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



DANNY ALEXANDER ESCOBAR HEREDIA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2006.

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

#### LA NECESIDAD DE CAPACITAR EN CONCEPTOS DE PATRIMONIO CULTURAL, TRÁFICO ILÍCITO Y LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL A LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA Y JUECES DE PAZ

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

🔌 de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DANNY ALEXANDER ESCOBAR HEREDIA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO** 

Guatemala, octubre de 2006.



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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López

VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín

VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdéz López SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

#### TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

**Primera Fase:** 

Presidenta: Licda. Mayra Yojana Véliz López Vocal: Licda. Aura Marina Chang Contreras Secretario: Lic. Luis Alfredo González Ramila

**Segunda Fase:** 

Presidente: Lic. Gustavo Adolfo Mendizábal Mazariegos Vocal: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández Secretario: Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus

**RAZÓN**: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis" Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

#### Licenciada Doris Lucrecia Alonso de Orellana

Abogada y Notaria Colegiado Num. 6398 Tel. 23340088, 23319042





Guatemala, 26 de Junio de 2006

LIC. MARIO AGUILAR ELIZARDI DIRECTOR DE UNIDAD DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA SU DESPACHO.



Doris Lucrecia Alonso Hidalgo Abogada y Notaria

En forma atenta me dirijo a usted, para manifestarle que procedí a asesorar el trabajo de tesis elaborado por el bachiller Danny Alexander Escobar Heredia, intitulado "LA NECESIDAD DE CAPACITAR EN CONCEPTOS DE PATRIMONIO CULTURAL, TRÁFICO ILÍCITO Y LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL A LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA Y JUECES DE PAZ" en virtud de lo cual manifiesto lo siguiente:

Del trabajo realizado pude observar que el bachiller Escobar Heredia, ha desarrollado el tema en forma satisfactoria, llenando los requisitos establecidos en la Facultad para este tipo de trabajos.

En virtud de lo expuesto, DICTAMINO en forma favorable que el trabajo en mención presentado por el bachiller Danny Alexander Escobar Heredia, llena los requisitos exigidos por la reglamentación de esta casa de estudios para ser discutida en el Examen Público respectivo.

Atentamente,

Licda. Doris Lucrecia Alonso de Orellana Abogada y Notaria





UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de julio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) LICENCIADO (A) EDDY GIOVANNI ORELLANA DONIS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante DANNY ALEXANDER ESCOBAR HEREDIA, Intitulado: "LA NECESIDAD DE CAPACITAR EN CONCEPTOS DE PATRIMONIO CULTURAL, TRÁFICO ILÍCITO Y LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL A LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA Y JUECES DE PAZ"

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del titulo de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTEN JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis MTCL/sllh

#### Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis

Abogado y Notario 7ma Av. 3-74 Zona 9 Edificio "74" Oficina 502 Tel. 23340088, 23319042, 23324494

Oficina 502

Guatemala, 02 de Agosto de 2006

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis Universidad de San Carlos de Guatemala Ciudad Universitaria Guatemala



Licenciado Castillo

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa jefatura, el día veinticinco de julio de dos mil seis, en el que se dispone nombrarme como Revisor del trabajo de tesis de el bachiller DANNY ALEXANDER ESCOBAR HEREDIA, y para lo cual rindo el siguiente dictamen: El trabajo de tesis presentado por el bachiller Escobar Heredia se intitula "LA NECESIDAD DE CAPACITAR EN CONCEPTOS DE PATRIMONIO CULTURAL, TRÁFICO ILÍCITO Y LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL A LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA Y JUECES DE PAZ".

De la revisión practicada, se establece que el trabajo útil contiene gran contribución técnica y científica a estudiosos del Derecho del Patrimonio Cultural Nacional, además la técnica de investigación utilizada fue de carácter documental, bibliográfico y de entrevistas, así como consultas de Derecho comparado Nacional e Internacional.

La presente Tesis cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial lo establecido en el articulo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Graduación para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, quien ha manejado la metodología pertinente, así como la redacción que ha sido clara y práctica para la fácil compresión

#### del lector.

En tal virtud y después de haber satisfecho las exigencias del suscrito revisor émito mi DICTAMEN FAVORABLE para que el presente trabajo de tesis de el bachiller DANNY ALEXANDER ESCOBAR HEREDIA, continué su trámite

Lic. Eddy Gjovanni Orellana Donis Colegiado 4,940

> EDDY GIOVANNI ORELLANA DONIS ABOGADO Y NOTARIO



# DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de septiembre de dos mil seis-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (la) estudiante DANNY ALEXANDER ESCOBAR HEREDIA, titulado LA NECESIDAD DE CAPACITAR EN CONCEPTOS DE PATRIMONIO CULTURAL, TRÁFICO ILÍCITO Y LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL A LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA Y JUECES DE PAZ, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/sllh

Con

GLATERIAN DE SECRETARIA SECRETARI



#### **DEDICATORIA**

A DIOS: Porque el temor de Dios es el principio de la sabiduría, conocer al

que es santo eso es inteligencia, Proverbios 9:10.

A MIS PADRES: Gonzalo Escobar Moro (QEPD) por su múltiple esfuerzo y

sacrificio incansable para mi formación y Deysi Annelisse Heredia

Barrios.

MIS HERMANOS: Luis Gonzalo Escobar Heredia, Luidania Mayarit Escobar, Nellida

Grecia Escobar, Valeria Escobar y Gonzalo Antonio Escobar.

A MIS ABUELOS: Gonzalo Escobar (QEPD), Rosaura Moro, Manfredo Heredia

(QEPD) y, Victoria Barrios (QEPD).

A MIS TÍOS: Lic. Walfre Alberto Heredia Barrios su ejemplo fue mi directriz,

Gilma Heredia de Aguilar, Rosa Escobar de Guerrero.

A MI SOBRINO: Alexander Manfredo Escobar Castillo, su amor por la vida es

ejemplo a mi persona.

A MIS AMIGOS: Licda. Lucia Inés Xiloj Cuin, Lic. Eddie Obdulio Morales del Cid,

Sergio Fabián Xivir Queme, Alba Mariela de León Castellanos.



A MIS CATEDRÁTICOS: Por sus sabias enseñanzas, será la directriz de mi vida profesional.

A MI ASESORA: Licda. Doris Lucrecia Alonso Hidalgo.

A MI REVISOR: Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis.

A: La prestigiosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de

Guatemala y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, templo

del saber.



### ÍNDICE

troducción	i
CAPÍTULO I	
El patrimonio cultural	1
1.1 Definiciones.	2
1.1.1 Cultura	2
1.1.2 Patrimonio	3
1.1.3 Patrimonio cultural.	4
1.2 Importancia socioeconómica del patrimonio cultural	4
1.2.1 Antecedentes.	6
1.2.2 Las principales iniciativas del trabajo cultural en Guatemala	9
1.2.3 Expresiones, organizaciones y movimientos de la sociedad civil	13
1.2.3.1 Funciones sociales del patrimonio cultural	15
CAPÍTULO II	
El proceso penal	19
2.1 Aspectos generales.	19
2.2 Sistemas procesales penales	19
2.2.1 Sistema acusatorio.	20
2.2.2 Sistema inquisitivo.	23
2.2.3 Sistema mixto.	28
2.2.4 Sistema procesal de Guatemala.	30
2.3 Características del proceso penal de Guatemala.	31
2.3.1 La oralidad en el procedimiento penal	31
	CAPÍTULO I  El patrimonio cultural.  1.1 Definiciones

	2.3.2 I	La inmediación	35
		_a publicidad	
	2.3.4 V	Valoración de la prueba	40
	2.3.5 I	La doble instancia	41
	2.4 Princip	ios del derecho procesal penal	45
		CAPÍTULO III	
3	Mecanism	os de protección del patrimonio cultural	79
	3.1 Institu	ciones encargadas de la protección del patrimonio cultural	79
	3.1.1	Ministerio de Cultura y Deportes.	79
	3.1.2	Dirección General del Patrimonio Cultural	79
		3.1.2.1 Atribuciones.	80
	3.1.3	Registro de bienes culturales	85
	3.1.4	Sección de bienes culturales de la época prehispánica	86
	3.1.5	Sección de bienes culturales de la época hispánica y republicana	86
	3.1.6	Sección de folklore	87
	3.1.7	Sección de bienes inmuebles.	87
	3.2 Regula	ación nacional que protege el patrimonio cultural	88
	3.2.1	Constitución Política de la República de Guatemala	89
		3.2.1.1 Antecedentes.	89
		3.2.1.2 Constitución Política de la República de Guatemala de 1954	89
		3.2.1.3 Constitución Política de la República de Guatemala de 1956	90
		3.2.1.4 Constitución Política de la República de Guatemala de 1965	91
		3.2.1.5 Constitución Política de la República de Guatemala de 1985	91
	3.2.2	Ley de Patrimonio Cultural	94

SECRETARIA

3.2.3	Código Penal	96
3.3 Regu	ación legal internacional que protege el patrimonio cultural	97
3.3.1	Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los	
	Derechos de las Poblaciones Indígenas	97
3.3.2	Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales	98
3.3.3	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	100
3.3.4	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	100
3.3.5	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas	
	de Discriminación Racial.	101
3.3.6	Convención sobre los Derechos del Niño	101
3.3.7	Declaración Universal de los Derechos Humanos	101
3.3.8	Tratado de la Integración Social Centroamericana	102
3.3.9	Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a	
	Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas	102
3.3.10	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	102
3.3.1	Alianza para el desarrollo sostenible en Centroamérica	103
3.4 Conv	enios de cooperación regional	104
3.4.1	Estados Unidos de Norte América.	104
3.4.2	Estados Unidos Mexicanos.	104
3.4.3	Centro América	105
3.5 Otras	instituciones que colaboran para la protección del patrimonio cultural	105
3.5.1	Organización de las Naciones Unidas para la	
	Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)	105
3.5.2	Consejo Internacional de Museos (ICOM)	107
3.5.3	Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL)	108

