

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

ANALISIS CRITICO JURIDICO DOCTRINARIO
DEL DECRETO 36-94 DEL CONGRESO DE LA
REPUBLICA (LEY PENAL DE PROTECCION AL
PATRIMONIO HISTORICO Y ARTISTICO DEL PAIS)

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

POR

GERARDO EUGENIO SILVA MENCOS

Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre de 1996

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

U
T(3185)
C.4

JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I	Lic. Luis César López Permouth
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III	
VOCAL IV	Br. Homero Iván Quiñónez Mendoza
VOCAL V	Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel
SECRETARIO	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

PRESIDENTE	Lic. Oscar Mendieta Ortega
VOCAL	Lic. Luis Alfredo Zeceña López
SECRETARIO	Lic. Rodrigo Herrera Moya

Segunda Fase:

PRESIDENTE	Lic. Roberto Samayoa
VOCAL	Lic. Ronald Colindres Roca
SECRETARIO	Lic. Víctor Manuel Hernández

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



Señor Decano
Lic. José Francisco De Mata Vela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
27 SET. 1966
RECIBIDO
Escriba LA 1930
OFICIAL

Señor Decano:

Por este medio me dirijo a usted, con el objeto de informarle que oportunamente fui notificado de la resolución a través de la cual se me nombró como asesor del Bachiller GERARDO EUGENIO SILVA MENCOS, sobre el trabajo de tesis denominado "ANALISIS CRITICO JURIDICO DOCTRINARIO DEL DECRETO 36-94 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA (LEY PENAL DE PROTECCION AL PATRIMONIO HISTORICO Y ARTISTICO DEL PAIS)".

El trabajo presentado por el Bachiller SILVA MENCOS, constituye un importante aporte a la Bibliografía existente con relación a los medios de protección del patrimonio cultural del país. Estimo que el análisis crítico que se hace sobre el Decreto 36-94 del Congreso de la República, ha sido enfocado acertadamente, puesto que de manera técnica el autor llega a la inevitable conclusión de que la ley mencionada, debido a una mala estructuración de los tipos penales que contiene, no cumple con proteger debidamente el Patrimonio Histórico y Artístico del país.

Lo anterior Señor Decano, me lleva a afirmar, que el trabajo de tesis elaborado por el Bachiller SILVA MENCOS, sí llena los requisitos reglamentarios exigidos, por lo tanto, debe aprobarse y servir de base al Examen Público del autor.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAN A TODOS"

Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
ASESOR

CEGB/zlrl

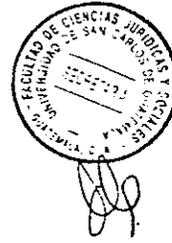
c.c. Archivo

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Calle, Centro Histórico



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES,
Guatemala, treinta de septiembre de mil novecientos noventa y seis. -----

Atentamente, pase la LICDA. ROSA MARIA RAMIREZ SOTO, para que proceda a Revisar el Trabajo de Tesis del Bachiller JERONIMO EUSEBIO SILVA MENCOS y en su oportunidad emita el dictamen correspondiente. -----

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]



alhj.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

Licda. Rosa María Ramírez Soto
ABOGADA Y NOTARIA

3129-96

Guatemala, 17 de octubre de 1996.-

LICENCIADO

JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Señor Decano:

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

17 OCT 1996
H. H. H. H.
Hora: 19:30
OFICIAL

De manera atenta me dirijo a Usted, para manifestarle que he revisado el trabajo de tesis del Bachiller GERARDO EUGENIO SILVA MENCOS, denominado "ANÁLISIS CRÍTICO JURÍDICO DOCTRINARIO DEL DECRETO 36-94 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (LEY PENAL DE PROTECCIÓN AL PATRIMONIO HISTÓRICO Y ARTÍSTICO DEL PAÍS)".

El análisis del Decreto número 36-94 del Congreso de la República, realizado por el Bachiller Silva Mencos es importante porque a través de él, se llega a establecer que el patrimonio cultural del país no está adecuadamente protegido por nuestra legislación penal. Por lo que considero que el trabajo de investigación cumple con los requisitos reglamentarios, pudiéndose ordenar la impresión del mismo para los efectos correspondientes, por lo antes expuesto mi dictamen es FAVORABLE.

Respetuosamente,

LICDA. ROSA MARÍA RAMÍREZ SOTO DE ESPINOZA
ABOGADA Y NOTARIA

LICDA. ROSA MARÍA RAMÍREZ SOTO DE ESPINOZA
ABOGADA Y NOTARIA

3a. Avenida 17-47, Zona 1 - Teléfono 27990 - Guatemala, C. A.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



ACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
Calle de Universidad, s/n, 12
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, veintitres de octubre de mil novecientos noventa y seis. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden se autoriza la Impresión del trabajo de tesis del Bachiller GEPARDO EUGENIO SILVA MENCOS intitulado "ANALISIS CRITICO JURIDICO DOCTRINARIO DEL DECRETO 36-94 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA (LEY PENAL DE PROTECCION AL PATRIMONIO HISTORICO Y ARQUITECTONICO DEL PAIS)", Artículo 22 del Reglamento para Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis.-----

alhj.

[Handwritten signature]



PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

ACTO QUE DEDICO

- A DIOS** Ser supremo que me ha guiado y protegido en todo momento y me ha concedido alcanzar esta meta.
- A LA MEMORIA DE MI PADRE** Licenciado Eugenio Silva Peña, como un humilde tributo.
- A MI MADRE** Irma Isabel Mencos Reyes, con eterna gratitud, por su amor, abnegación e irrestricto apoyo espiritual y material.
- A MIS HERMANOS** Irma Josefina, Mario Ernesto y Luis Fernando, por su comprensión y apoyo.
- A LOS LICENCIADOS** Carlos Estuardo Gálvez Barrios y Rosa María Ramírez Soto de Espinoza, con respeto y admiración.
- A MIS AMIGOS** Que de una u otra forma contribuyeron a la realización de éste trabajo, especialmente a Mario Gilberto González Versluys.
- A LA TRICENTENARIA** Universidad de San Carlos de Guatemala, y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberme otorgado el privilegio de estudiar en sus aulas.

ÍNDICE

	Pág.
RODUCCION	i
CAPITULO 1	
DELITO:	
. Concepto	1
. La Acción	4
.1. Los sujetos de la acción	4
.2. Tiempo y lugar de la acción	5
. Objeto material del delito	6
. Elementos	6
.1. La tipicidad	7
.2. La antijuricidad	8
.3. La culpabilidad	10
CAPITULO 2	
PENA:	
. Evolución histórica	13
. Definición	14
. Características	15
. Clasificación de las penas	16
. Teorías sobre la pena	20
.1. Teorías absolutas de la pena	20
.2. Teorías relativas de la pena	20
. Fines de la pena	21
. Criterio de determinación de la pena	22
. Sistema de determinación de la pena seguido por la legislación penal guatemalteca.	26
CAPITULO 3	
PENAL DE PROTECCIÓN AL PATRIMONIO HISTÓRICO Y ARTÍSTICO DEL PAÍS	
. Contenido del decreto 36-94 del Congreso de la República	29
. Análisis de los términos empleados en el decreto 36-94 del Congreso de la República.	31

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

3.3.	Análisis del bien jurídico tutelado por el decreto 36-94 del Congreso de la República.	3
3.4.	Análisis de los delitos y las penas establecida en el decreto 36-94 del Congreso de la República	4
3.5.	Sistema de determinación de la pena seguido por el decreto 36-94 del Congreso de la República.	4
3.6.	Legislación referente al patrimonio cultural del país	4
CONCLUSIONES		5
RECOMENDACIONES		5
BIBLIOGRAFIA		5

INTRODUCCION

El patrimonio cultural del país es un bien jurídico de particular importancia que ha carecido hasta la fecha de una adecuada protección legal. A pesar de existir convenios internacionales, normas constitucionales, normas ordinarias, y normas reglamentarias que se refieren a estos bienes, no se ha logrado una efectiva tutelaridad por diversas razones. La falta de positividad de la legislación mencionada se debe básicamente a que no se ha establecido con claridad en que consiste el patrimonio cultural de país, y en materia penal, no se ha legislado con la especial atención que el tema amerita.

Con la creación del decreto 36-94 del Congreso de la República, "Ley Penal De Protección Al Patrimonio Histórico y Artístico del País", parecía haberse atendido por fin el problema, pero de un somero análisis a la citada ley, se establece que no llena las expectativas de protección que merece un conjunto de bienes de tan especiales características. En efecto, al analizar el contenido de la ley citada supra, queda evidenciado que no corresponde al bien jurídico que pretende tutelar, ya que se refiere exclusivamente a objetos de índole religiosa, que si bien necesitan una especial protección legal, representan únicamente una pequeña parte del patrimonio cultural del país.

Por otro lado, existen graves errores conceptuales en su contenido, producto de la utilización de términos, cuyo significado establecido de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, hacen de ésta una ley de imposible aplicación en determinados casos.

La doctrina penal moderna ha establecido criterios de determinación de la pena, que corresponden a los fines que la misma persigue, y que son producto de una normal evolución científica en este campo. Sin embargo, la ley objeto de este estudio establece penas fijas, es decir, sin posibilidad de regulación y, que además, en virtud de la desproporción existente entre el delito y la pena, resultan excesivas, tomando así la dirección contraria a la que señala la ciencia del derecho penal.

Se hace pues necesario y urgente, emitir las normas penales pertinentes que protejan efectivamente el patrimonio cultural del país antes de que la depredación constante de que este es objeto, haga innecesaria su emisión, por no existir ya bienes de esta naturaleza.

CAPITULO 1

EL DELITO

1.1. Concepto:

Según José María Rodríguez Devesa, la palabra delito procede de delictum, que idiomáticamente significa abandonar el camino prescrito por la ley.

El autor citado define el delito como una acción típicamente antijurídica y culpable a la que esta señalada una pena.

Las características básicas son la acción, la antijuricidad y la culpabilidad. Por eso se habla de una concepción tripartita. Antón Oneca, dice que las características del delito son: acción, antijuricidad, culpabilidad y penalidad. Cuello Calón, dice que delito es la "acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena". Ferrer, dice que delito es la "acción típicamente antijurídica, culpable y punible". Jiménez de Asúa, indica que delito es el acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o en ciertos casos con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella". Quintano, dice que delito es toda acción típica, antijurídica, culpable y punible". Del Rosal, define el delito como la "acción humana de un determinado autor, típicamente antijurídica, culpable y punible". Cajas y Miguel, se adhieren a la definición de Mezger, "acción típicamente antijurídica y culpable". Mendoza,, dice que el delito es un "acto típico antijurídico, imputable, sancionado con una pena adecuada". Novoa, dice que delito es la "conducta típica, antijurídica y culpable (reprochable).

