6 a 9 años de prisión.

3.5.4. Legislación española

Respecto a la legislación española, considerando que gran partes de nuestra legislación se basa en la normativa de dicha nación, se puede establecer la regulación que contiene el artículo 324 del Código Penal español, que establece lo siguiente:

Artículo 324. El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de los mismos.

Es evidente la regulación de la figura de la imprudencia en el tipo penal, que regula la protección del patrimonio cultural de los ciudadanos españoles, y que corresponden al viejo mundo, por lo tanto, de acuerdo a la historia del surgimiento del derecho dicha nación contiene una gran riqueza en su legislación, que ha sido copiado por diversas legislaciones, entre ellas, la guatemalteca.

3.5.5. Legislación mexicana

Finalmente, se trae como referencia la legislación mexicana. En el título octavo, denominado “de la imposición de sanciones”, en el artículo 128 de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Urbanístico Arquitectónico del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos, se extrae lo siguiente:

Artículo 128.- Sin perjuicio de que se generen otro tipo de responsabilidades por las conductas descritas, se hará acreedor a una multa de hasta trescientos días de salario mínimo vigente quien incurra en las siguientes conductas:

I.- Destruya o deteriore intencionalmente o por negligencia un bien del patrimonio urbanístico arquitectónico.

En todo caso, el infractor deberá reparar el daño causado al monumento o espacio abierto monumental. Cuando el daño sea de imposible reparación, según lo determinen al menos dos especialistas en la materia, el infractor podrá ser obligado a solventar, en todo o en parte, los gastos correspondientes a la salvaguarda de otro bien del patrimonio urbanístico arquitectónico.

La importancia del aporte de la norma mexicana transcrita es que regula tanto si el hecho se comete intencionalmente o por negligencia. La observación no radica en por qué la misma sanción en ambas modalidades, si es evidente que por un lado existe intención, pero por el otro, hay ausencia de la voluntad; sino en la regulación de ambas figuras, y la recuperación del bien que es de carácter imperativo.

Con base en lo anterior, y todas las consideraciones tanto en la doctrina como en la legislación realizadas a lo largo del presente trabajo de investigación, que se sustenta en normas locales como internacionales se arriba y, por lo tanto, se concluye, sobre la existencia del problema planteado, la confirmación de la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación, y se reafirma acerca de la solución a la problemática advertida, en cuanto a la necesidad de la regulación de la figura de la culpa en el delito de depredación de bienes culturales, del Decreto 60-69 del Congreso de la República de Guatemala.

3.6. Conclusiones

- I. Existe marcada diferencia entre los tipos penales culposos y dolosos. En ningún momento uno invade el campo del otro. Teórica y jurídicamente existen elementos concretos que distingue uno del otro. Por lo tanto las penas previstas en los tipos dolosos son mayores a los tipos culposos, por la intención y voluntad del sujeto activo del delito de generar un hecho prohibida por una norma.
- II. Efectivamente, se registran hechos cuyo bien jurídico tutelado es el patrimonio cultural de la nación y se cometen por casos fortuitos o por mero accidente; por lo tanto, frente a tales acciones, el bien jurídico tutelado se encuentra en un estado de desprotección, porque no se encuentra regulado en la norma sustantiva especial, ni en el Código Penal lo relativo a dichas circunstancias, es decir, el delito de depredación de bienes culturales en su modalidad culposa.
- III. Al no estar regulada la culpa en el delito de depredación de bienes culturales, establecido en el artículo 44 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, provoca la falta de una protección jurídica integral de los bienes con categoría de patrimonio cultural, y la falta de certeza jurídica para el juzgamiento de los hechos cometidos en contra de los citados bienes culturales, en su modalidad culposa.

3.7. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Barrios Osorio, Omar. (2010). Textos Educativos.

Bazigalupo Z. E. (1996). Manual de derecho penal, parte general. Santa Fe de Bogotá Colombia. Editorial Temis. S.A.

De León V., y Mata V. F. (1998). Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial. Guatemala. Editorial Lerena.

Girón Palles, J. (2013). Teoría del delito. Guatemala.

Jiménez de Asúa, L. (1958). Principios del derecho penal, la ley y el delito. Buenos Aires, Argentina. Editorial Sudamericana.

Muñoz Conde F. (2010). Teoría general del delito. Bogotá Colombia. Editorial Temis S.A.

Lima Castillo, Astrid Idalia. (2015). El delito. Tesis de Grado, Universidad Rafael Landívar. Guatemala.

Soler, Sebastian. (1992). Derecho penal argentino II. Tipografía Argentina, Buenos Aires.

Zafarroni, E. (1981). Tratado de derecho penal, parte general. Argentina. Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires.

Diccionarios

Grupo Océano. (2000). Diccionario enciclopédico. Barcelona, España. Grupo Editorial S.A.

Moro T. Fundación. (1998). Diccionario jurídico Espasa. España. Editorial España, Calpe S.A.

Osorio M. (1996). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Argentina. Editorial Heliasta.

Diccionario escolar, Larousse básico. Ediciones Larousse S.A. 1.º Ed. 1.º Reimpresión.

Legislación

1. Constitución Política de la República de Guatemala

2. Decreto Ley 106, Código Civil y sus reformas.
3. Decreto número 17-73 del Congreso de la República, Código Penal
4. Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, Código Procesal Penal y sus reformas.
5. Decreto número 60-69 del Congreso de la República, Ley Protectora de la ciudad de La Antigua Guatemala.
6. Decreto número 26-97 del Congreso de la República, Ley Para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación. Reformado por el Decreto número 81-98.

Normas internacionales

Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural. Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 17.º Reunión celebrada en París del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972.

Convención Sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Otros textos

Castillo González, Jorge Mario, Constitución Política comentada. Textos Modernos. Guatemala, 2000.

Caballero Aguirre, Higinio. Publicada el 17 de noviembre de 2003. Panamá.

<https://burica.wordpress.com/2003/11/17/los-derechos-difusos-como-garantias-de-tercera-generacion/>. Página consultada el 09 de mayo de 2018, a las 19:14 horas.

Manlio Frig. 30 de junio de 2004. Artículo, Revista Internacional de la Cruz Roja. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/63hkc3.htm>. Página consultada el 26 de abril de 2018.

Ministerio de Cultura y Deportes. <http://mcd.gob.gt/se-presenta-denuncia-contra-responsable-de-danos-a-fuente-de-carlos-iii/> Publicada el 23 de enero de 2017. Consulta realizada el 8 de mayo de 2018, a las 19:10 horas.

Mundo chapin Guatemala. <https://mundochapin.com/2017/12/patrimonio-cultural-intangible-de-la-nacion/43746/>. Publicado en el año 2017. Consultada el: 30 de mayo de 2018, a las 21:36 horas.

Procuraduría de Derechos Humanos. <https://www.pdh.org.gt/la-pdh/derechos-humanos/que-son.html>. Consultada el 11 de mayo de 2018, a las 18.35 horas.

Soy502. <http://www.soy502.com/articulo/ministerio-cultura-denuncia-joven-choco-contra-plaza-espana-71746>. Consultada el 7 de mayo de 2018, a las 19:07 horas.