	3.5.4 Object- ID un instrumento valioso.
	3.5.5 Departamento de Estado de Estados Unidos de Norte América
	CAPÍTULO IV
4	Necesidad de capacitar en conceptos de patrimonio cultural, tráfico ilícito y
	legislación nacional e internacional sobre la protección del patrimonio cultural
	a los jueces de paz y jueces de primera instancia
	4.1 La problemática del tráfico ilícito del patrimonio cultural de la nación111
	4.2 La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales
	4.3 Participación de los órganos jurisdiccionales en la protección del
	patrimonio cultural
C	ONCLUSIONES121
R	ECOMENDACIONES. 123
Е	BIBLIOGRAFÍA125

SECRETARIA



#### INTRODUCCIÓN

El patrimonio cultural de la nación constituye un conjunto de bienes tangibles e intangibles que representan la historia de una sociedad, en este caso la sociedad guatemalteca, de allí surge la importancia de regular la protección de estos bienes, ya que cada habitante de la república tiene derecho de conocer el pasado y especialmente su pasado. Sin embargo, para materializar dicha protección es necesario que quienes se encarguen de aplicar la justicia y sanciones a quienes infringen la ley, conozcan a profundidad la regulación tanto nacional como internacional sobre el tema.

Es por ello que en el presente trabajo, se hace un estudio no exhaustivo, pero básico de la legislación nacional e internacional que regula la protección del patrimonio cultural, así como de las instituciones que a nivel de la República y a través de la cooperación internacional también tratan el tema mencionado.

También se realiza una serie de entrevistas con jueces de paz y jueces de primera instancia, ya que son las personas objeto del presente trabajo, para establecer si es necesario que se les capacite en temas relacionados con la protección del patrimonio cultural, y evitar su tráfico ilícito.

Se ha planteado como hipótesis del presente trabajo que la capacitación a los jueces de paz y de primera instancia en conceptos del patrimonio cultural y legislación nacional e internacional, es indispensable para garantizar la protección del patrimonio cultural de nuestro

país, haciendo que los procesos en esta materia sean efectivos y ágiles. Esta hipótesis se pretende comprobar como lo indicábamos anteriormente a través del estudio de la legislación nacional e internacional y con entrevistas con los juzgadores; siempre partiendo de los siguientes supuestos: el incremento del trafico ilícito del patrimonio se establece debido al desconocimiento generalizado en lo relativo a conceptos de patrimonio cultural y legislación nacional e internacional, especialmente por parte de los operadores de justicia de nuestro país. En la actualidad existe gran desconocimiento en cuanto a los conceptos del patrimonio cultural, tráfico ilícito y legislación nacional e internacional sobre protección al mismo, lo que favorece el tráfico ilícito.

Con el presente trabajo se alcanzaron los siguientes objetivos: demostrar la necesidad de capacitación a los jueces de paz y a los jueces de primera instancia en conceptos de patrimonio cultural y legislación nacional e internacional, para garantizar la protección del patrimonio cultural de nuestro país, así como demostrar la urgencia en cuanto a la aplicación de la legislación referente que patrimonio cultural que regula el combate al tráfico ilícito del patrimonio cultural.

El presente trabajo se dividió en cuatro capítulos. El primer capítulo desarrolla aspectos generales referentes al tema del patrimonio cultural, específicamente definiciones de lo que es patrimonio, cultura y patrimonio cultural en su conjunto, así como antecedentes del estudio de esta materia, y la incidencia que ha tenido la sociedad civil en el tema. El segundo capítulo hace referencia a los sistemas procesales penales que se han utilizado y estudiado en la evolución del Derecho Penal y específicamente los que se han utilizado en Guatemala,

haciendo énfasis que actualmente el sistema penal que se pone en practica en el país es un sistema mixto con tendencias acusatorias ya que ahora contamos con un órgano encargado de la investigación que es el Ministerio Publico, un órgano contralor de dicha actividad que es el juez de primera instancia, y el órgano encargado de dictaminar si una persona es o no responsable de la comisión de un delito e imponerle una pena o medida de seguridad.

En el capítulo tercero se hace un estudio de los mecanismos de protección del patrimonio cultural y de algunas de las instituciones nacionales e internacionales, privadas y publicas encargadas de la protección del patrimonio cultural; se investigaron algunas acciones que han emprendido dichas instituciones, las actividades de cada una de ellas, la colaboración institucional y específicamente el estudio de las funciones del Ministerio de Cultura y Deportes y sus distintas unidades, ya que es este ministerio quien tiene la competencia para el estudio, protección y promoción del cuidado del patrimonio cultural.

Por último en el capítulo cuarto del presente trabajo se analiza la necesidad de capacitar a los jueces de paz y a los jueces de primera instancia sobre conceptos, definiciones, legislación nacional e internacional sobre la protección del patrimonio cultural, así también se aborda la problemática del trafico ilícito del patrimonio cultural de Guatemala y las acciones que se han tomado a nivel nacional en contra de la lucha del mismo y la participación de los órganos jurisdiccionales en la protección del mismo.



#### CAPÍTULO I

#### 1 El patrimonio cultural

El tema del patrimonio cultural en un país como Guatemala, una sociedad multiétnica, plurilingüe y multicultural que posee una gran variedad de expresiones y tradiciones culturales que forman parte de su patrimonio intangible, es de vital importancia. Las tradiciones populares en distintas comunidades culturales y religiosas están fuertemente relacionadas con objetos e imágenes que conforman parte del patrimonio cultural de la nación.

Los sitios arqueológicos son parte de los bienes del estado como lo indica la Constitución de la República del año 1954 donde claramente dice que "Toda riqueza arqueológica, histórica y artística existente en el territorio de la República, sea quien fuere su dueño, forma parte del tesoro cultural de la nación y estará bajo la protección y salvaguardia del estado", sin dejar duda alguna que los bienes arqueológicos son de todos los guatemaltecos por lo que el poseedor es únicamente depositario de los bienes arqueológicos.



#### 1.1 Definiciones

Para comprender la importancia y profundidad del tema acerca de la protección del patrimonio cultural de la nación, es necesario conocer el significado de cada una de las palabras que componen dicho tema.

#### 1.1.1 Cultura

Es el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan a una sociedad o grupo social en un periodo determinado. El término 'cultura' engloba además modos de vida, ceremonias, arte, invenciones, tecnología, sistemas de valores, derechos fundamentales del ser humano, tradiciones y creencias. A través de la cultura se expresa el hombre, toma conciencia de sí mismo, cuestiona sus realizaciones, busca nuevos significados y crea obras que le trascienden.<sup>1</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Diccionario electrónico, Encarta 2005.



#### 1.1.2 **Patrimonio**

Designa el conjunto de bienes y derechos que componen el activo de una propiedad. Así se puede hablar de impuesto sobre el patrimonio, de modo que queda sujeto a tributación todo elemento de valor económico activo de la persona. Sin embargo, en sentido técnico jurídico han de comprenderse también en la noción de patrimonio todas las deudas que lo gravan, al igual que cualquier relación jurídica susceptible de tener repercusión económica. Sólo así se comprende que se pueda decir que ser heredero puede no resultar beneficioso, por ser más las deudas que los bienes que deja el causante a su muerte; o que para la valoración de una empresa sea preciso tener en cuenta bienes inmuebles, muebles, títulos valores, derechos intangibles, acciones, obligaciones y deudas, entre otros, y hasta incluso se valore el prestigio comercial o la clientela. Puede ocurrir que una vivienda sea un auténtico palacio, pero que se haya adquirido mediante un préstamo que está pendiente de pago en su integridad, lo que hace que el valor patrimonial de la casa sea bien escaso. En definitiva, por patrimonio se entiende el conjunto de relaciones económicas activas y pasivas atribuido a una persona física o jurídica, y que se encuentra al servicio de sus fines.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Ibid.



#### 1.1.3 Patrimonio cultural

Es el conjunto de parajes que poseen un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, y por monumentos naturales, formaciones geológicas, parajes naturales que poseen un valor excepcional desde un punto de vista estético o científico.<sup>3</sup>

El patrimonio cultural de un grupo social, país o nación es el conjunto de sitios, objetos, expresiones y personas que materializan simbólicamente los contenidos ideológicos que mantienen cohesionada a esa colectividad y que le otorgan, por medio de la producción, consumo y resignificación constante de esos sitios, objetos, expresiones y personas, su sentido de identidad cultural y de legitimación política frente a otros grupos sociales. <sup>4</sup>

#### 1.2 Importancia socioeconómica del patrimonio cultural

La importancia de proteger el patrimonio cultural de la nación deviene en que todas las culturas son legítimas y en cuanto a legitimidad todas son iguales. No hay culturas superiores y culturas inferiores. Cultura es una matriz vital anterior y posterior al progreso, hoy se nos quiere imponer una macrocultura única

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Diccionario electrónico, Encarta 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Morales, Mario Roberto (**La Insignia**) http://www.lainsignia.com., 2 de mayo de 2006

que es pensamiento único, ideología sin contrincantes y dominación neocolonizadora, negando las identidades, que son alteridades, impidiendo la armonía concertada de la humanidad.