Soler, indica que delito es la "acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal".¹

Indica Rodríguez Devesa, que acción equivale a conducta humana; la antijuricidad significa que el acto ha de ser contrario a derecho; típicamente es ajustándose a uno de los tipos contenidos en la ley penal; y que la acción ha de ser culpable, significa que ha de ser imputable a título de dolo o culpa, siempre que no concurra una causa de no exigibilidad. Expresa el autor citado que respecto a la

¹ Citados por Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, Parte General, Pág. 367

punibilidad, hay quienes piensan que su mención es tautológica, porque incluiría en el presupuesto: delito, lo que es su consecuencia: la pena. Según él, éste argumento tendría fuerza si toda conducta típicamente antijurídica y culpable estuviera sancionada con una pena. Pero esto no es así, dice. También en otras ramas del Derecho hay conductas típicamente antijurídicas y culpables, y sin embargo, no llevan consigo una pena. La punibilidad es la diferencia última entre el ilícito penal y las demás conductas antijurídicas, concluye. Respecto a esta última afirmación, a criterio de quien escribe estas líneas, cualquier concepto debe referirse a la esencia de lo que se pretende conceptualizar, por tanto, resulta falso tratar de establecer el concepto del delito en base a un elemento que supuestamente haría la diferencia entre el ilícito penal y las demás conductas antijurídicas. El hecho de que sólo al delito se asocie una pena, no implica que esta última forme parte de la esencia del delito.

Raúl Carranca y Trujillo² señala que el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas con la consiguiente mutación moral y jurídico-política. Indica que lo más que podría decirse del delito filosóficamente considerado es que consiste en una negación del derecho o en un ataque al orden jurídico; o bien, que es la acción punible, lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana, con exclusión de otra cualquiera.

Modernamente se han formulado numerosas definiciones de delito, pero, como noción jurídica basada en la violación de la norma recogida por el precepto penal al formular los tipos de delito, ha construido Belling³ la siguiente: "Es una acción -conducta humana- típica, contraria a derecho -antijurídica-, culpable -reprochable-, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad". Sin embargo, Carranca y Trujillo observa: El vago epíteto que habitualmente se añadía a la "Acción típicamente antijurídica y culpable" para completar el concepto del delito, el epíteto "conminada con una pena", sólo gana firmeza cuando se manifiesta claramente que por hoy sólo pueden caer bajo la

² Carranca y Trujillo Raul, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Pág. 220

³ Citado por Carranca y Trujillo Raul, Ob. Cit. Pág. 222

amenaza penal los tipos de delito firmemente perfilados. Sobre la sanción penal como elemento integrante del concepto de delito, las modernas soluciones doctrinales aclaran que, por ser la sanción una consecuencia, lógicamente no forma parte de la esencia del concepto.

Fontan Balestra⁴ expresa que el delito es esencialmente acción, afirmación con la cual, según él se alcanzan los siguientes resultados: a) máxima igualdad posible ante la ley; a igualdad de conductas, igualdad de escalas penales; no se pena a nadie por lo que cree o piensa, sino por lo que ha hecho: no tiene cabida el delito de opinión, las ideas no son punibles; no se pena a nadie por lo que es, sino por lo que ha hecho: las condiciones personales no pueden fundamentar una pena; sólo una acción puede acarrear otras consecuencias del Derecho Penal distintas de la pena.

Se han propuesto distintas expresiones para reemplazar la palabra "acción", al dar el concepto del delito: Hecho, acto, conducta, acontecimiento, todas válidas, pues no afectan el fondo del concepto.

Sebastián Soler emplea el término acción, aclarando que ha de ser entendida en ampísimo sentido, comprendiendo tanto la conducta humana como el resultado que produce; tanto la comisión como la omisión.

Rodríguez Devesa indica que la palabra "acción", en un sentido amplio comprende lo mismo acción que omisión, es decir, cualquier comportamiento humano. Se emplea también para designar el movimiento corporal por oposición al resultado. Y como equivalente a delito, comprensiva de la totalidad de sus elementos: acción criminal, acción punible. Esto, prescindiendo de las acepciones procesales. Ante esa falta de precisión del lenguaje, algunos escritores prefieren hablar de conducta humana, expresión más inequívoca.

Para Juan Bustos Ramírez⁵ el delito es una "conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable. Conceptualiza la tipicidad como la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal; la antijuricidad,

⁴ Fontan Balestra Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo Y, Parte General, Pág. 357

⁵ Bustos Ramírez Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, Pág. 130

como la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico; y la culpabilidad como juicio de reproche, porque el sujeto pudo actuar de otro modo, es decir, conforme al orden jurídico. La anterior se considera la más acertada definición de delito, con la cual coincide Enrique Bacigalupo.

1.2. La acción

Concepto:

Para Rodríguez Devesa⁶ la acción es un acaecimiento previsto en la ley y dependiente de la voluntad humana. Por consiguiente, es un comportamiento humano, un acto atribuible a un ser humano, esto es, no sujeto a la inexorable ley de la causalidad, caracterizado por dos notas: a) Ser un acaecimiento dependiente de la voluntad humana, el cual puede consistir en una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos (resultado), en un simple movimiento corporal, en la no evitación de un resultado o en la no realización de una determinada actividad. b) Ser un acaecimiento previsto en la ley penal.

1.2.1. Los sujetos de la acción:

En toda acción hay un sujeto que realiza, sujeto activo; pero también otro, el sujeto pasivo, que es el titular del interés protegido.

Sujeto activo, dice Rodríguez Devesa, es el que realiza la acción, el comportamiento humano descrito en la ley. Al ser la acción un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida ni por consiguiente realizada sino por una persona humana. No pueden ser sujeto activo las cosas inanimadas, ni los animales. No puede negarse que las personas jurídicas (colectivas) tienen capacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes, y por ello, en principio podrían ser sujetos activos de un delito. Pero les falta la capacidad de culpabilidad (la culpabilidad es siempre individual) y la capacidad de pena (por el principio de personalidad de las penas).

⁶ Rodríguez Devesa, Ob. Cit. Pág. 369

Dice Rodríguez Devesa, que del conjunto del ordenamiento penal (se refiere al español), se desprende por consiguiente, una restricción: sólo el hombre como individuo, puede ser sujeto activo del delito.

Sin embargo, en Guatemala, la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto 48-92 del Congreso de la República, establece: Artículo 10: Autoría- personas jurídicas- "Serán Imputables a las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad penal de sus representantes, los delitos previstos en esta ley, cuando se trate de actos realizados por sus órganos regulares, siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios".

Además, es necesario mencionar que en el Proyecto de Código Penal para la República de Guatemala, se contempla un título que se refiere a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Puede deducirse pues, que las personas jurídicas colectivas al menos en este país, sí tienen responsabilidad penal; sí pueden ser sujeto activo de delitos, situación cuya validez desde el punto de vista doctrinario, no se analiza en este trabajo, por exceder sus límites.

El sujeto pasivo del delito es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito. Sujeto pasivo puede ser lo mismo un individuo, un grupo social, una persona jurídica colectiva, o el propio Estado, inmediatamente en algunos delitos, por ejemplo, contra su existencia como tal ente soberano e independiente; de modo mediato en los demás delitos en cuanto encarna el interés de la sociedad en que sean respetados los bienes jurídicos que el Derecho Penal tutela.

No pueden ser sujetos pasivos los cadáveres. Su profanación se castiga por el ultraje que supone contra el sentimiento colectivo de piedad hacia los difuntos; las ofensas a su memoria, porque trascienden a los parientes vivos. Tampoco los animales. Allí donde constituye delito el maltratarlos, la razón estriba en la lesión de los sentimientos de quienes presencian tales hechos o tienen noticia de ellos.

1.2.2. Tiempo y lugar de la acción:

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

La determinación del momento y el lugar en que se ha cometido la acción tiene importancia para numerosas cuestiones. Entre ellas están: la determinación de la ley penal aplicable en relación al territorio, la determinación de la competencia de los tribunales (que tiene como base normalmente el lugar de comisión del delito), la aplicación de la ley penal en función de sus límites de vigencia temporal y otras.

El decreto 17-73 del Congreso de la República establece: Tiempo de comisión del delito, artículo 19: "El delito se considera realizado en el momento en que se ha ejecutado la acción. En los delitos de omisión en el momento en que debió realizarse la acción omitida". Lugar del delito, artículo 20: "El delito se considera realizado: en el lugar donde se ejecutó la acción, en todo o en parte; en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado y en los delitos de omisión, en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida".

1.3. Objeto material del delito:

El objeto material del delito es la persona o cosa sobre la cual recae la acción del delito. No todos los delitos tienen un objeto material. No lo hay en los delitos puros de omisión y tampoco en los de simple actividad. Solamente puede darse en los delitos de resultado, donde la acción trasciende produciendo una modificación en el mundo exterior.

El objeto material puede coincidir con el sujeto pasivo⁷. Por ejemplo en el delito de homicidio el sujeto pasivo es la víctima, pero también es la persona sobre la que recae la acción de matar. Conceptualmente sin embargo, sujeto pasivo y objeto material son a todas luces diferentes.

No debe confundirse el objeto material con el llamado "objeto jurídico" u objeto de ataque, que es el bien jurídico que se trata de proteger al incriminar la conducta en cuestión. En todos los delitos hay un interés jurídicamente protegido, lo que no ocurre, con el objeto material.

1.4. Elementos

⁷ Rodríguez Devesa, Ob. Cit. Pág. 380

1.4.1. La tipicidad:

Cuando en el año de 1906 publica Belling su trascendental trabajo Teoría del Delito, hace configurar a la tipicidad como el carácter fundamental de la infracción: que el acto sea típico es -dice- la condición sine qua non y el elemento esencial para poder catalogar criminalmente el hecho del hombre.

Para configurar la tipicidad de los numerosos hechos de la vida real, afirma Belling, el legislador realiza un proceso de abstracción, por virtud del cual, eliminando los elementos accidentales, estampa en la ley, a manera de síntesis, las líneas generales del hecho delictivo. De esta manera los hechos de la vida real pueden pasar a ser hechos típicos, penalmente hablando. Es decir, poseer la condición de quedar conformes o poder subsumirse dentro de las figuras descritas por el legislador. Pero Belling dice que esta actuación del legislador es meramente descriptiva, que el tipo es una mera descripción y, por tanto, algo vacío, incoloro, ausente por completo de valoración y, además, independiente de los demás caracteres del delito.