Las universidades guatemaltecas no ofrecen en ninguna de sus carreras una materia en donde se trate sobre la importancia de la protección del patrimonio cultural de Guatemala, entendida como la capacitación para el ejercicio profesional en la cultura con los principios de la educación popular. Quienes se dedican profesionalmente en Guatemala a emprender iniciativas que tienen objetivos culturales y estimulan la participación con otros se refieren comúnmente a lo que hacen como promoción, administración o gestión cultural.

Dado que el trabajo en la cultura puede ser acometido desde modalidades muy diversas, sus resultados dependen del enfoque empleado y los métodos, nunca es neutro; siempre está cargado de representaciones y sentidos, a veces es apreciado y bienvenido, pero también puede generar desconfianza o rechazo. Puede hacer crecer a la comunidad en valores culturales o insidiosamente atentar contra ellos.



#### 1.2.1 Antecedentes

Aparentemente, los vocablos cultura, artes y promoción pueden parecernos afines o compatibles, pero también pueden hacérsenos ajenos u opuestos entre sí. Las actividades concretas de la cultura pueden resultar fenómenos que retroalimentan positivamente a otras o contrariamente como fenómenos que enajenan.

En Guatemala la convivencia de varias culturas en un mismo territorio exige que se dirija la atención a los métodos más apropiados para mediar en los asuntos culturales. Guatemala tiene hoy 23 idiomas oficialmente reconocidos y cuatro grupos culturales principales (xinca, maya, ladino y garífuna) además del que práctica una cultura internacional u occidental. El número de idiomas puede ser un poco mayor o menor dependiendo de los criterios lingüísticos.<sup>5</sup>

El territorio que hoy es Guatemala y el área mesoamericana en general constituyeron un espacio de culturas prehispánicas cuya complejidad y desarrollo causan asombro aún en nuestros días. En la actualidad, cualquiera puede observar una riqueza cultural sin igual, con muy variadas expresiones que han resistido la colonización desde principios del siglo XVI hasta la época de la independencia de España y,

.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Academia de Lenguas Mayas, Informe Anual 2005, pág. 58.

posteriormente, los intentos de sometimiento por parte del estado guatemalteco. Los rasgos más profundos de la cultura de varios pueblos de Guatemala guardaron con mucha fortaleza una identidad propia; conservaron cierto grado de unidad cultural, a pesar del largo periodo de exclusión y discriminación por parte del estado y las elites gobernantes hasta la fecha actual. Entre 1944 a 1954, Guatemala tuvo 10 años de naciente democracia que trajo consigo el florecimiento de las artes y las expresiones culturales. Ese breve espacio histórico concluyó con la intervención norteamericana que, bajo instrucciones del cuerpo de inteligencia según ha reconocido oficialmente el gobierno de los Estados Unidos de Norte América, impuso gobiernos sumisos ante los intereses de ese país.

Desde la década de los años sesenta, como consecuencia de las pobres condiciones de vida y la marginación política, Centro América sufrió procesos de guerra y violencia que amenazaron confluir unos con otros y convertirse en un solo proceso bélico regional. Aunque no llegaron a integrarse en un solo conflicto, la región vivió un periodo agitado que culminó con la toma del poder gubernamental en uno de los países centroamericanos y con acuerdos formales de paz en otros dos países. Guatemala, en total, vivió cuatro décadas de conflicto profundo y unos diez años de guerra; como toda guerra, ésta fue una expresión de máxima violencia social. El sufrimiento, el número de las víctimas y las violaciones

a los derechos humanos llegaron a ser sumamente graves. Las partes en pugna, el estado guatemalteco y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, acordaron la firma de la paz después de casi seis años de negociaciones fuera del país y a puerta cerrada.

Las secuelas de la guerra manifestadas como fenómenos culturales se viven todavía hoy a pesar de haber concluido formalmente esa etapa con la firma de los Acuerdos de Paz el 29 de diciembre de 1996. Las exacerbaciones de los fenómenos de corrupción, violencia, invisibilidad de las víctimas, nuevas formas de autoritarismo y exclusión se viven hoy día. Los resultados más importantes del esfuerzo negociador, en cuanto a procesos políticos, diálogo y construcción de acuerdos, todavía están por verse después de casi siete años de la firma de los acuerdos. Porque el proceso de paz ha sido lento. Es cierto que los acuerdos pueden constituir lo más cercano a un proyecto nacional si se logran incorporar al ideario de la sociedad civil. La propuesta de éstas es su mayor contribución, pero quedan por resolver cuáles serán los procedimientos que tanto el gobierno como la sociedad habrán de realizar para alcanzarlos. El asunto del cómo es pertinente para el trabajo cultural en el país.

Además de los procesos internos de Guatemala, los internacionales y mundiales tienen trascendencia de primer orden en la vida cultural del país. Los procesos de intercambio global de personas, bienes culturales,

especialmente los productos científicos y tecnológicos, y recursos financieros imponen nuevos retos para los países más pobres. Éstas son instituciones tiránicas, totalitarias, megacorporaciones. Son economías jerárquicas grandes, dirigidas desde arriba, casi sin dar cuentas a nadie, y vinculadas de varias maneras. Su primer interés es la ganancia pero mucho más que eso, es construir un público de un tipo particular. Un público atomizado, separado uno del otro, fragmentado lo suficiente para que no entre en la arena política y perturbe al poderoso, afectando a las comunidades que también constituyen patrimonio cultural.

#### 1.2.2 Las principales iniciativas del trabajo cultural en Guatemala

Las iniciativas, proyectos y acciones que realiza la Universidad de San Carlos de Guatemala, el gobierno de Guatemala por medio del Ministerio de Cultura y Deportes, y las organizaciones de la sociedad civil destacan por su magnitud entre otros movimientos e instituciones culturales en Guatemala.

El Estado guatemalteco asigna a la Universidad de San Carlos la responsabilidad de atender lo relativo a la educación superior estatal. Ésta es una institución autónoma a la que corresponde dirigir, organizar y desarrollar la educación superior del estado, además de la difusión de la

cultura. Tiene la responsabilidad de promover la investigación en todas las esferas del saber humano y cooperar en el estudio y solución de los problemas nacionales. Sus postulados indican que es una institución académica que ha de contribuir a desarrollar una filosofía latinoamericana que nos aleje de la dependencia histórica y, en el ínterin, haga propuestas antihegemónicas de carácter libertario.

Como institución de la educación y la cultura, sus contribuciones van desde las relacionadas con sus dependencias como casas de cultura, centros culturales, bibliotecas, museos; hasta las que se refieren a actividades de producción editorial, obras artísticas, exposiciones, propuestas, pronunciamientos públicos y reflexiones acerca de los problemas del analfabetismo, la cuestión étnica, la identidad cultural, y el fomento de los valores nacionales.

Las políticas culturales que renovó la universidad en 1993 tienen un enfoque plural. Definen el objetivo esencial: contribuir y actuar para la realización humana plena del guatemalteco. Ello supone la concurrencia de esfuerzos dirigidos a establecer las condiciones de libertad, justicia y creatividad, así como ampliar las acciones encaminadas al enriquecimiento cultural, el fomento de las autonomías étnicas, la recuperación de las identidades históricas dentro de una diversidad que apunta hacia una nación común, democrática e independiente, con un desarrollo equitativo.



El Ministerio de Cultura y Deportes es, junto con el Ministerio de Educación, la principal entidad gubernamental que atiende los temas culturales de Guatemala. El principal objetivo enunciado por la cartera es apoyar el desarrollo integral y sustentable de los habitantes del país, mediante el fomento de las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y recreativas, para el fortalecimiento de la conciencia de nación. Dicho ministerio publicó recientemente un documento que contiene las políticas culturales y deportivas nacionales que fueron acordadas como resultado del Congreso Nacional sobre Lineamientos de Políticas Culturales realizado del 11 al 14 de abril de 2000.6

Los principios gubernamentales en materia de cultura se basan en lo contemplado por la Constitución Política de Guatemala, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Ley del Organismo Ejecutivo y los Acuerdos de Paz, con el propósito de contribuir al desarrollo humano integral de los habitantes del país, mediante la promoción de la identidad nacional, basada en una cultura cívica; el reconocimiento y respeto de la diversidad cultural y lingüística de la nación; y el fomento de las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y recreativas. Para el efecto, "Protege, conserva y estudia el patrimonio cultural tangible e intangible y el patrimonio natural del país. Promueve la creatividad.

-

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Ministerio de Cultura y Deportes, http://www.ministeriodecultura.org.gt, junio, 2006.

Fomenta la recreación, el juego y el deporte. El conjunto integral de su labor está cimentado en la libertad, la equidad, la democracia y el respeto a los derechos humanos".

El Ministerio de Cultura y Deportes se compromete en nombre del estado a facilitar la comprensión entre cultura y desarrollo y asumir el pluralismo cultural como el mayor valor para alcanzar el desarrollo humano sostenible para ello debe realizar políticas planificadas con anterioridad.

El impacto de estas políticas es más bien bajo, lo cual es explicable, en parte debido al escaso apoyo que recibe el ministerio. Actualmente el gobierno guatemalteco asigna menos del cero punto dos por ciento del presupuesto a dicho ministerio.