Esta primera concepción de la tipicidad suscitó una fuerte controversia. El desarrollo posterior de la doctrina va dejando atrás ese sentido vacío de la tipicidad, dotándola en cambio, de contenido. Las fases de la evolución son dos: la primera, que podría denominarse fase de transición, está representada por la postura de M.E. Mayer, quien, sin abandonar la tesis de Belling en orden a la autonomía de los elementos, concibe ya la tipicidad como algo que lleva en sí un "valor indiciario", pues entiende que el hecho de que una conducta sea típica es ya un indicio de su antijuricidad. Para él, pues, la tipicidad es la "ratio cognoscendi" de la antijuricidad.

La otra fase, que puede denominarse fase de superación, esta representada por la concepción de Mezger, que considera a la tipicidad no como ratio cognoscendi de la antijuricidad, sino como "ratio essendi" de la misma; es decir, que sin la tipicidad la antijuricidad penal no existe. Ahora bien, la tipicidad puede "desconectarse" de la antijuricidad, pero no con la autonomía inicial de que habla Belling, sino cuando concurre una causa de exclusión del injusto. Entonces tenemos hechos típicos no antijurídicos; es decir, la antijuricidad penal no puede existir sin

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Centro

tipificación, pero la tipicidad sí puede existir sin antijuricidad, cuando concurren aquellas causas que la excluyen (causas de justificación).

Se puede resumir el desarrollo doctrinal de la tipicidad de la siguiente manera:

a) La tipicidad, como un elemento meramente descriptivo, ausente por completo de valoración.(Beling). b) La tipicidad como un exponente indiciario de la antijuricidad. Actúa en esta tesis a manera de *ratio cognoscendi* de la antijuricidad; el modo de llegar al conocimiento de ésta.(M.E.Mayer). c) La tipicidad como el expediente apropiado para que surja a la vida penal la antijuricidad. En esta postura actúa como *ratio essendi* de la antijuricidad.(Mezger).

Podemos definir la tipicidad como "la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto."⁸

1.4.2. La antijuricidad

Concepto:

Es antijurídica la conducta contraria a derecho. La antijuricidad implica, por consiguiente, una confrontación entre el acto realizado y lo que la ley penal pretendía que se realizase. Por eso la antijuricidad encuentra siempre su expresión en un juicio de valor por el que se declara que la conducta no es aquella que el derecho demanda, que no es conforme a derecho.

Entre las principales doctrinas que se han sostenido para explicar el concepto de la antijuricidad se encuentran: La doctrina de las normas, de Binding, la conducta Injusta del Conde Dohna, las normas de cultura de M. E. Mayer, la posición dualista de Von Liszt, y la tesis netamente jurídica de la antijuricidad .

La base del sistema de Binding radica en la separación conceptual entre "norma" y "ley penal". Binding afirmó que el delincuente no violaba la ley, sino que marchaba de acuerdo con las previsiones del legislador (el que mate, el que robe,

⁸ Carranca y Trujillo Rautl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Pág. 423

etc.). Lo que hace el delincuente, dice, es quebrantar la norma; por ello los preceptos del decálogo, formulados en forma negativa (no matarás, no robarás, etc.), constituyen un catálogo de normas: la norma crea lo antijurídico y la ley penal el delito. La crítica de la teoría de Binding indica que es sumamente vaga, pues no define lo que es la norma, y deja de resolver numerosos problemas de la antijuricidad.

El Conde Dohna sostiene que lo antijurídico es lo injusto. Será pues, jurídico, todo acto que constituye un medio justo para un fin justo, y antijurídica toda conducta que no pueda ser reconocida como un medio justo para un fin justo. Ahora bien, en derecho penal se requiere, para que una conducta sea antijurídica, que sea injusta y que además, realice el tipo específico de un delito. Esta doctrina tiene el inconveniente (aparte del sentido extrajurídico) que puede producir en ocasiones confusión entre la antijuricidad y la culpabilidad. Mayer llega a la conclusión de que el total orden jurídico es un orden de cultura y, por tanto, lo antijurídico será la infracción de las normas de cultura reconocidas por el Estado. Su concepción ha sido censurada por la gran vaguedad que encierra.

Von Liszt sostiene que la reprobación jurídica que recae sobre el acto delictivo es doble. En un aspecto significa una conducta contraria a la sociedad (antijuricidad material), y en otro integra una transgresión de una norma establecida por el Estado (antijuricidad formal). La crítica cayó sobre la concepción dualista, diciéndose, con razón, que Liszt confundió la antijuricidad formal con la tipicidad.

En los últimos tiempos domina, casi exclusivamente, en la doctrina la tesis netamente jurídica de la antijuricidad. Es decir, que la antijuricidad será la contradicción a las normas objetivas del Derecho; sólo, pues, la violación de estas puede originar la antijuricidad. Este criterio es sostenido por la generalidad de los tratadistas.

Solamente interesa al Derecho Penal aquella antijuricidad delimitada por la tipicidad. Hoy día, pues, no se habla nada más que de la antijuricidad tipificada; la que no está tipificada no interesa al Derecho Penal. Puede suceder sin embargo, que, aun estando tipificada, se excluya la antijuricidad, pero ello será solo por determinadas causas de exclusión del injusto (legítima defensa, estado de

necesidad, etc.). Por ello el Instituto de la antijuricidad se resuelve en dos notas: a) Una positiva: la adaptación del hecho al tipo penal que lo concreta y determina; b) Una nota negativa: la inexistencia de causas que excluyan el injusto, que en nuestra legislación corresponden a las causas de justificación contenidas en el artículo 24 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República.

1.4.3. La culpabilidad:

Para que alguien pueda ser castigado por un hecho ilícito es preciso, no sólo que actúe típica y antijurídicamente, sino, además, que sea culpable.

Cuando se trata de dar el concepto jurídico penal de la culpabilidad es necesario distinguir dos épocas. La primera, que podría denominarse clásica, abarca hasta principios de éste siglo. En ella domina lo que se ha llamado concepción psicológica de la culpabilidad. Según esta doctrina, la culpabilidad es la referencia subjetiva entre el autor y el acto; es "el lazo de causalidad psíquica que une al sujeto con el hecho que realiza".

La segunda época se inicia con los estudios de Frank, que en 1907 lanza su doctrina, llamada "concepción normativa de la culpabilidad". Esta tesis es perfeccionada por Mezger. Según esta doctrina -que es la generalmente sostenida hoy- la culpabilidad no es sólo aquel nexo psíquico entre el autor y el acto; esto podrá ser la base o contenido de la culpabilidad, pero la culpabilidad supone algo más: es un juicio de valoración sobre ese contenido. Un juicio por el que se afirma que una conducta antijurídica es reprochable a una persona a consecuencia de determinados hechos objetivamente existentes.

La culpabilidad hace referencia a una determinada situación de hecho psicológica, pero valorizada normativamente. He aquí la concepción normativa de la culpabilidad.

Cuello Calón, dice que el delito es un hecho culpable. No basta que sea un hecho antijurídico y típico, también debe ser culpable. No es bastante que el agente sea su autor material, es preciso además que sea su autor moral, que lo haya ejecutado culpablemente.

Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor, puede ponerse a cargo de este y además, serle reprochada. Hay pues en la culpabilidad, además de una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de éste, motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues al ejecutar un hecho que ésta prohíbe ha quebrantado su deber de obedecerla. Se reprocha al agente su conducta, y se prueba ésta porque no ha obrado conforme a su deber.

De acuerdo con estas ideas, la culpabilidad puede definirse como el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

CAPITULO 2

LA PENA

2.1. Evolución histórica:

El origen etimológico de la palabra pena, se sitúa por algunos tratadistas en la palabra *pondus*, que significa peso. Otros creen que tiene su origen en la palabra *punya*, del sánscrito, que significa pureza, virtud. Y hay quienes prefieren situar su antecedente en la palabra griega *ponos*, que significa trabajo, fatiga, y en este sentido se relaciona con la latina *poena*, que denota castigo, suplicio.

La pena en su evolución a través del tiempo ha revestido diversos aspectos. Se cree que comenzó por la venganza privada, que era la venganza que tomaba el ofendido o su familia contra el ofensor o contra la familia de éste.

Sin embargo, hay quienes consideran que estas venganzas, puramente privadas y ajenas por completo a la autoridad social, pueden mirarse tan sólo como hechos de guerra, pero no como manifestaciones de aquella reacción social que es propiamente la pena. Así, pues, la primera manifestación de la pena propiamente dicha, según la opinión expuesta, no es la venganza privada, sino la venganza permitida, regulada y limitada por la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre, dándose una igualdad material entre el delito y la pena.

Posteriormente se da una etapa en la que la voluntad individual del vengador, es sustituida por una "voluntad divina", que es interpretada por los jueces. Aplican la justicia en nombre de Dios. La pena tuvo en ese período un sentido de expiación, marcadamente religiosa, llegándose con frecuencia a sacrificar al delincuente para aplacar la ira de la divinidad ofendida. Sigue a los anteriores una fase humanitaria, que se inicia con la brillante obra de Cesare Bonessano, el Marqués de Beccaria "De los Delitos y de las Penas", publicada en 1764, en la que se pronuncia en contra de la tortura, práctica común en los procedimientos penales de la época, y sostiene que la pena a imponerse al delincuente ha de ser la que el legislador establece en la ley. "Sólo las leyes pueden decretar las penas correspondientes a los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador que representa a toda la sociedad unida por un contrato social".⁹

⁹ Beccaria Cesare, De los Delitos y de las Penas, Pág. 185

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

Los grandes progresos realizados en las ciencias penales (Antropología Criminal, Sociología Criminal, Psicología Criminal, etc.) marcan el inicio de una nueva fase, la científica, en la que la pena, pretende adaptarse a la temibilidad del delincuente para realizar una función de defensa social, (por la intimidación, la corrección o la eliminación del delincuente).

Esta fase se destaca por el apareamiento de las denominadas "Escuelas Penales". La Escuela Clásica, fundada en el criterio de expiación afirma que la pena debe de estar en proporción cualitativa y cuantitativa con el delito. Francesco Carrara, su principal exponente sitúa al delito como un ente jurídico y no como un hecho natural.

La Escuela Positiva surge en Italia con postulados totalmente contrapuestos a los de la Escuela Clásica; el delito deja de ser un ente jurídico para convertirse en una realidad humana constituida por toda acción contrapuesta a las exigencias de la seguridad social. La Escuela Clásica institucionalizó la pena, como única consecuencia del delito; y la Escuela positiva consideró a la pena como un medio de defensa social.