Otras entidades del estado guatemalteco también actúan en el campo de la cultura. El conjunto de actividades culturales de las escuelas públicas es uno de los principales. No obstante, las actividades que tocan los temas cívicos han recibido críticas por dedicarse más que todo a cultivar los símbolos patrios con escasa atención al ejercicio democrático y a la comprensión de los problemas sociales. Es conocido el bajo grado de cooperación de las entidades del estado entre sí y con las comunidades.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> González Ávila, Manuel. Universidad de San Carlos de Guatemala, Junio de 2003



#### 1.3 Expresiones, organizaciones y movimientos de la sociedad civil

Si establecemos que la sociedad civil es el conjunto de los diversos sujetos sociales que establecen relaciones por las que actúan en su calidad privada pero en función de intereses públicos, tendremos una acepción que nos permite distinguirla del mercado y el estado, aun cuando la reconocemos relacionada con las otras esferas sociales. La diversidad del accionar de la sociedad civil da lugar a expresiones y entidades sociales con variados grados de organización. Algunas llegan sólo a manifestarse en un sentido coyuntural o puntual. En otros casos, han construido redes importantes de apoyo mutuo llegando a ser movimientos de alta y sostenida presencia social. En conjunto, muestran los significados, intenciones, afinidades, valores, identidades, imaginarios e ideologías que son y mueven la cultura. Éste debe ser el sustrato principal de las actividades culturales legítimas. Por el contrario, las que reproducen las intenciones de los aparatos de dominación y la exclusión vacían del contenido democrático a los procesos socioculturales.

En Guatemala, las organizaciones de la sociedad civil cubren mucho de la vida pública, incluyendo la literatura, la plástica y el arte en general, los temas étnicos, los temas de género, las iniciativas de sectores de la sociedad civil ante organismos del estado, la capacitación, actualización, la salud y los derechos humanos. Además, promueven acciones en las áreas de acompañamiento y resarcimiento a víctimas del conflicto armado, reinserción social de desplazados, desarraigados y desmovilizados, educación, pobreza y sus secuelas, cultivo de los

valores de la paz y la democracia. Entre otros campos, también tocan servicios, financiamiento y facilitación con organismos internacionales. Algunas se han constituido como unidades de investigación, especialmente, en los campos socioculturales, políticos y económicos.

Los medios de comunicación, en el contexto de América latina y Centroamérica, así como en otros lados, son importantes animadores de las culturas. El poder de las imágenes y las fuentes principales de creación de imágenes son universalmente reconocidos. Sin embargo, su función orientadora y dinamizadora hacia el desarrollo humano son todavía cuestionables en su manejo actual por los medios de comunicación. Estos tienen pendiente su tarea de hacerse abiertos a las diferentes opiniones y deben presentar imparcialmente las reflexiones contradictorias y plurales de las opciones públicas. La radio y la televisión son espacios que potencialmente ofrecen oportunidades de participación a las expresiones y las organizaciones de la sociedad civil. La radio, en alguna medida, ha dado cabida a algunas de las iniciativas de las organizaciones de la sociedad civil.

La integralidad y la sostenibilidad son dos cualidades necesarias para afianzar las contribuciones sociales que en realidad cuentan como avances. Si la concepción de sociedad y el correspondiente proyecto social destacan la importancia de la economía, por ejemplo, sin incluir igualmente la salud pública y el ambiente, el desarrollo político y la cultura, en poco tiempo muestran las

deficiencias. Tal tipo de proyecto es falaz, pues del hecho de que la economía es un componente necesario del desarrollo, se infiere que es suficiente.

#### 1.3.1 Funciones sociales del patrimonio cultural

Los sitios y objetos culturales que forman parte de la herencia cultural de una colectividad constituyen parte de su patrimonio cultural, junto con todos los contenidos de conciencia que se expresan por medio de tradiciones orales y escritas que reciclan, actualizan, replantean y transforman los contenidos ideológicos en torno a los cuales la colectividad en cuestión se cohesiona, se identifica y se legitima.

Cohesión social, identificación cultural y legitimación política son, pues, las funciones sociales que cumple el patrimonio cultural de una colectividad. En este sentido, el patrimonio cultural es un organismo vivo que se valoriza constantemente según sean las necesidades de readecuación que el grupo experimente en relación a su cohesión, su identidad y su legitimación en un momento histórico dado. En tal sentido, el patrimonio cultural de una colectividad puede estar sujeto a múltiples usos sociales, como por ejemplo el uso de su dimensión científica, arqueológica, antropológica, sociológica, histórica; y el de su dimensión económica,

turística, cinematográfica, teatral y, en general, espectacular. También, el de su dimensión ideológica, nacionalista, con fines políticos.

Para que el patrimonio cultural cumpla a cabalidad con sus funciones sociales, necesita estar sujeto a una constante y adecuada conservación, la cual debe ser realizada permanentemente por expertos y especialistas en el ramo a fin de evitar que se destruya y se transforme perdiendo su contenido histórico y estético. El patrimonio cultural es un libro abierto en el que la ciudadanía puede reconocerse a sí misma, histórica y culturalmente, y derivar de ese reconocimiento un sentido de identidad y de legitimación que se traduce en una alta autoestima resultante de la toma de conciencia acerca de su desarrollo histórico; todo lo cual le otorga un saludable sentido de origen, pertenencia y destino que orienta sus acciones en el presente.<sup>8</sup>

La importancia del patrimonio cultural reside, pues, en las funciones sociales que como organismo vivo cumple generando elementos de cohesión social, identidad cultural y legitimación política. La importancia y necesidad de su conservación se deriva también de esas funciones, por lo que destruirlo equivale a destruirnos a nosotros mismos, en tanto que su

<sup>8</sup>Ibid.

deterioro o desaparición implica el desaparecimiento de la propia historia, del propio sentido de pertenencia y especificidad, y de las bases culturales de los mecanismos propios de legitimación política frente a otras naciones.

Naturalmente, el sentido y conocimiento de la necesidad e importancia de la preservación del patrimonio cultural debe ser resultado de una educación que al respecto se insufle desde los primeros años escolares. De otra manera, la conciencia de sí y el sentido de identidad cultural se verán debilitados y asaltados por lamentables confusiones, especialmente en el caso de países multiculturales que han protagonizado una interculturalidad conflictiva a lo largo de su historia. En este sentido, una educación histórica que tenga como objetivo el conocimiento crítico del patrimonio cultural, es el primer paso en el proceso de preservación de éste, junto a todas las medidas concretas que requiera el cuidado de los sitios, objetos, expresiones y personas que lo conforman.

De lo expuesto anteriormente, podemos concluir que a pesar de que existen esfuerzos por parte de la administración pública y sectores civiles para promover la defensa, mejoramiento y protección del patrimonio cultural de la nación, no son suficientes ya que no cuentan con herramientas que puedan sancionar a quienes infrinjan las disposiciones legales sobre el tema. Sin embargo esto es entendible porque compete a los órganos jurisdiccionales aplicar dichas sanciones es por ello que es de

suma importancia que éstos puedan conocer la legislación relativa a la protección del patrimonio cultural y se castiguen a las personas que atenten contra el régimen legal sobre el tema objeto del presente trabajo. Los órganos jurisdiccionales para que puedan aplicar las sanciones reguladas en la ley a quienes infrinjan con sus disposiciones, han de seguir un debido proceso, por lo que en el siguiente capítulo se expondrá lo relativo al cumplimiento del proceso penal en Guatemala.

# CHOCAS JURIDICAS SOCIAL CONTROL CARLOS OF SECRETARIA CONTROL CARLOS OF SECRETARIA CONTROL CONT

#### **CAPÍTULO II**

#### 2 El proceso penal

#### 2.1 Aspectos generales

Es sabido que en el proceso penal moderno, fruto del estado de derecho, la constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico, sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados por el derecho de penar que ejercita el ministerio y por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa. Sin embargo para iniciar el estudio del proceso penal es importante establecer que sistema procesal es utilizado en Guatemala.

#### 2.2 Sistema procesales penales

En el presente no se puede hacer un detallado estudio, ni siquiera una exhaustiva enumeración de la amplia gama de sistemas procesales penales que existen y han existido, pues ello no es el propósito de esta investigación.

Con una finalidad eminentemente didáctica se ha acostumbrado separarlos en tres grandes grupos, tomando en consideración para ello sus más sobresalientes características:

#### 2.2.1 Sistema acusatorio

Es incuestionable, así nos lo enseña el estudio histórico del procedimiento penal, que existe una gran relación entre las ideas políticas propias de una sociedad y el sistema que utiliza para juzgar a quienes se les atribuye la comisión de hechos delictivo. El sistema acusatorio resulta propio de regímenes liberales, sus raíces las encontramos en la Grecia democrática y la Roma republicana, en donde la libertad y la dignidad del ciudadano -no nos referimos a quienes no tenían esta categoría- ocupan lugar preferente en la protección brindada por el ordenamiento jurídico.

El nombre del sistema se justifica por la importancia que en él adquiere la acusación, ella resulta indispensable para que se inicie el proceso, pues el acusado debe conocer detalladamente los hechos por los cuales se le somete ajuicio; la pasividad del juez es otra característica del sistema, por ello le resulta imposible actuar de oficio, debe necesariamente ser legalmente solicitada su actuación, dicha solicitud puede proceder cuando se trata de delitos públicos, de cualquier ciudadano. Otros

principios importantes de este sistema son la oralidad, la publicidad y el contradictorio.

Tanto en Grecia como en Roma la oralidad es consustancial al proceso, dado que la escritura no había alcanzado el desarrollo y utilización que más tarde lograría, la forma de expresión dominada por toda la gente, necesariamente fue la oral, es por ello que tanto frente al areópago como ante el senado se hicieran de viva voz los planteamientos y de la misma forma se resolvieran los asuntos llevados a conocimiento de esas instancia.