2.2. Definición:

"Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social respecto al acto y al autor." (Franz Von Liszt)

"Es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal". (Eugenio Cuello Calón)

"Es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos". (Sebastian Saler)

"La pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial, o que representa una peligrosidad social,

puediendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social".
(Raúl Carranca y Trujillo)

"Pena es la limitación de bienes jurídicos impuesta por el Estado como consecuencia de la comisión de un delito. (Definición personal)

2.3. Características:

- a) La pena es, en primerísimo lugar, afflictiva, puesto que consiste en la supresión o restricción de un bien jurídico, y, por consiguiente, en un sufrimiento, es decir, en una aflicción; pero tiene además funciones prácticas que buscan prevenir y redimir al condenado.
- b) Debe ser legal, en el sentido que debe estar prevista por la ley y solo puede aplicarse por tribunal o juez competente y mediante la observancia del debido proceso.
- c) Rige igualmente el principio de individualización, en virtud del cual la pena se aplica a cada individuo con sujeción a las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho realizado y a su personalidad.
- d) Debe ser igual para todos, pues para su imposición y ejecución sólo pueden tomarse en cuenta las consideraciones previstas en la ley, sin reclamos o consideraciones de raza, credo político o religioso, condición personal, cultural o económica, etc.
- e) La pena tiene que ser judicial, pues sólo puede ser impuesta por sentencia judicial.
- f) La pena es resocializadora, pues busca la readaptación del delincuente al grupo social.

g) Irrevocabilidad, pues a la existencia judicialmente declarada del hecho punible, sigue fatalmente la pena, salvo los casos previstos en la propia ley para su extinción.¹⁰

2.4. Clasificación de las penas:

Cuello Calón¹¹ clasifica las penas de la siguiente forma:

A) Atendiendo al fin que se proponen se dividen en:

- a) De Intimidación, indicadas para los Individuos no corrompidos, en quienes aun existe la moralidad que es preciso reforzar con el miedo a la pena;
- b) De corrección, que tienden a corregir el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente, pero reputados como corregibles;
- c) Penas de eliminación o de seguridad, para los criminales incorregibles y peligrosos a quienes es preciso, para seguridad social, colocar en situación de no causar daño a los demás.

B) Atendiendo a la materia sobre la que recae la aflicción penal:

- a) Corporales, que recaen sobre la vida o la Integridad corporal;
- b) Privativas de libertad, que privan al condenado de su libertad de movimiento; estas son las penas de prisión;
- c) Penas restrictivas de la libertad, que llimitan la libertad del penado, especialmente en cuanto a la facultad de elegir lugar de residencia;

¹⁰ Estrada Vélez Federico, Derecho Penal, Parte General, Pág. 364

¹¹ Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, Parte General, T.I, Págs. 546-550

- d) Pecuniarias, que recaen sobre la fortuna (patrimonio) del condenado;
- e) Infamantes, que privan del honor a quien las sufre. Las Infamantes y la mayoría de las corporales, han desaparecido del sistema penal de los países cultos.

Zaffaroni¹² clasifica las penas de acuerdo con la legislación argentina de la siguiente forma:

A) Penas principales:

- a) Reclusión;
- b) Prisión;
- c) Multa;
- d) Inhabilitación.

Dentro de estas, la reclusión y la prisión son privativas de libertad, en tanto que la multa es una pena pecuniaria y la inhabilitación es pena privativa de otros derechos. Estas penas pueden conminarse en forma separada o exclusiva, alternativa o, conjunta.

B) Penas accesorias:

- a) inhabilitación;
- b) Comiso;
- c) Pérdida de la ciudadanía;
- d) Expulsión del país;
- e) Comiso y clausura;
- f) Destrucción de especímenes vegetales.

¹² Zaffaroni Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Págs. 83-85

relativamente indeterminadas, o sea, por sistemas que otorgan facultades de apreciación al juez en cuanto a la cuantificación y calidad de la pena, fenómeno que debe considerarse positivo siempre que tenga lugar dentro de ciertos límites.

2.5. Teorías sobre la pena:

Las diversas teorías sobre la pena resultan importantes pues señalan criterios fundamentales que sirven para configurar el modelo de análisis del Derecho Penal, y que lógicamente están ligadas con la concepción del delito y el delincuente.

2.5.1. Teorías absolutas de la pena:

Para Hegel, la pena es la negación de la negación del derecho; cumple entonces sólo un papel restaurador o retributivo y, por tanto, según sea la intensidad de la negación del Derecho, así también será la intensidad de la nueva negación, que es la pena.

Para Kant, la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, ese es su único fundamento. En el mismo sentido se expresan los más importantes representantes de la Escuela Clásica, tanto italiana como alemana (Carrara, Binding).

No cambia mayormente la fundamentación de la pena entre los representantes que siguen la tradición de la Escuela Clásica (Mezger, Welzel).

2.5.2 Teorías relativas de la pena

Protágoras expresó en la antigua Grecia con mucha claridad el pensamiento relativista de la pena. en el sentido que al hombre no se le castiga porque haya sido malo, ya que esto se hace sólo con las bestias feroces; por eso mismo, la pena ha de ser racional, que es lo propio de los hombres, y por tanto, perseguir que otros hombres no delincan o la enmienda del sujeto al cual se aplica. Las teorías relativas o de la prevención, no se preocupan entonces del fundamento de la pena, sino de la finalidad de la pena.

En forma amplia se puede decir que dos son las corrientes principales: la prevención general, que como señala Antón Oneca es una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir, en el fondo, un "escarmiento en cabeza ajena"; y la prevención especial, que es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien, impidiéndole una actividad delictiva.

La prevención general ha sido sustentada entre otros por Bentham y Feuerbach; La prevención especial surge en la mitad del siglo XIX con la Escuela Positiva Italiana, se difunde con las diferentes escuelas eclécticas, en especial con la dirección político-criminal de Von Liszt, y en la actualidad es la nueva defensa social de Marc Ancel la que ha concentrado en la prevención especial todas sus investigaciones.

2.6. Fines de la pena:

El derecho penal no es simplemente un instrumento para castigar a quien ha cometido un delito. Ciertamente la pena ha de tener una justificación ética y jurídica, y de ahí que no pueda existir pena sin culpabilidad. Pero además, debe tener fundamentalmente una justificación jurídico-política. Pasaron ya los tiempos de la pura y simple retribución, o de la pena como medio para restablecer la justicia. Estas teorías han cedido el paso a criterios utilitaristas de política criminal. Una pena que no sea útil no encuentra justificación jurídica o política.

Gimbernat Ordeig¹⁴ sostiene que "la pena es una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son. No se impone para retribuir, sino para hacer posible la convivencia humana. Por ello, nada puede justificar que el Estado imponga un padecimiento innecesario".

La pena tiene, pues, indudablemente, una función retributiva que no puede entenderse en el sentido absoluto que tuvo en el pasado (Kant, Hegel, Grocio), sino como necesario punto básico de partida para el logro de otras funciones

¹⁴ Gimbernat Ordeig Enrique, "El Sistema de Derecho Penal en la Actualidad", en Estudios de Derecho Penal, citado por Federico Estrada Vélez, Pág. 357

fundamentales, como son la prevención (general y especial), la resocialización del condenado y principalmente como instrumento de convivencia social.

Jürgen Baumann¹⁵ expresa: "No necesitamos más cárceles y funcionarios de vigilancia, sino más Pedagogos, más Sociólogos y Psiquiatras. No interesa cortar los contactos con el mundo exterior, interesa aumentar o crear los contactos sociales de las personas que generalmente los tienen en muy escasa medida".

La pena pues se justifica por su utilidad social, y en tal sentido tiene funciones de prevención general, prevención especial y readaptación del delincuente. Pero desde luego, la retribución es también una de sus funciones importantes.

2.7. Criterios de determinación de la pena:

En la legislación comparada se conocen distintos sistemas o técnicas legislativas para proceder a la determinación de la pena. En general puede afirmarse que el racionalismo, como reacción contra la arbitrariedad judicial anterior, tuvo una enorme desconfianza hacia los tribunales, dando lugar a la tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas, que hacía del juez un mero ejecutor de la ley, tal como acontecía con el código francés de 1791. El modelo de código racionalista de penas fijas por excelencia es el código brasileño del Imperio, de 1830. En la parte especial se establecía un máximo (18 años, por ejemplo), un mínimo (6 años, por ejemplo). Si había agravantes, se aplicaban 18 años; si había atenuantes, 6 años; en caso de no haber agravantes ni atenuantes o de mediar dudas acerca de cualquiera de ambos, se imponía la pena en su grado medio (12 años). Era un abierto sistema talonario kantiano o de Bentham.

El código de Baviera de 1813, establecía un sistema conforme al cual cada previsión tenía un máximo y un mínimo, tabulando circunstancias que daban por resultado la "medida de la punibilidad", referidas al hecho en sí (que eran criterios de magnitud), y conforme a las "facultades y voluntad del autor" (que podían agravar o atenuar). También se disminuía la punibilidad por algunas conductas posteriores al

¹⁵ Baumann Jürgen, Problemas de una Reforma del Derecho Penal y Problemas Aparentes, Págs. 16,17, citado por Federico Estrada Vélez, Ob. Cit. Pág. 358

hecho. No obstante, el Código de Feuerbach no imponía el cálculo matemático fijo del código criminal del imperio sino que le permitía moverse entre los límites, añadir o restar las accesorias previstas en general. Tal era el sistema de tabulación de atenuantes y agravantes con penas flexibles. Se trata de un sistema de criterios generales en cuanto al hecho y de tabulación de agravantes y atenuantes en cuanto a lo subjetivo, con penas flexibles.

El código francés de 1810 y el código alemán de 1871 no contienen reglas generales para la determinación de las penas, es decir que figuraban un máximo y un mínimo sin proporcionar criterios generales, sin perjuicio de hacerlo en los casos de las agravantes llamadas "legales" (tipos calificados). Se trata del sistema de penas flexibles sin enunciación de criterios generales.

El código español de 1822 tabulaba las agravantes y las atenuantes, estableciendo tres grados de delito. Al primer grado se le aplicaba el máximo, al segundo grado el término medio entre el máximo y el mínimo y al tercer grado el mínimo de la pena legal. Quedaba al prudente arbitrio judicial disminuir la pena del delito en primer grado hasta una sexta parte del máximo o aumentar el mínimo también hasta una sexta parte del máximo. Se trataba de un sistema de tabulación de atenuantes y agravantes con penas relativamente rígidas. Este sistema perduró en los códigos españoles posteriores, aunque dotándolo de mayor elasticidad. El sistema referido se introdujo en los códigos latinoamericanos que siguieron a los españoles.

El código de Zanardelli establecía un mínimo y un máximo, sin sentar pautas, pero establecía el sistema de las atenuantes genéricas, que autorizaban al juez a disminuir la pena en una sexta parte, pero sin tabularlas. Se trataba de un sistema de penas flexibles, sin enumeración de criterios generales con atenuantes genéricas no especificadas.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

El código suizo retomó un sistema que en cierta forma representaba una vuelta al criterio de Feuerbach, aunque mucho más simplificado: Señala tres criterios a tomar en cuenta (los motivos, la vida anterior y las condiciones personales). Enumera algunas circunstancias atenuantes especiales que tienen por efecto alterar la pena mínima conminada. De cualquier manera, el código suizo inaugura el sistema de los criterios legales generales o fórmulas sintéticas con penas flexibles. Se trata de la señalización de criterios que deben tomarse en cuenta y de los que pueden surgir circunstancias que agraven o atenúen la pena. Las circunstancias referidas al "hecho en sí" del Código de Baviera, cumplían similar función, puesto que sólo señalaban criterios.

En síntesis, las técnicas legislativas de determinación de la pena que se han dado en la legislación comparada son: las tabulaciones de agravantes y atenuantes, los criterios de los que el juez debe deducir las agravantes y las atenuantes y el silencio. Todos los sistemas positivos adoptan alguno de estos o son combinación de ellos; todos los códigos penales contienen criterios para la determinación de las penas, sea que los enuncien en forma más o menos completa, sea que tabulen agravantes y atenuantes de las que se pueden inferir los criterios, sea que callen, en cuyo caso habrá que elaborarlos a partir de las disposiciones de la parte especial. Cualquiera sea la particular técnica que se siga, los criterios para la determinación de las penas no pueden estar ausentes, porque ello significaría que ese código es un instrumento inútil y casi inconcebible, algo similar a "un maligno mecanismo descontrolado de golpear, sin sentido ni dirección"¹⁶.

Los criterios de determinación de las penas que hay en los códigos dependen siempre de cual sea el concepto y fin de la pena y, consiguientemente, del Derecho Penal que se realiza legislativamente. La pena es la consecuencia del delito y, necesariamente, debe el delito reflejarse en su determinación. Delito y

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Pág. 281

pena no pueden ser conceptos separados en forma tal que nada diga el uno acerca del otro, puesto que uno es el antecedente necesario de la otra, y ésta, a su vez, la consecuencia del anterior. "Todo corte arbitrario, toda solución de continuidad que los desvincule, no es otra cosa que la confesión de un fracaso sistemático"¹⁷.

Para el positivismo, el delito es la expresión extrema de un pensamiento causalista mecanicista, en que el delito es la causación de un resultado socialmente dañoso. El autor causa lesión socialmente dañosa porque está determinado a ello y la sociedad responderá con la sanción porque está determinada a defenderse. La medida de la sanción penal será la que requiera la neutralización de la determinación del sujeto para el delito (que es la peligrosidad).

Para el criticismo racional, la imagen del hombre es la de un ente capaz de autodeterminarse, al que el imperativo categórico le impone el deber de respetar al prójimo como a sí mismo. La violación del Imperativo demanda un castigo y el Derecho Penal es la garantía social de la efectividad del mismo. La pena será, pues, un castigo a esa violación, que sólo puede concebirse como pena, pues requiere un contenido de dolor, dado que es castigo, debiendo ser un dolor equivalente al producido por el delito.

Estos son, en líneas generales los sistemas de determinación que provienen del Idealismo Iluminista kantiano y se inclinan por las penas predeterminadas y fijas. Estos sistemas resultan impracticables en el mundo contemporáneo, dada su inutilidad política criminal.

Para el Idealismo dialéctico, el delito es la conducta (libre) que lesiona el derecho. La pena es la reparación del derecho por vía de la negación del delito. También aquí, asume la forma de una reafirmación racional del derecho (el delito niega el derecho; la pena niega el delito y reafirma el derecho). La pena tendrá en cuenta el grado del injusto, que dependerá del grado de libertad. Afirma que la

¹⁷ Zaffaroni Eugenio Raul, Ob. Cit. Pág. 281

comunidad jurídica esta integrada por los hombres que actúan libremente; los que no son "libres" (inimputables), no realizan conductas, y no merecen la pena, porque no lesionan el derecho.

La determinación ético-aristotélica parte de la base de que el delito es una conducta antijurídica (que se compone de caracteres objetivos y subjetivos), reprochable a un autor, al que se concibe como un ente capaz de autodeterminación. Pero indica que la pena es la retribución del reproche de culpabilidad y que la culpabilidad no es el reproche del acto aisladamente, sino, en "combinación" con la personalidad, pues el autor inclinado al delito ha ido formando su personalidad de manera reprochable. Así, la medida de la pena será la retribución de la inclinación hacia el delito. Se funda, pues, en el reproche de la personalidad, en lo que el hombre es, y no en lo que el hombre hizo.

2.8. Sistema de determinación de la pena seguido por la legislación penal guatemalteca:

De lo apuntado supra, puede establecerse que la legislación penal guatemalteca sigue un sistema de tabulación de atenuantes y agravantes con penas flexibles, es decir, relativamente indeterminadas, en el que el juez determina la pena, en base a los criterios generales que la propia ley le señala.

Así, el artículo 65 del Decreto 17-73 del Congreso de la república, Código Penal, establece: Fijación de la pena. "El Juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad e importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que ha considerado determinantes para regular la pena".

El mismo cuerpo de ley, en su artículo 26 establece un total de 14 circunstancias atenuantes, autorizando incluso las atenuantes por analogía; y en el artículo 27 enumera un total de 24 circunstancias agravantes.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

CAPITULO 3

LEY PENAL DE PROTECCIÓN AL PATRIMONIO HISTÓRICO Y ARTÍSTICO DEL PAÍS.

3.1 Contenido del Decreto 36-94 del Congreso de la República.

La ley objeto de éste estudio establece:

El Congreso de la República de Guatemala,

CONSIDERANDO

Que nuestro orden constitucional nos garantiza el derecho a la cultura, a la identidad y patrimonio cultural, la protección al mismo, así como la protección a la investigación de la cultura.

CONSIDERANDO

Que como parte de nuestros derechos sociales, también debemos mantener nuestra identidad cultural de acuerdo a nuestros valores, lenguas y costumbres, debiéndose de emitir las leyes y disposiciones que tiendan a su enriquecimiento, restauración, preservación y recuperación.

CONSIDERANDO

Que no obstante se considera patrimonio cultural, entre otros, los bienes históricos y artísticos del país, los cuales están bajo la protección del Estado, estando prohibida su enajenación, exportación y alteración, como parte de la escalada de la violencia que esta sufriendo el país, se ha dado una serie de hurtos y robos de objetos especialmente de carácter histórico, religioso o no, y que de una manera u otra afectan nuestros sentimientos nacionales y tradicionales, razón por la cual, se hace necesario dictar las disposiciones penales del caso.

POR TANTO:

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171, Inciso a) y 176, ambos de la Constitución de la República,

DECRETA:

La siguiente

LEY PENAL DE PROTECCIÓN AL PATRIMONIO HISTÓRICO Y ARTÍSTICO DEL PAÍS

Artículo 1. Se agrega un nuevo artículo al Código Penal, que dice:

ARTICULO 255 bis. DE LOS HECHOS SACRÍLEGOS.

Quando los hechos a que se refieren los artículos anteriores relativos al hurto y robo, el objeto material del delito sea destinado al culto, sea cosa sagrada o no, tales como Santísimo Sacramento, Santos Óleos, Santos 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 adquirieran, 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.

ARTICULO 2. El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU PUBLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA A LOS VEINTISÉIS DÍAS DEL MES DE ABRIL DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO.

Firman: Oscar Vinicio Villar Anleu, Presidente del Congreso; Edna Alicia Orellana vda. de Ruano, Secretario; José Luis Aguirre Quinteros, Secretario.

PALACIO NACIONAL: Guatemala, once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firman: Ramiro De León Carpio, Presidente de la República; Danilo F. Partuelo B., Ministro de Gobernación.

3.2. Análisis de los términos empleados en el Decreto 36-94 del Congreso de la República:

El artículo once de la Ley del Organismo Judicial, decreto 2-89 del Congreso de la República, establece: "El idioma oficial es el español. Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente".

En base a la norma antes transcrita, se procede a establecer cual es el significado que el Diccionario de la Real Academia Española asigna a los términos empleados en esta ley.

1) Sagrado, da. (Del lat. sacrátus.) adj.

1. Que según rito está dedicado a Dios y al culto divino.
2. Que por alguna relación con lo divino es venerable.
3. Perteneciente o relativo a la divinidad o a su culto.

4. Fig. Que por su destino o uso es digno de veneración y respeto./... 11¹⁸

Es este, pues, un término exclusivamente religioso, que a criterio personal, no debiera aparecer en un texto legal.

II) **Sacrilego, ga.** (Del lat. sacrilégus.) adj.

1. Que comete o contiene sacrilegio.
2. Perteneciente o relativo al sacrilegio. Acción sacrilega. Que sirve para cometer sacrilegio.¹⁹

III) **Sacrilegio.** (Del lat. Sacrilegium) m.

1. Lesión o profanación de cosa, persona o lugar sagrados.²⁰

En cuanto a estos dos últimos términos, es válido el comentario hecho en relación a el término: sagrado.

IV) **Santísimo Sacramento:** (De sacramento, del lat. Sacramentum.) La acepción número 3 que da el Diccionario de la Real Academia Española dice: Cristo sacramentado en la hostia. Para mayor veneración dícese Santísimo Sacramento.²¹

Según éste significado, el autor de éste trabajo entiende que el Santísimo Sacramento se compone de dos elementos: Uno material: la hostia; y otro inmaterial: Cristo, un ente espiritual. Ahora, como lo inmaterial no puede ser objeto de apropiación, no podría tipificarse el delito de robo ni el de hurto, al menos en relación con este elemento espiritual. Si quisiese argumentarse que el delito ha de practicarse, siendo la hostia el objeto material, sería una aberración legal, pretender

¹⁸ Diccionario de la Real Academia Española, Pág. 1169

¹⁹ Ob. Cit. Pág. 1168

²⁰ Ob. Cit. Pág. 1168

²¹ Ob. Cit. Pág. 1167

Imponer 12 años de prisión inconvertibles para el caso de hurto; o bien, 20 años de prisión inconvertibles para el caso de robo. La desproporción entre el hecho delictivo y la pena es evidente.

V) **Santo, ta.** (Del lat. sanctus.) 4. Dicese de lo que esta especialmente dedicado o consagrado a Dios. 5. Aplicable a lo que es venerable por algún motivo de religión./...25.²²

Término de connotación eminentemente religiosa.

VI) **Bulto:** 4. Busto o estatua. 8. Obra escultórica aislada y por tanto visible por todo su contorno./...8.²³

Parece un término poco técnico y muy genérico para referirse a una escultura.