La oralidad y el hecho de no existir otro ente superior que revisara lo resuelto, conlleva a que la instancia única sea otra de las características propias del sistema; sobre la representación del pueblo que juzga, no existe otra instancia, además no resulta posible rever lo resuelto, pues las pruebas y en algunos casos el pronunciamiento, no quedan asentados por escrito. Al confrontar este sistema con el inquisitivo veremos como en el acusatorio el juez debe ocupar un puesto más pasivo en el desarrollo de la contienda judicial, lo que le permite lograr mayor imparcialidad frente a las partes. En general, el tribunal se involucra poco con las tesis de una y otra de las partes, limitándose a oírlas, al igual que a los testigos y presenciar el recibo de las otras pruebas necesarias para demostrar el suceso fáctico en examen.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Barrientos Pellicer, César Ricardo, **Curso básico de derecho procesal penal,** pág. 40.

Al desarrollarse el procedimiento con base a debates, los que se ejecutan en lugares públicos, hace que la publicidad sea otra de las condiciones más señaladas del sistema, ella posibilita además la fiscalización del pueblo sobre la forma en que sus jueces administran justicia.

La pasividad del juez conlleva a que las partes se desempeñen con amplia libertad, para aportarle argumentos y probanzas que permitan mejor resolver, es por ello que el contradictorio adquiere marcada importancia. Las tesis encontradas de las partes permiten una mejor búsqueda de la verdad real de lo acontecido. Consecuencia directa de esa preeminencia de las partes, es el plano de igualdad en que deben desempeñar sus actuaciones, no puede existir preeminencia alguna de una sobre otra y toda actuación debe tener una finalidad propia del procedimiento. Para posibilitar ese plano de igualdad, aún en relación con el acusado, su libertad ambulatoria durante el proceso es la regla, su prisión preventiva, la excepción.

Generalmente en los regímenes políticos democráticos se utilizan sistemas procesales en los que se aplican la mayoría de los principios que informan este sistema, para posibilitar, en mayor medida, el respeto a los derechos de los ciudadanos y porque el pueblo tiene una mayor injerencia en la administración de justicia. La oralidad conlleva una notable ventaja para el sistema, pero no debe desconocerse que ella también posibilita un

mayor grado de estigmatización del reo, pues la comunidad tendrá mayor posibilidad de conocerlo directamente al tener que comparecer personalmente al debate.

Algunos ven en la oralidad un peligro para que las partes con facilidad de dicción puedan manipular con sus argumentaciones a los jueces; de ese peligro no está excento el sistema escrito, la capacidad de argumentación puede constituir también una ventaja para el que escribe bien, los giros efectivos al exponer, pueden resultar o no ventaja, pero es lo cierto que los jueces también desarrollan capacidades propias que les permiten separar, en las exposiciones de las partes, los argumentos valiosos de aquéllos planteamientos efectistas que sólo pretenden sensibilizarlos, sin ninguna razón jurídica, en favor de una de las partes.

# 2.2.2 Sistema inquisitivo

La utilización de este sistema es propio de regímenes despóticos, absolutistas y totalitarios, se le relaciona con la Roma imperial y el Derecho Canónico. En él los derechos de las partes en especial del imputado, están sobradamente disminuidos. Al juez se le erige en amo del procedimiento, es la garantía de la imparcialidad y la búsqueda de la justicia; para lograrla se permite toda clase de excesos y aún la actuación de oficio. Al pueblo se le margina de la administración de justicia, esta

función es llevada al ejercicio propio de magistrados que representan a Dios, al monarca o al emperador, por lo que debe confiarse enteramente en ellos.

Los principios que le informan son casi diametralmente opuestos a los propios del sistema acusatorio. La oralidad, la publicidad y el contradictorio, no se avienen con este sistema y son sustituidos por la escritura, el secreto y la no contradicción. La búsqueda de la verdad se debe permitir no importa el procedimiento a utilizar, si lo que interesa es poder perseguir a los infieles, no resulta indispensable que exista la denuncia del hecho, la simple delación es suficiente, con ella se cubre la identidad de quien comunica al investigador el hecho y si resulta necesario, se permite la actuación de oficio; de esa forma se garantiza que todo hecho sea investigado, no importando que al sujeto que se le atribuye la comisión de la acción, pueda o no tener conocimiento detallado sobre lo que se le acusa. Este sistema tiene un claro contenido persecutorio, la investigación muchas veces se realiza de espaldas al imputado, el expediente poco a poco se va completando, el recibo de la prueba no amerita intervención alguna de la defensa, el instructor que como ya se dijo se constituye perse en la garantía de las partes va dando a la investigación el giro que estima corresponde, como no intervienen las partes en el recibo de las probanzas, pero luego tendrán que referirse a ellas en sus alegatos previos a la resolución final, es indispensable asentar en actas el dicho de los testigos y el resultado de las pruebas recibidas, por ello la escritura sustituye a la oralidad.

El imputado no es un sujeto del proceso, es su objeto. Por ello no resulta característica de este sistema el posibilitar el acceso al expediente, ni el pueblo puede constituirse en garante de la administración de justicia, de toda forma ésta se administra en nombre de Dios, del monarca o del emperador. La publicidad no es indispensable, se constituye por el contrario en un estorbo. El secreto adquiere importancia pues permite al inquisidor investigar sin los obstáculos que pueda interponer la defensa, al amparo del secreto pudieron realizarse toda clase de excesos y aún legitimarse la tortura para arrancar la confesión, madre a su vez de todas las pruebas.

La defensa pierde toda importancia, el sistema no puede ser contradictorio. Durante toda la instrucción, etapa principal del proceso, el imputado queda a merced de los poderes del instructor. Si no le estaba permitido conocer el contenido del expediente, menos podría ejercer los derechos propios de la defensa. Pero aún al denunciante o acusador le estaba vedada cualquier actuación, es por ello que el contradictorio no puede desarrollarse con base a este sistema, el juez sustituye al acusador y se constituye en garantía del imputado. La fase de juicio resulta ser una mera formalidad, una vez recopilada toda la prueba se le confiere audiencia a las partes, para que silo tienen a bien, emitan conclusiones, las cuales no

resultan indispensables para resolver, pues siempre el juez se pronunciara aunque aquéllas no se presenten. Algunos ordenamientos latinoamericanos en sus códigos de procedimiento penal siguen los lineamientos de este sistema, pero autorizan además una audiencia oral para que las partes emitan sus conclusiones, con ello se dice se cumple con las exigencias propias de un sistema moderno de administración de justicia.

Indudablemente ello no es así, esa mala copia de un debate no es sino otro de los muchos engaños que se les han hecho a nuestros pueblos, para evitar que adquieran en toda su dimensión los derechos por los que tanta sangre se ha derramado. Los déspotas y tiranos que hemos tenido en todo el continente han encontrado en el sistema inquisitivo, que también sirvió a la corona española para supervisar y mantener su influencia en las colonias, un medio idóneo para doblegar al pueblo y postrar a los órganos jurisdiccionales este nuevo amanecer, este reverdecer de la democracia que vivimos en la América indiana debe servir para revitalizar nuestras instituciones y adecuarlas a los requerimientos propios de sistemas respetuosos de los Derechos Humanos, la administración de justicia también merece esos ajustes, la proscripción de los ordenamientos procesales fundamentados en el sistema inquisitivo debe ser una consecuencia. No puedo, por mi condición de extranjero, criticar las razones históricas que obligaron a Guatemala a crear, no hace muchos años, un sistema especial de administración de justicia en materia penal relacionada con la seguridad del estado, seguidor en forma casi absoluta de los principios que informan el sistema a que ahora nos referimos, no creo que la experiencia haya sido la mejor. El rescate de los derechos de la sociedad no puede darse sobre el desconocimiento de los derechos de lo ciudadanos, unos y otros deben ir necesariamente de la mano para que se posibilite el logro de los fines de toda sociedad democrática.<sup>10</sup>

La doble instancia es posible en este sistema y resulta una necesidad, pues si la justicia se administrara en nombre de otro -Dios, monarca, emperador- el verdadero titular de la función tiene que tener la posibilidad de revisar lo que en su nombre se ha hecho ello es factible pues todo lo actuado consta en un expediente.

La actuación del juzgador en la valoración de la prueba tampoco tiene la misma amplitud que en el sistema a que nos referimos anteriormente, al juez se le dan reglas expresas sobre la forma en que debe realizar esa valoración, es éste otro medio de control la pruebas son tasadas en su valor y el juez debe ajustarse a lo que el derecho le manda a ese respecto.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Bustos Ramírez, Juan, **Manual derecho procesal penal,** pág. 34



#### 2.2.3 Sistema mixto

Su nacimiento se relaciona con la época post-revolución francesa, pero fueron las voces que desde principios del siglo XVIII se alzaron en contra del desconocimiento de derechos que el sistema inquisitivo conlleva, las que crearon el ambiente necesario para que el cambio se produjera. El desprestigio del sistema inquisitivo, por el desconocimiento de esos derechos ciudadanos, motivó al legislador napoleónico a dedicar sus mayores esfuerzos para encontrar un procedimiento que tomando lo mejor de los anteriores se constituyera en un medio eficaz para represión de los delitos, sin desconocimiento de los derechos del ciudadano. En 1808 se sanciona el código de instrucción criminal, que entra a regir a partir de 1811, en el que se ponen en práctica esas ideas de conjunción que dan base al procedimiento que se ha conocido como mixto y cuyas principales características son:<sup>11</sup>

- Separación de la instrucción en dos etapas, la preparatoria y la de juicio.
- Preponderancia de la escritura en la primera etapa y de la oralidad en la segunda.
- Valor preparatorio de la instrucción
- Separación de funciones del acusador, el instructor y el juzgado.
- Garantía de inviolabilidad de la defensa.

1

<sup>11</sup> Ibid.

- El juez no es un mero espectante de la contienda, pues toma
  contacto directo con las partes y la prueba y dirige el
  procedimiento.
- Se elimina la doble instancia, posibilitándose la revisión de lo resuelto mediante el recurso de casación.