VII) **Vaso.** (Del lat. vasum) m. Pieza cóncava de mayor o menor tamaño, capaz de contener alguna cosa. 2. Recipiente de metal, vidrio u otra materia, por lo común de forma cilíndrica, que sirve para beber./...13.²⁴

VIII) **Cáliz:** (Del lat. calix, ícis)m. Vaso sagrado de oro o plata que sirve en la misa para echar el vino que se ha de consagrar./ ...5.²⁵

Este rito, la misa, se realiza únicamente por la Iglesia católica. Por tanto, la mayoría, si no la totalidad de estos objetos, han de ser propiedad de la misma. Una ley, que proteja especialmente los bienes propiedad de una persona o sector social determinado, resulta inadmisibles, ya que excluye de su ámbito de tutelaridad el patrimonio del resto del conglomerado social. Ciertamente la ley objeto de este

²² Ob. Cit. Pág. 1179

²³ Ob. Cit. Pág. 208

²⁴ Ob. Cit. Pág. 1324

²⁵ Ob. Cit. Pág. 230

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

estudio pretende tutelar el patrimonio histórico y artístico del país, pero los objetos religiosos representan sólo una pequeña parte de ese patrimonio.

VIII) Copón. m. aum. de copa. 2. Por antonom., copa grande de metal con baño de oro por dentro, en la que puesta en el sagrario, se guarda el santísimo sacramento./...2.²⁶

IX) Patena. (Del lat. paténa). 2. Platillo de oro o plata o de otro metal dorado, en el cual se pone la hostia en la misa, desde acabado el patenoster hasta el momento de consumir./...2.²⁷

Es pues, un objeto utilizado en rituales religiosos.

X) Custodia. (Del lat. custodia) 3. Pieza de oro, plata u otro metal, en que se expone el santísimo sacramento a la pública veneración./...4.²⁸

Otro objeto de uso exclusivamente religioso.

XI) Corporal. (Del lat. corporális.) 3. m. Lienzo que se extiende en el altar, encima del ara, para poner sobre él la hostia y el cáliz; suelen ser dos.²⁹

XII) Purificador, ra. adj. Que purifica. 2. Paño de lino, con el cual se enjuaga y purifica el cáliz después que el sacerdote ha consumido el agua y el vino de la segunda purificación. 3. Lienzo de que se sirve el sacerdote en el altar para limpiarse los dedos./...3.³⁰

²⁶ Ob. Cit. Pág. 359

²⁷ Ob. Cit. Pág. 989

²⁸ Ob. Cit. Pág. 401

²⁹ Ob. Cit. Pág. 366

³⁰ Ob. Cit. Pág. 1086

XIII) Ornamento. (Del lat. Ornamentum.) 4. Pl. Vestiduras sagradas que usan los sacerdotes cuando celebran, y también los adornos del altar, que son de lino o seda; como los manteles, el frontal, etc. /...4.³¹

XIV) Vestidura. (Del lat. Vestitúra) F. vestido. 2. Vestido que sobre puesto al ordinario, usan los sacerdotes para el culto divino./ ...3.³²

XV) Pila bautismal. Pila 2.(Del lat. pila, mortero) 2. Pieza de piedra cóncava, con su pedestal de lo mismo, y tapa de madera, que hay en las iglesias parroquiales para administrar el sacramento del bautismo./...6.

XVI) Confesonario. (De confesión) m. confesonario. Confesonario. (De confesonario) m. Mueble dentro del cual se coloca el sacerdote para oír las confesiones sacramentales en las iglesias, y consiste en un asiento encerrado entre dos tabiercas laterales con celosías, y por delante una compuerta.³³

Este mueble se utiliza únicamente en las Iglesias católicas.

XVII) Púlpito. (Del lat. pulpitum.) m. Plataforma pequeña, con antepecho y tomavoz, que hay en las iglesias a la altura conveniente y en lugar adecuado para predicar desde ella, cantar la epístola y el evangelio y hacer otros ejercicios religiosos.³⁴

XVIII) Corona. (Del lat. corona) 2. Aureola de las imágenes santas./...29³⁶

XIX) Resplandor. (De resplandor) m. Luz muy clara que arroja o despide el sol u otro cuerpo luminoso. 2. desus. Composición de albayalde y otras cosas con que se afeitaban las mujeres. 3. Fig. Brillo de algunas cosas. 4. Fig. Lucimiento, lustre, gloria, nobleza./...4.³⁶

Como se deduce de lo antes transcrito, no podría ser instruido un proceso penal por el robo o hurto de un resplandor, pues éste es un fenómeno lumínico que por su

³¹ Ob. Cit. Pág. 950

³² Ob. Cit. Pág. 1337

³³ Ob. Cit. Pág. 341

³⁴ Ob. Cit. Pág. 1082

³⁵ Ob. Cit. Pág. 365

³⁶ Ob. Cit. Pág. 1139

naturaleza no podría ser objeto de apoderamiento, a no ser que el legislador se refiera a la acepción número dos; sin embargo, la lógica aconseja descartarla.

XXI) Anillo (Del lat. *anellus*.) 2. Aro de metal u otra materia, liso o con labores y con perlas o piedras preciosas o sin ellas, que se lleva, principalmente por adorno, en los dedos de la mano./...9.³⁷

XXI) Cadena. (Del lat. *caténa*.) f. Serie de muchos eslabones enlazados entre sí. Hácense de hierro, plata y otros metales o materias./...11.³⁸

XXII) Pulsera. F.3. Cerco de metal o de otra materia que se lleva en la muñeca para adorno o para otros fines. 4. Joya de metal fino, con piedras o sin ellas, sarta de perlas, corales, etc., que se pone en la muñeca./...5.³⁹

Podría tratarse entonces de un "cerco de metal" no precioso, o de cualquier otro material, sin valor cultural, histórico o artístico, cuyo valor económico fuese mínimo, pero que siendo de "alto contenido religioso", su robo o hurto, daría lugar a la imposición, sin más, de 20 ó 12 años de prisión respectivamente. "Prisión correccional" dice la ley; pero esta pena no existe en la legislación penal de Guatemala, por tanto resulta imposible su aplicación práctica. además, hay que hacer notar que dada la desproporción entre el delito y la pena, es evidente su finalidad retributiva, antitécnica e inútil.

XXIII) Crucifijo. (Del lat. *crucifixus*, crucificado) m. Efigie o imagen de Cristo crucificado./...1⁴⁰

XXIV) Florero, ra. 3. m. Vaso para flores naturales o artificiales. 4. maceta o tiesto con flores./...7.⁴¹ También en este caso, podría tratarse de un objeto de poco valor

³⁷ Ob. Cit. Pag. 89

³⁸ Ob. Cit. Pag. 221

³⁹ Ob. Cit. Pag. 1082

⁴⁰ Ob. Cit. Pág. 381

⁴¹ Ob. Cit. Pag. 625

comercial, de barro por ejemplo, y de ningún valor cultural, histórico o artístico. El comentario hecho en el numeral XXII, es válido también para este objeto.

XXV) Candelero (De candeia) m. Utensilio que sirve para mantener derecha la vela o candeia, y consiste en un cilindro hueco unido a un pie por una barreta o columnilla./...7.⁴²

XXVI)Cruz Alta. No existe definición en el Diccionario de la Real Academia Española, no obstante haber mas de 50 acepciones de la palabra cruz.

XXVII)Cirio.(De cirio)m. Cada uno de los candeleros altos que llevan los acólitos en algunas funciones de la iglesia./...1⁴³

Resulta redundante mencionar este objeto, pues estaría contenido en el genero candeleros.

XXVIII) Incensario. m. Braserillo con cadenillas y tapa que sirve para incensar./...1.⁴⁴

XXIX) Alcanía. (Del ár. al-kanziyya, la caja propia para atesorar) F. Vasija, comúnmente de barro, cerrada, con sólo una hendidura estrecha hacia la parte superior, por donde se echan monedas que no se pueden sacar sino rompiendo la vasija./...4.⁴⁵

XXX) Biblia. (Del lat. Biblia, libros) f. La sagrada escritura, o sea los libros canónicos del Antiguo y Nuevo Testamento.⁴⁶

XXXI) Profano, na. (Del lat. profanus) adj. Que no es sagrado ni sirve a usos sagrados, sino puramente secular., 2. Que es contra la reverencia debida a las cosas sagradas./...5.⁴⁷

⁴² Ob. Cit. Pag. 242

⁴³ Ob. Cit. Pag. 305

⁴⁴ Ob. Cit. Pag. 736

⁴⁵ Ob. Cit. Pag. 54

⁴⁶ Ob. Cit. Pag. 180

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

XXXII) Secular. (Del lat. *secularis*, de *seculum*, siglo) 4. Dicese del clero o sacerdote que vive en el siglo, a distinción del que vive en clausura. ⁴⁸

Del análisis de las definiciones antes transcritas se establece :

- a) De los 32 términos analizados solo 8, es decir, el 25% (bulto, resplandor, anillo cadena, pulsera, florero, candelero y alcancía) no corresponden a objetos de uso eminentemente religioso.
- b) Existen graves errores conceptuales, como en el caso de los términos "resplandor y "Santísimo Sacramento", que se refieren, como quedó apuntado, a elementos inmateriales, cuyo apoderamiento es impracticable.
- c) Se hace una innecesaria repetición de objetos cuya especie había quedado comprendida ya en el género, como en el caso de "candeleros" y "cristales".
- d) Se incluyen términos diferentes cuyo significado, según la acepción correspondiente es el mismo, como en el caso de "ornamento" y "vestidura".

3.3. Análisis del bien jurídico tutelado por el Decreto 36-94 del Congreso de la República:

La conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura -UNESCO-, en su 17a. reunión celebrada en París el 23 de noviembre de 1972, clasifica el patrimonio cultural así: Monumentos, conjuntos y lugares, definiendo su contenido de la siguiente manera:

LOS MONUMENTOS: Obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones,

⁴⁷ Ob. Cit. Pag. 1169

⁴⁸ Ob. Cit. Pag. 1186

cavernas y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.

LOS CONJUNTOS: Grupos de construcciones aisladas o reunidas cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les de un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.

LOS LUGARES: Obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de lo histórico, estético, etnológico o antropológico.⁴⁹

Esta convención fue ratificada por Guatemala por Decreto número 47-78 del Congreso de la República, publicada en el Diario Oficial el 10 de noviembre de 1978.

Según el Instituto Colombiano de Cultura, el patrimonio cultural puede dividirse en tangible e intangible.

Dentro del patrimonio cultural intangible se cuentan aquellos bienes culturales inmateriales, tales como las tradiciones orales, la música, la religión, las costumbres, las danzas, etc.

En el patrimonio tangible se incluyen todas las manifestaciones realizadas a través de elementos materiales tales como las construcciones arquitectónicas, la cerámica, la orfebrería, la escultura, la pintura, los grabados etc.

Este admite una subdivisión así:

BIENES INMUEBLES:

Que incluirían:

⁴⁹ UNESCO, "Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, art. 1ero.

a) **Arquitectura:** Edificaciones u obra individual, que puede ser civil, institucional, doméstica, obras de Ingeniería, elementos de equipamiento urbano, religiosa, funeraria y militar.

b) **Ciudades históricas:** Se consideran ciudades históricas aquellas en donde todo conjunto urbano mantiene una homogeneidad estética dentro de la cual prevalece uno o dos períodos unidos entre sí, sin contradicciones formales ni de escala. Son ciudades que en un momento determinado mantuvieron sus dimensiones básicas hasta nuestros días, o sea, se da la detención parcial del desarrollo urbanístico y arquitectónico, lo cual no implica obligatoriamente la detención de las actividades vitales de la comunidad, cuyo radio de acción se redujo en algunos casos a la escala regional.

c) **Sectores históricos:**

Se consideran centro o sector histórico aquellas zonas que dentro del desarrollo de las grandes ciudades han permanecido conservando su coherencia arquitectónica, en donde aún subsiste la escala del peatón, la unidad arquitectónica y dimensional y en donde las grandes vías de tránsito rápido no han penetrado, pero que dentro del crecimiento de la ciudad ha quedado dicho sector rodeado de nuevos asentamientos dentro del tejido urbano. Pueden quedar reducidos a una o varias calles o algunas manzanas, es entonces cuando se llaman "sectores parciales". Por ejemplo, las ruinas de Kaminal Juyú.

d) **Sitios arqueológicos:**

Estos comprenden las áreas libres donde se encuentran ubicados vestigios de manifestaciones arquitectónicas o artísticas de culturas propias de cada país; principalmente las creadas en la época prehispánica. Por ejemplo, Tikal, Quirigua, Iximche, etc.

e) Zonas de reserva natural, creada o histórica:

Paisaje, fauna, flora, etc. Por ejemplo, El Lago de Atitlán, Lago Peten Itza, etc.

BIENES MUEBLES:

a) **Objetos arqueológicos:** Constituidos por todos los objetos no sólo de cerámica y orfebrería, textiles, sino también materiales líticos, en madera, concha, hueso, cuerpos fósiles y demás manifestaciones materiales de nuestras culturas precolombinas.

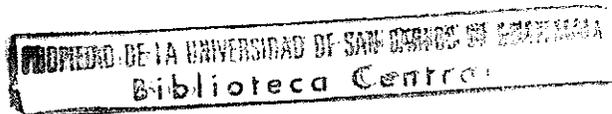
b) **Artes plásticas:** Comprenden la obra humana que expresa, mediante diferentes materiales un aspecto de la realidad entendida estéticamente. Por ejemplo: Pintura, escultura, grabado, talla en madera, piedra, etc.

c) **Artesanías:** Pertenecen a este grupo todas las manifestaciones materiales de uso doméstico, se caracterizan por su elaboración manual e individual y llevan el reflejo y el sello personal de su hacedor o artesano. Se elaboran en materiales de acuerdo al lugar o región. Por ejemplo, la cerámica de Chiuautla.

d) Mobiliario:

Lo componen cada uno de los enseres que sirven para la comodidad o adorno de un edificio. Incluido en este grupo la carpintería ornamental de iglesias, casas, pinturas murales, etc., los cuales por sus características especiales se reputan como inmuebles ya que su remoción afecta profundamente la arquitectura que lo contiene. Por ejemplo, los murales del palacio nacional.

OBJETOS VARIOS:



Aquí se incluyen armas, atavío, elementos arquitectónicos, indumentaria civil, militar y religiosa, recipientes, instrumentos musicales, herramientas, documentación, libros, etc.

El Licenciado Marco Tulio Melini Minera, en su tesis de grado, señala que en el caso específico de Guatemala, para establecer con precisión el contenido del patrimonio arqueológico, histórico, artístico, y agrega el típico, es necesario acogerse a los períodos de la historia guatemalteca, así como a las definiciones que proporciona el artículo 2o. del Decreto 425 del Congreso de la República de fecha 19 de septiembre de 1947, modificado por el Decreto 437 de fecha 24 de marzo de 1966, "Ley Sobre Protección y Conservación de los Monumentos, Objetos Arqueológicos, Históricos y Artísticos."

El Licenciado Miguel Alvarez Arevalo⁵⁰ señala los períodos de la historia guatemalteca que se citan a continuación:

a) Arqueológico:

El patrimonio cultural arqueológico de Guatemala, comprende todos los bienes inmuebles y muebles, estructuras, objetos, restos o vestigios procedentes de las civilizaciones aborígenes anteriores a la conquista. Es decir, comprende la denominada Época Prehispánica. (3000 años A. de C. hasta 1524)

b) Histórica:

El patrimonio cultural histórico de Guatemala comprende todos los bienes inmuebles y muebles no comprendidos dentro de la definición de patrimonio arqueológico, que estén directamente vinculados a la historia política o social de Guatemala y Centro América; el cual comprende la denominada Época Colonial o hispánica. (de 1524 a 1821).

⁵⁰ Alvarez Arevalo Miguel, "Legislación Protectora de Bienes Culturales de Guatemala" Pág. 15, citado por el Lic. Marco Tulio Melini Minera.

Artístico:

El patrimonio cultural artístico de Guatemala comprende los monumentos y que debido a su origen como producto de la inquietud del hombre, en el espíritu y constituyen verdadero prestigio del arte nacional, ya sea, este, pictórico, escrito, arquitectónico, etc. Este comprende la denominada Republicana. (De 1821 hasta nuestros días).

Geográfico:

El patrimonio cultural típico de Guatemala, también denominado pintoresco o zona natural comprende toda zona o población que por su belleza, valor o reconocido abalengo histórico o sociológico constituye motivo de interés para turistas nacionales y extranjeros. No admite señalamiento de época o nada.

Como puede apreciarse, el contenido del patrimonio histórico y artístico del país es mucho más amplio que el que señala la ley objeto de este estudio. El bien que pretende tutelar esta ley, no corresponde a su contenido, ya que las cosas a que se refiere representan únicamente una pequeña parte del patrimonio histórico y artístico del país.

Análisis de los delitos y las penas establecidos en el Decreto 36-94 del Congreso de la República.

El decreto 36-94 del Congreso de la República tipifica como figuras delictivas el robo y el hurto, y solamente en relación a los objetos de naturaleza artística que ahí se enumeran. Una adecuada ley penal de protección al patrimonio cultural del país, debiera contemplar también otras conductas ilícitas y antijurídicas y culpables, como por ejemplo, la apropiación y retención indebida, los daños, el tráfico, la posesión ilegítima, la excavación y exploración de sus formas agravadas. En cuanto a la forma culpable de comisión, quizá aceptable, únicamente en cuanto al delito de daños al patrimonio cultural.

En cuanto a las penas, a criterio de quien escribe este trabajo, por un lado son excesivas, pero además, resulta imposible su aplicación práctica, pues la pena de prisión correccional no está contemplada en la legislación penal vigente. Es necesario señalar también, que la pena accesoria señalada consistente en "multa de no menos del doble del valor de los objetos materia del delito" resulta antitécnica, y de difícil aplicación, pues según expertos en la protección de bienes culturales, estos no son susceptibles de valorarse económicamente ya que su valor es social, moral, científico y cultural.

Debe existir una proporción entre el delito y la pena, y en relación a esto, apunta Bustos Ramírez: El principio de proporcionalidad, en primer lugar, en materia de penas presupone que estas deben estar en una determinada relación con el bien jurídico afectado. El Tribunal Constitucional español ha sostenido: "que aunque el principio de proporcionalidad de la pena y el delito es competencia del legislador en el ámbito de su política penal, ello no excluye la posibilidad que en una norma penal exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de derecho, el valor de la justicia y la dignidad de la persona humana".

Enrique Cury Urzúa,⁵¹ indica que la pena debe guardar con el delito una proporción que, por supuesto, no es material -como la que pretendió establecer la ley del tallón- sino jurídica.

El punto de partida con arreglo al cual se consagra la pena amenazada por la ley en abstracto para cada delito en general, es la magnitud del injusto respectivo, la que, a su vez, deriva de la evaluación del disvalor de acción y resultado del hecho tipificado. Esta es una cuantificación delicada y difícil, que pone a prueba, como pocas, la sensibilidad social y la prudencia del legislador. El ideal a que se aspira, es alcanzar el máximo de defensa social con el mínimo de sufrimiento individual.

Por otro lado, en el presente, la pena de prisión se encuentra a punto de colapsar, como institución jurídico-penal, pues ha demostrado ser ineficaz, por lo que la moderna doctrina se inclina por una drástica reducción de su aplicación, buscando medidas alternativas, ante la imposibilidad de su total eliminación; tomar la

⁵¹ Cury Urzúa Enrique, Derecho Penal, Parte General, Pág. 322

diametralmente opuesta, penalizando con prisión excesiva las conductas
obra de necios obsesionados con el pasado.

ma de determinación de la pena seguido por el Decreto 36-94 del
de la República.

acuerdo con lo apuntado en el capítulo 2 de este trabajo, bajo el subtítulo
"los de determinación de la pena", la ley objeto de este estudio sigue un
cionalista de penas fijas, que hace del juez un simple declarante,
ndo un retroceso legislativo de más de 150 años, y una mancha sin
tes en el ordenamiento jurídico del país, que deberá superarse y
s como una muestra de los graves problemas que origina la emisión
de leyes casuísticas. Debe tomarse en consideración que no hay dos
anos iguales ni dos delitos cometidos en similares circunstancias, en virtud
resulta inhumano y antitecnico, que a todas por igual se les sancione con
ena.

ilación referente al patrimonio cultural del país:

nicos Internacionales:

lo de Protección y Restitución de Monumentos Arqueológicos, Artísticos e
Suscrito entre Guatemala y México en fecha 31 de mayo de 1972;
por Guatemala a través del Decreto 5-76 del Congreso de la República,
1 de abril de 1976.

ción Sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y artístico de
es Americanas, Convención de San Salvador, aprobada por la Asamblea
e la Organización de Estados Americanos, el 16 de junio de 1976, suscrita
nala el 3 de abril de 1978; y ratificada por Decreto 52-79 del Congreso
blica, de fecha 8 de agosto de 1979.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

c) Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -UNESCO- en su 17a. reunión, celebrada en París en 1972; ratificada por Guatemala por Decreto número 47-78 del Congreso de la República, de fecha 22 de agosto de 1978.