El desarrollo que ya se ha realizado del contenido de cada una de las características y principios de los sistemas, no es necesario hacerlo nuevamente en atención al sistema mixto, sólo resulta indispensable señalar que si bien es cierto en éste se mantiene la instructiva y en ella prevalece la escritura, no es posible asimilar ésta etapa al procedimiento inquisitivo, pues la instrucción en el sistema mixto no se inicia de oficio, requiere de una solicitud hacia el órgano jurisdiccional que al propio tiempo sirve al imputado para adquirir conocimiento sobre los hechos que se le atribuyen y así plantear la defensa.

A la instrucción tienen acceso pleno todas las partes y a ellas les está autorizada su intervención en las diligencias probatorias; además todo lo actuado en la instrucción sólo tiene valor preparatorio en relación con el juicio, etapa ésta en la que debe reproducirse totalmente la prueba que ha de servir al juzgador para resolver el asunto.



## 2.2.4 Sistema procesal de Guatemala

Según se ha podido analizar, el sistema preparado para Guatemala por los doctores Julio Maier y Alberto Binder sigue en sus principales directrices las que se han señalado como propias del sistema mixto. Pero ellos han avanzado y presentan soluciones a los problemas que se le han atribuido a ese sistema, para ello tomando en consideración la ordenanza alemana y el nuevo código procesal penal de Italia, han atribuido la función que tradicionalmente se le encomendó a los jueces de instrucción, al Ministerio Público, con ello se pretende acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal, así como simplificar y dinamizar la tarea de la investigación, estimo que el proyecto acierta en la solución que plantea a la morosidad judicial y la complicación que ha ido adquiriendo la instrucción. En nuestro país es ello -la lentitud del procedimiento preparatorio- un problema que comienza a inquietarnos y que produce serios efectos en relación con las personas que deben, por una u otra razón, esperar la celebración del debate, en prisión.

La actividad de los jueces en esta fase del proceso -según el proyecto- es de control sobre los límites del poder requirente del Ministerio Público y su actuación, debe en consecuencia el juez autorizar todas las medidas de coerción, la intervención de los interesados en el procedimiento (actor civil, demandado civil, querellante), así como las decisiones que

extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal o civil. También deben ser celebrados por el Juez los actos definitivos e irreproducibles.

# 2.3 Características del proceso penal de Guatemala

### 2.3.1 La oralidad en el procedimiento penal

En el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que se desarrollan las garantías judiciales, concretamente en su numeral cinco, la oposición que en ámbito continental se hace en favor del juicio oral, pues es la oralidad la que se aviene al procedimiento público y en dicha norma se dispuso que "El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. ", pero es lo cierto que el estudio detallado del citado numeral nos lleva a concluir que sólo mediante la adopción de un sistema mixto se puede dar cumplimiento a las garantías que convencionalmente se aceptaron para tener vigencia en América. La escritura atenta contra la celeridad, la morosidad judicial de los sistemas escritos.

La comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada, la concesión del tiempo y los medios adecuados al imputado para la preparación de la defensa, el derecho del encausado de comunicarse con su defensor con anterioridad a rendir cualquier declaración; el derecho de la defensa de interrogar a los testigos, a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable, son también derechos que reciben una mejor garantía en el procedimiento oral y que se encuentran establecidos en el citado Artículo 8 de la convención.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también recoge en su Artículo 14 el principio de la oralidad como garantía a favor del imputado, garantizando con ello, al igual que el Pacto de San José, que el viejo principio jurídico que dice: "Que nadie debe ser condenado sin ser oído" cobre su verdadero significado. El derecho constitucional de defensa con la oralidad, cobra entonces un nuevo significado para convertirse en una verdadera protección ciudadana".

La importancia de la oralidad como dice Chiovenda: "La experiencia derivada de la historia permite afirmar que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien,

garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente". 12

Cuando optamos por la oralidad es en el entendido de que nos referimos a la etapa procesal del debate, pues en la instrucción, como preparatoria que es, necesariamente debe prevalecer la escritura. La ventaja de la oralidad y la inmediación, que es una de sus consecuencias, es indudable. La palabra y los gestos que la acompañan son la forma natural que tenemos de comunicarnos; muchos años antes, de que nos iniciáramos en la escritura, comunicábamos nuestros pensamientos por medio de la palabra y aún quienes no dominan la escritura, sí utilizan la palabra para comunicarse. Siendo entonces la palabra el modo natural de comunicarnos, por esa razón ya tiene una notable ventaja sobre el otro medio de comunicación.

La oralidad elimina el acta que se interpone entre el medio de prueba y el juez obligando a éste a recibir al medio probatorio, directamente, permitiéndole con ello apreciar otras circunstancias que no podrían ser captadas por la escritura y quizás tampoco por otros medios como el video o la grabación.

 $^{\rm 12}$  Carnelutti, Francisco. **Derecho y proceso,** pág. 45

33

Al ser el procedimiento oral, todas las pruebas aceptadas deben ser incorporadas mediante lectura al debate, el dicho de los testigos que no comparecieron, si las partes manifiestan su conformidad o lo consintieren; si hubieren fallecido o se ignorare su domicilio o se hallaren inhabilitados por cualquier motivo para declarar; los dictámenes periciales, las inspecciones oculares y, en general, cualquier elemento de convicción que deba ser valorado por el juez al dictar sentencia.

El sistema oral conlleva una mayor confianza en la actividad del juez, pues no todas las veces las actuaciones del juzgador pueden ser asentadas en documentos, pero también se posibilita una mayor fiscalización de aquélla actividad al realizarse principalmente en audiencias abiertas al público, el que tendrá así la oportunidad de enterarse directamente sobre la forma en que los jueces administran justicia. Resultando así más democrática y cristalina esa importante función. En el sistema oral el Juez debe tomar contacto directo con las partes y la prueba, es por ello que no puede constituírsele en un simple espectador, él dirige el debate, acepta la prueba que resulta pertinente para resolver el caso y puede hasta acordar el recibo de nueva, para mejor resolver, cuando la que le ha sido aportada resulta manifiestamente insuficiente para hacer pronunciamiento.

A efecto de permitir al Juzgador un mayor acercamiento a la prueba y a los alegatos que sobre ella y la doctrina hacen el Ministerio Público, la defensa y los demás intervinientes, se señala como principio la inmediación de la prueba, esta se logra mejor, según ya quedó dicho, en el procedimiento oral, pues por medio de él se permite -aun más podría decirse que se exige- que el juez tenga un contacto directo con los medios de prueba y con los sujetos procesales que participan en el contradictorio, así sin alteración alguna, sin interferencia, desde su propia fuente, llega al ánimo de juzgador la prueba.

#### 2.3.2 La inmediación

Conjuntamente con la oralidad debe darse la inmediación y para que ésta no se pierda, es necesario que el debate sea concentrado, no debe extenderse en el tiempo, por el contrario, debe tratarse, hasta donde ello sea posible, de que se desarrolle en un solo acto.

El transcurso del tiempo es el principal enemigo del recuerdo fiel de lo acontecido y por ello hace que los jueces y restantes intervinientes olviden detalles que pueden resultar importantes para la solución de la litis. Puede el debate consumir todas las sesiones consecutivas que sean necesarias, pero no debe cortarse por un período muy largo. La mayoría de las legislaciones que facultan la interrupción, la aceptan por no más de

diez días, caso de que dure más, necesariamente debe repetirse todo el debate.

La práctica y la necesidad de que los tribunales resuelvan la mayor cantidad de asuntos ha llevado a aceptar que durante la suspensión, el tribunal pueda prestar atención a otra audiencia oral, esta práctica debe limitarse al máximo, pues ello atenta contra la concentración y bien podría llevar confusión al juzgador, con hechos de diversos asuntos.

La concentración también incide en el espacio de tiempo que puede transcurrir desde la finalización del debate hasta la lectura integral del pronunciamiento. Inmediatamente después de cerrado el debate los jueces deben trasladarse a una sala de deliberaciones, para que se mantengan frescas las impresiones que se han formado de lo acontecido. La sentencia debe ser redactada de seguido, salvo algunas excepciones fundamentadas en lo avanzado de la hora y la complejidad del asunto. El proyecto en estudio se separa un poco de su fuente cordobesa que permite al tribunal sólo leer la parte resolutiva del pronunciamiento, difiriendo hasta por tres días la lectura integral y exige al tribunal además de leer la parte resolutiva del pronunciamiento, a designar un juez relator que imponga a la audiencia, sintéticamente, de los fundamentos que motivaron la decisión.

La lectura de la sentencia se deberá llevar a cabo, a más tardar, dentro de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte resolutiva.

La solución planteada en el proyecto supera grandemente la fórmula de la legislación de Córdoba, pero estimo que esa necesidad de diferir la lectura integral bien podría restringirse, pues en muchos casos se constituye en autorización para "tomarse su tiempo el juez para redactar" con el consiguiente peligro de que luego pueda, con mayor detenimiento, llegar a conclusiones diferentes a las dadas en el avance que como compromiso de resolver ya hizo. El problema no es fácil de resolver, pues la precipitación también puede atentar contra una sana administración de justicia y a ello se podría estar empujando al juez si se le angustia con el plazo del dictado del fallo.