B) Normas constitucionales:

a) Constitución Política de la República, promulgada en 1985, Sección Segunda (Cultura), art. 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."

Art. 61: Protección al patrimonio cultural: "Los sitios arqueológicos, conjuntos monumentales y el centro cultural de Guatemala, recibirán atención especial de 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 Quirigua y la Ciudad de La Antigua Guatemala, por haber sido declarados Patrimonio Mundial, así como aquellos que adquirieran similar reconocimiento."

Art. 62: Protección al folklore y artesanías tradicionales. "La expresión artística nacional, el arte popular, el folklore y las artesanías e industrias autóctonas, deben ser objeto de protección especial del Estado, con el fin de preservar su autenticidad. El Estado propiciará la apertura de mercados nacionales e internacionales para la libre comercialización de la obra de los artistas y artesanos, promoviendo su producción y adecuada tecnificación."

Art. 64: Patrimonio natural: "Se declara de interés nacional la conservación, protección y mejoramiento del patrimonio natural de la Nación. El Estado fomentará

la creación de parques nacionales, reservas y refugios naturales, los cuales son inalienables. Una ley garantizará su protección y la de la fauna y flora que en ellos exista.

Art. 121: Son bienes del Estado: ...f) Los monumentos y reliquias arqueológicas.

C) Normas Ordinarias:

a) Decreto 425 del Congreso de la República, del 19 de febrero de 1947, "Ley Sobre Protección y Conservación de los Monumentos, Objetos Arqueológicos, Históricos, Típicos y Artísticos".

Señala algunas sanciones de orden penal, como el arresto mayor y la prisión correccional; pero por ser penas que ya no existen en el Código Penal vigente, Decreto 17-73, no pueden ser aplicadas.

b) Decreto 426 del Congreso de la República, de fecha 19 de septiembre de 1947, Ley de Protección de la Producción Textil Indígena.

No contiene sanciones de orden penal.

c) Código Civil, Decreto Ley 106,

Art. 459: (Bienes de uso no común). Inciso 8vo.: Los monumentos y las reliquias arqueológicas.

Art. 472. (Bienes de interés histórico y artístico). "Las cosas de propiedad privada, inmuebles y muebles, declaradas como objetos de interés artístico, histórico o arqueológico, están sometidos a leyes especiales."

Este artículo remite al Decreto 425 antes citado, y al Decreto 437 del Congreso de la República.

d) Decreto Ley 342, de fecha 22 de abril de 1965, Código de Minería.

Art. 13: "El Estado podrá declarar cerradas temporal o definitivamente determinadas áreas a la actividad minera, cuando así lo exija el interés público, cuando estén comprendidas en programas o proyectos de urbanismo o para proteger las riquezas forestales, arqueológicas o zoológicas."

Art. 143. "Además de lo dispuesto en otros artículos de éste código, queda prohibido ejecutar labores mineras a menos de trescientos metros medidos horizontalmente de los siguientes lugares: ...reliquias o monumentos históricos, religiosos o arqueológicos..."

e) Decreto 60-69 del Congreso de la República, "Ley Protectora de la Ciudad de Antigua Guatemala".

Art. 33: "Quien destruya, deteriore, dañe o transforme los bienes protegidos por esta ley, será responsable de delicto contra el Patrimonio Cultural de la Nación y sancionado con la pena de seis meses de arresto mayor a cinco años de prisión correccional según la gravedad del caso, la forma en que se hubiere cometido y atendiendo a la importancia del bien destruido, deteriorado o dañado. Dicha pena será conmutable en su totalidad y llevará como accesorio la reparación del mal causado y el pago de los daños y perjuicios correspondientes."

Esta es una ley local, pues solo se refiere a la ciudad de La Antigua Guatemala; y las penas que señala no están contempladas en el Código Penal Vigente, por lo que no pueden ser aplicadas.

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

Art. 247 es hurto agravado: ...7o. "Cuando fuere de cosas religiosas o militares, de valor científico, artístico o histórico o destinadas al uso u ornamento públicos. Al responsable de hurto agravado se le sancionará con prisión de uno a seis años."

Este artículo fue derogado parcialmente en cuanto a las cosas religiosas por el Decreto 36-94, ley objeto de este estudio.

Art. 252: Es robo agravado: ...7o. Cuando concurriere alguna de las circunstancias contenidas en los incisos 1o, 2o, 3o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10o, y 11o. del artículo 247 de este código.

Esta disposición también fue derogada parcialmente, en cuanto a las cosas religiosas por el Decreto 36-94.

Artículo 279: "Es daño específicamente agravado y será sancionado con una tercera parte más de la pena a que se refiere el artículo anterior (Prisión de 6 meses a 2 años y multa de 200 a 2000 quetzales). 1o. Cuando recayere en ruinas o monumentos históricos, o si fuere ejecutado en bienes de valor científico, artístico o cultural."

Derogado parcialmente en cuanto a los objetos religiosos por el Decreto 36-94.

Art. 283.: Incendio agravado: "Es incendio específicamente agravado: ...5o. El que destruya bienes de valor científico, artístico o histórico. El responsable de incendio agravado será sancionado con prisión de 4 a 12 años."

g) Decreto 33-96 del Congreso de la República.

Bajo el título De la Depredación del Patrimonio Nacional, se regula:

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

Art. 23: Se adiciona el artículo 332 "A", el cual queda así

Artículo 332 "A": Hurto y Robo de Tesoros Nacionales. Se impondrá prisión de dos a diez años en el caso del art. 246 y prisión de cuatro a quince años en los casos del art. 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 y custodia de los bienes protegidos por este artículo.

Art. 24: se adiciona el artículo 332 "B" el cual queda así:

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.

Artículo 25 Se adiciona al artículo 332 "C" el cual queda así:

Art. 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 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.

Artículo 26 Se adiciona el artículo 332 "D" el cual queda así:

Art. 332 "D": Extinción de la acción o de la pena. En el caso de los delitos tipificados en este título, se extinguirá la acción o la pena si voluntariamente y sin requerimiento alguno se entrega el objeto sustraído o traficado, o la totalidad de los objetos sustraídos o traficados, a juez competente quien lo entregará al Ministerio de Cultura y Deportes.

Las normas contenidas en este decreto, referentes al patrimonio nacional, fueron tomadas con pequeñas modificaciones del Proyecto de Código Penal para la República de Guatemala, que se discute actualmente en el Congreso. En opinión del autor de este trabajo las referidas normas no responden a las expectativas de protección al patrimonio cultural del país, pues se deja de regular conductas típicamente antijurídicas como la apropiación y retención indebidas, los daños y su forma culposa de comisión, entre otras. Por otro lado, no se establece con precisión el bien jurídico tutelado, pues se refieren a bienes arqueológicos sin especificar en forma técnica qué debe entenderse como tales bienes; además, el título debió haber sido "De la Depredación del Patrimonio Cultural de la Nación" y no simplemente "De la Depredación del Patrimonio Nacional", pues este último incluiría bienes que nada tienen que ver con la cultura, la historia, la Arqueología o el arte.

D) Normas reglamentarias:

- a) Acuerdo de Creación del Instituto de Antropología e Historia de Guatemala, de fecha 23 de febrero de 1946;
- b) Ley de Protección de Kaminal Juyú, del Viceministro de Educación, emitido en 1964;
- c) Acuerdo de Creación de Zonas y Monumentos Arqueológicos, Históricos y Artísticos de los Períodos Prehispánico o Hispánico, de fecha 12 de junio de 1970.

d) Reglamento de Funcionamiento del Parque Nacional Tikal, Acuerdo Presidencial de fecha 2 de septiembre de 1957.

La legislación antes transcrita, no llena las expectativas de protección al patrimonio cultural del país, en algunos casos, por no contener disposiciones de orden penal; en otros, por establecer penas inaplicables en virtud de no estar contempladas en la legislación penal vigente del país; y por último, como en el caso del Decreto 60-69 del congreso de la República, "Ley Protectora de la Ciudad de Antigua Guatemala", por tratarse de disposiciones de tipo local. Es evidente entonces, que no existe en el ordenamiento legal vigente en relación con el patrimonio cultural del país, una ley que tutele adecuadamente este bien jurídico.

UNIVERSIDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

CONCLUSIONES

- A) El contenido del Decreto 36-94 del Congreso de la República "Ley Penal de Protección al Patrimonio Histórico y Artístico del País", no corresponde al bien jurídico que pretende tutelar, pues se refiere únicamente a objetos de naturaleza religiosa.
- B) El Decreto 36-94 incluye graves errores conceptuales en su contenido.
- C) El sistema de determinación de la pena seguido por el Decreto 36-94 es inaceptable por contravenir la doctrina penal moderna y el artículo 65 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República.
- D) Las penas establecidas en esta ley son excesivas, pues no existe relación de proporcionalidad entre el delito y la pena.
- E) El sistema de determinación de la pena accesoria de multa establecido en la ley objeto de este estudio es inadecuado y de difícil aplicación práctica, pues los bienes que conforman el patrimonio cultural del país, no tienen un valor económico; su valor es social, científico y cultural.
- F) No existe en la legislación vigente, una ley que tutele adecuadamente el patrimonio cultural del país.

RECOMENDACIONES

A) Emitir las normas necesarias a efecto de proteger adecuadamente el patrimonio cultural del país, estableciendo con claridad el bien jurídico tutelado, las figuras penales pertinentes, las formas de comisión y las penas ajustadas a la doctrina moderna.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Centro

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA:

BECCARIA CASARE, De los Delitos y de las Penas. Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955.

BUSTOS RAMÍREZ JUAN, Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1989.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Derecho Penal Mexicano, Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México 1, D.F., 1988

CUELLO CALON, EUGENIO, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Bosch-Casa Editorial, Barcelona, 1935.

CUELLO CALON EUGENIO, Penología, las penas y las medidas de seguridad, su ejecución. Editorial Reus (S.A.), Madrid 1920

ESTRADA VELEZ, FEDERICO. Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Editorial Temis, S.A. Bogotá, Colombia, 1986.

FONTAN BALESTRA CARLOS, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Segunda Edición corregida y actualizada Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. Derecho Penal Español, Parte General. Séptima Edición, Madrid, 1979.

PUIG PEÑA FEDERICO, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo V. Edlar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, 1988

LEYES:

Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente en 1985;

Decreto 36-94 del Congreso de la República, "Ley Penal de Protección al Patrimonio Histórico y Artístico del País";

Decreto 33-96 del Congreso de la República, "Reformas al Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal.

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

Decreto 48-92 del Congreso de la República, "Ley Contra la Narcoactividad";

Decreto 2-89 del Congreso de la República, "Ley del Organismo Judicial";

Decreto Ley 106, Código Civil;

Decreto Ley 342, Código de Minería;