Como consecuencia de la inmediación se obliga la identidad física del juzgador y en la mayoría de los casos de todos los interviniente. Si la inmediación se establece para que exista una percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes, ello no puede lograrse aunque se exija la presencia de un juez, sí resulta posible, en el transcurso del debate, su cambio por otro. El proyecto resuelve el punto en el Artículo 312, exigiendo la presencia ininterrumpida de las personas llamadas a dictar la sentencia, del Ministerio Público, del imputado, de su defensor y de los demás intervinientes o sus mandatarios, sólo al imputado puede

autorizarse para que se ausente de la audiencia y si se rehusaré a permanecer, se le custodiará en una sala próxima, teniéndosele como representado a todos los efectos por su defensor. Resulta también conveniente reservar a los verdaderamente interesados la participación en los peritajes que, como el examen mental del acusado, o el médico de la víctima, pueden afectar el pudor, la honra o la dignidad de la persona, si se realizan con la participación de extraños, aunque no sea ejecutado en público.

# 2.3.3 La publicidad

La publicidad del debate se fundamenta en el control que la colectividad puede y debe ejercer sobre sus jueces y la forma en que administran justicia. La instrucción sin ser secreta, tampoco es pública, a ella sólo tienen acceso el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los mandatarios, pero es obligación de todos los intervinientes guardar secreto sobre lo actuado, esta privacidad de la instrucción se fundamenta en la innecesaria exposición del imputado al público, cuando sólo se trata de una investigación preliminar.

Por el contrario el debate es esencialmente público y sólo por excepción se prohíbe el ingreso del público a la sala de audiencias, cuando se pueda afectar la moral o la seguridad pública. La publicidad no autoriza la retransmisión por radio o televisión de la audiencia. En Costa Rica se ha permitido el acceso de los medios de información colectiva en algunos casos y la transmisión por radio y televisión en forma directa. Lo aconsejable es ser prudente en cuándo a permitir esa transmisión. En los Estados Unidos de Norte América es absolutamente prohibida, no permitiéndose tampoco la toma de fotografías.

El proyecto no hace referencia alguna a ese problema, pero estimo que aplicando los principios que le informan, no pretende que la celebración de una audiencia se constituya en un acto multitudinario, ni en una actividad de proyección nacional. Además en todo caso debe tomarse en consideración que la exposición del imputado a las cámaras de los medios de información colectiva, puede afectar su derecho a la imagen reconocida en parte en el Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La publicidad, no se refiere únicamente a la participación de los sujetos indispensables para la realización del juicio, sino a la posibilidad de que terceros, el pueblo, se encuentren presentes durante toda la audiencia. No puede legitimarse -sin una verdadera razón- el secreto de las audiencias, pues ello crea sospecha en la administración de justicia, que en una

democracia debe ser realizada en forma cristalina y diáfana. La publicidad se constituye así en un medio de garantía de justicia, pues no sólo sirve para constatar que los jueces cumplan eficazmente su cometido, sino también para corroborar el comportamiento y solidaridad social de los testigos y otros medios de prueba, en sus actuaciones ante los tribunales, evitándose la mentira o alteración de las probanzas.

La necesaria presencia de todos los intervinientes durante el juicio, conlleva su participación abierta en defensa de sus intereses. Al juez se le constituye en director del debate, con poderes suficientes, amplios, para posibilitar la averiguación de la verdad real.

### 2.3.4 Valoración de la prueba

La libertad probatoria y la sana crítica en la valoración de la prueba, son principios que también se relacionan con la oralidad. Todo se puede demostrar y por cualquier medio. Al juez no se le deben imponer reglas legales para someterlo al momento de apreciar las pruebas. Al juzgador no se le señalan medios específicos para tener como demostrado un determinado hecho, con excepción de las limitaciones establecidas en la ley relativas al estado civil de las personas y se le otorga libertad absoluta para apreciar las prueba. Se produce así la abolición del criterio que abogaba por la tasación de las pruebas, criterio por medio del cual el legislador

señalaba el valor que cada medio probatorio tenía. El juez es libre para escoger los elementos de convicción -de los aportados- que le resulten valiosos para la demostración del hecho y analizarlos con libertad, pero al propio tiempo debe fundamentar sus conclusiones, es decir, debe exponer las razones por las que les confiere o no capacidad probatoria, esas razones deben obedecer a las reglas de la sana crítica, que son aquellas fincadas en la lógica y la experiencia.

Sobra decir que la sana crítica es un método de apreciación de la prueba basado en el recto entendimiento humano que otorga amplios poderes al juzgador, pero que no implica ni la discrecionalidad absoluta, ni la arbitrariedad del juez. Los límites de la discrecionalidad del juzgador, están marcados por la prueba existente en autos, y en la necesaria motivación de la sentencia, la cual debe ser clara, expresa, coherente, y abarcar todos los aspectos decisivos del fallo tanto de hecho como de derecho. La violación a estas reglas tiene como consecuencia la anulación de la sentencia en resguardo del derecho de defensa del imputado, y de su estado de inocencia.

#### 2.3.5 La doble instancia

La doble instancia, no se aviene a las características propias del procedimiento oral, pues al no quedar asentadas en documentos las

de convicción aportados al contradictorio, no existe forma confiable para que una instancia superior pueda valorar nuevamente los actos del debate. La grabación y aún la filmación de un debate no suplen a la participación directa, pues esos medios no permiten sino una observación de lo acontecido, que siempre resultará incompleta. La celebración de una nueva audiencia conlleva a que el nuevo pronunciamiento lo será no sobre el marco fáctico que conoció el tribunal aquo, sino en relación a los resultados del nuevo juicio, en este caso habría que autorizar el recurso en relación con este nuevo, llegándose así a una simple reiteración de debates que nunca podrán ser fiel repetición del anterior.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Artículo 8 numeral dos inciso h, establece como garantía judicial a toda persona inculpada de delito el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; algunos han querido encontrar en dicha norma la exigencia de la doble instancia, propiamente del recurso de apelación con respecto a la sentencia, criterio que no comparto, pues estimo que el recurso de casación puede satisfacer los requerimientos de la convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita, con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en relación con el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y debido proceso

Es de recordar que la apelación tuvo nacimiento como institución política y no propiamente como garantía de justicia, pues fue la forma que sirvió para que el monarca afirmara su autoridad y pudiera revisar lo que se hacía a su nombre. En relación con el procedimiento oral es indudable que quien tiene la posibilidad de recibir en su presencia la prueba, tiene también mayores y mejores elementos de juicio para valorarla, esa es una de las ventajas que le hemos señalado a la inmediación, además, como bien lo apunta Vélez Mariconde "será lícito pensar, desde luego, que la intervención de un tribunal (colegiado) de segunda instancia tal vez podría hacer menos posible el error del juez (unipersonal) de primera instancia, no sólo por los motivos que aconsejan la colegialidad, sino también, porque la mayor capacidad intelectual y experiencia que se les puede reconocer a los magistrados superiores, si la elección se hace correctamente; otorga mayores garantías de acierto; pero entonces -se contesta con razón- lo mejor es suprimir la primera instancia y poner el asunto, directamente, con economía de tiempo y de gastos, bajo la jurisdicción de la cámara.

En otra forma, establecer la instancia única no implica suprimir el juicio del tribunal que ofrece mayores garantías, sino evitar el procedimiento previo a una sentencia que, al final de cuentas, no es más que un proyecto del juez de primer grado, en cuanto los interesados pueden provocar la decisión definitiva del tribunal superior..."

13 "Para ser partidario de la instancia única no es preciso rechazar en absoluto las razones

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Vélez Mariconde, Alfredo, **Derecho procesal penal**, pág. 20

aducidas en favor de la apelación, entre las cuales existen otras de menor importancia. Basta eludir razonablemente el poder de la costumbre y observar que las posibles ventajas de un doble examen son remplazadas por las bondades de la oralidad y por el recurso de casación, la composición numérica de los tribunales, el número de instancias y el tipo de procedimiento (oral o escrito) son problemas íntimamente vinculados entre sí, de modo que la solución de uno repercute sobre el otro; así, el procedimiento oral impone lógicamente la instancia única."<sup>14</sup>

En este orden de ideas, la constitución, especialmente en los primeros artículos, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales que es del caso desarrollar en este capítulo, sobre la base de la necesidad del proceso penal. Esta garantía jurisdiccional tiene un doble componente, pues, por un lado atiende, a que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso.

Del conjunto de esos derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. Es de recordar que en tanto el proceso es una estructura constituida por una serie ordenada de actos que se realizan en el tiempo, el quehacer de los sujetos procesales se halla gobernado por principios, que

14 Ibid, pág. 20

44

son categorías lógico jurídicas, muchas de las cuales han sido positivizadas en la constitución o en la ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal.

La constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes, así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva. Estas garantías, en cuanto tales, se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal; son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra.

# 2.4 Principios del derecho procesal penal

Los principios son líneas directrices que se utilizan para crear, interpretar y aplicar las normas jurídicas, ya que estas están inspiradas por los primeros.

Son principios genéricos aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta, expresa Montero Aroca, cuando pueden ampararse en ellas garantías concretas que, por la

circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la constitución.

En este caso tenemos los siguientes:

- El debido proceso
- El derecho a la tutela jurisdiccional
- El derecho a la presunción de inocencia
- El derecho de defensa

Los principios únicamente han sido enumerados en el párrafo anterior, a continuación se hará una definición de cada uno de ellos para establecer que comprende cada uno.

# 2.4.1 El debido proceso

Esta garantía, tal cómo hoy la conocemos, fue introducida formalmente en esos términos, en la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, a través de la quinta enmienda en 1791. Progresivamente fue evolucionando y de ser considerada una garantía de mera legalidad - como simple reserva de ley- pasó a configurarse como una garantía de justicia. La noción del Estado de Derecho exige que todo proceso esté informado por la justicia y la equidad.

En la evolución de dicha garantía americana, dice Vigoritti, <sup>15</sup> se pueden identificar las siguientes garantías específicas:

- Derecho a ser adecuadamente emplazado y a gozar de un tiempo razonable para preparar la defensa;
- Derecho a ser juzgado por un juez imparcial;
- Derecho a la tramitación oral de la causa y a la publicidad;
- Derecho a la prueba, que importa derecho a las solicitudes probatorias, a la participación en la actuación probatoria, a investigar sobre la prueba antes del juicio y a la carga de la prueba por la acusación; y,
- Derecho a ser juzgado en base al mérito del proceso y a tener copia de las actas.

Para nuestro ordenamiento jurídico el debido proceso es una cláusula de carácter general y residual o subsidiaria; por tanto, constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria -orgánica y procesal-, en cuanto ellas sean concordes con el fin de justicia a que está destinado la tramitación de un caso judicial penal o cuyo incumplimiento ocasiona graves efectos en la regularidad -equitativa y justo- del procedimiento. En líneas generales, el citado derecho es utilizado para amparar derechos no expresamente reconocidos en otros apartados de la ley fundamental.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Fenech, Miguel, El funcionamiento del derecho procesal penal, pág. 15

El debido proceso comprende numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes como con la jurisdicción que han de preservar la certeza en el proceso. Busca, en suma, rodear al proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan en legitimidad la certeza en derecho de su resultado. A través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona en el estado social y democrático de derecho. Pueden ser reconducidas, según Ferrajoli<sup>16</sup>, a cuatro axiomas: nulla culpa sine indicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatione sine probalione y nulla probatio sine defensum.

La virtualidad de esta garantía genérica es manifiesta cuando se pone en relación con los convenios internacionales, a través de los cuales pueden integrarse garantías concretas no recogidas expresamente en la constitución, pero sí en esos convenios. Así, por ejemplo, tendrían nivel constitucional, a mérito de lo estipulado por el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

De igual manera, está integrada a dicha garantía genérica, en cuanto es parte indispensable de un enjuiciamiento equitativo que limite el poder del aparato estatal, la garantía del no bis in idem, el mismo que tiene un doble significado: procesal, según el cual nadie puede ser enjuiciado

16 Ibid.

dos veces por los mismos hechos, y material, en virtud del cual nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta.

# 2.4.2 Principio de no incriminación

Esta garantía funciona contra quien es objeto de una imputación penal, sin que a ello obste que se formule en sede judicial o extrajudicial, policía, fiscalía o congreso, que se esté en cualquier fase del proceso o se tenga o no formalmente la calidad de imputado. Constituye, al decir de Alberto Binder, una manifestación privilegiada del derecho a defenderse de una imputación penal. El imputado tiene el derecho a introducir válidamente al proceso la información que considere adecuada. Él es quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración.

Sus principales efectos son los siguientes:

- La no declaración no permite inferencias de culpabilidad (no es un indicio de culpabilidad).
- El imputado tiene el derecho de declarar cuantas veces quiera, pues es él quien controla la oportunidad y contenido de las informaciones que desea incorporar al proceso.

Rige sólo cuando se obligue al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, de ahí que cuando se le obliga a someterse a una confrontación o careo, a una identificación, a una pericia (dar muestras de sangre, de orina o de cualquier fluido corporal, o muestras caligráficas o someterse compulsivamente a experimentos de voces o a usar determinada ropa, etc.) no se viola esta garantía; en rigor, lo que se protege son las comunicaciones o testimonio del individuo, no la evidencia real o física derivada de la persona del imputado. Otro punto tiene que ver cuando se requiere al imputado a presentar determinada información contenida en sus archivos, que debe tenerla en atención a exigencias legales (required reports). Un sector de la doctrina considera que no hay infracción a la garantía estudiada si existe alguna relación entre la actividad regulada y el interés público, esto es, cuando la existencia de los expedientes era impuesta al público en general, cuando prima el interés administrativo.



## 2.4.3 El derecho a un juez imparcial

La imparcialidad judicial garantiza una limpia e igualitaria contienda procesal, permite al juez desempeñar un papel de contralor. Su fin último es proteger la efectividad del derecho aun proceso con todas las garantías. Moreno Catena señala que la independencia respecto de las partes y del objeto litigioso significa imparcialidad, es decir, ausencia de todo interés para la resolución del litigio que no sea la estricta aplicación del ordenamiento jurídico.

Es de distinguir, siguiendo a Pico I Junoy, dos modos de apreciar la imparcialidad judicial: una subjetiva, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes; y otra objetiva, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso. Como es obvio, esta imparcialidad puede verse afectada, desde la perspectiva subjetiva:

- Por razones de parentesco o situaciones asimiladas
- Por razones de amistad o enemistad; y,
- Por razones de interés, de incompatibilidad o de supremacía.

Se exige que el juez esté en una posición alejada del conflicto que debe decidir; no hay jurisdicción sin esa lejanía. Para evitar estas situaciones la ley prevé las causales de abstención y de recusación: si el juez no se aparta del proceso *motu proprio*, las partes tienen el derecho de proponer su apartamiento.

Corresponde al legislador establecer las causales de abstención y de recusación, de modo que razonablemente comprendan aquellos tres supuestos de incompatibilidad. Se debe establecer causales claras y comunes para todo el ámbito del proceso penal, a la vez que permitir el ejercicio efectivo de la recusación, sin que se limite por razones que no comprendan la efectividad de un proceso justo y equitativo.

Una derivación de esta garantía, ubicada en el tercer nivel de las causales de afectación al principio de imparcialidad -razones de incompatibilidad- es el denominado principio del "juez no prevenido". La dualidad de fases en el proceso penal -instrucción y juicio- determina la intervención de diferentes jueces, en tanto en la primera etapa haya sido ordenada y dirigida por un juez. Ello es así, explica De la Oliva Santos, por la convicción de que sólo se administra justicia penal con garantías de acierto si el juez o los magistrados que han de dictar sentencia tras la vista oral no han intervenido en la fase de instrucción o preliminar y carecen, por tanto, de las prevenciones o prejuicios que se suponen prácticamente inevitables como consecuencia de una labor de instrucción o investigación.



## 2.4.4 El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas

El derecho de todo ciudadano -a todos los que sean parte en el proceso penal- a un proceso sin dilaciones indebidas o a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable o sin retraso, es un derecho fundamental de naturaleza reaccional que se dirige a los órganos judiciales, creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi* o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad. La lenta reacción judicial, sin justificación, origina y propicia una causa o motivo en cierto sentido de despenalización porque el reproche judicial viene ya viciado por extemporáneo.

Este derecho no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales y comporta la utilización de un concepto jurídico indeterminado que necesidad ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico. Su vulneración se produce siempre como consecuencia de una omisión que realiza un órgano jurisdiccional sobre aquella obligación constitucional de resolver dentro de los plazos previstos las pretensiones que se formulen.

La primera condición para ejercer este derecho de este derecho es que se incumplan los plazos previstos en la ley; corresponde a la autoridad judicial, por imperio del principio de impulso de oficio, vigilar y subsanar, en su caso, el cumplimiento de los plazos procesales. La segunda condición -y decisiva- es que esta dilación o retraso sea indebido; se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya apreciación debe realizarse caso por caso y según las circunstancias, siendo de analizar tres elementos puntuales:

- La complejidad del asunto o causa;
- El comportamiento del agente -de la actuación de buena o mala fe dependerá la calificación de indebido- en el curso del procedimiento; y,
- La actitud del órgano judicial (determinar si medió inactividad de su parte, si fue el causante de las dilaciones).

Este derecho vulnerado exige de parte de la autoridad judicial su inmediato restablecimiento, vale decir, la emisión de la resolución cuya tardanza se ha puesto de manifiesto, sin perjuicio -en su caso- de declarar el derecho indemnizatorio que asiste al perjudicado; por el estado, si la dilación se debe a un funcionamiento anormal de la administración de justicia, o por el particular culpable, si a él se debe la dilación indebida. Sin embargo, la opción que va teniendo cada vez mayor consistencia, es aquella que postula declarar, junto a la vulneración del derecho al plazo razonable, la reducción de la pena que -como mínimo- requeriría su reparación.



# 2.4.5 El derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes

Este derecho está muy vinculado al derecho de defensa. Queda limitado cuando habiéndose intentado la realización de un medio de prueba en tiempo y en forma, y siendo pertinente e influyente para la decisión del litigio, el juez lo rechaza, sin disponer al mismo tiempo la realización de otras actividades probatorias.

Una prueba es pertinente, cuando guarda relación con lo que es objeto del proceso penal. La formación de la convicción judicial se ve limitada si no puede contar con un elemento de prueba relacionado con el debate judicial.

En cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de pruebas sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel.

Junto a la pertinencia, el derecho ha incorporado otros dos límites extrínsecos a la actividad probatoria: la utilidad y la licitud. La primera es aquella en que por existir una manifiesta inadecuación de medio a fin, se puede conjeturar razonablemente que no alcanzará el resultado pretendido.

La segunda es aquella que respeta otros derechos fundamentales y no quebranta disposición ordenatoria alguna de la actividad probatoria.

Este derecho comprende no sólo el poder de lograr la comparecencia compulsoria de testigos y peritos, así como la incorporación de todo documento, informe o dato pertinente al proceso. También comprende lograr la información que éstos puedan proporcionar y, en su caso, a posibilitar careos o confrontaciones con testigos de cargo o coimputados. Lo esencial en este último supuesto es asegurar al oponente la oportunidad de contrainterrogar, de formular directamente preguntas y de obtener respuestas inmediatas: es lo que se denomina derecho a la contraprueba.

### 2.4.6 Principio de non bis in idem:

Desde su perspectiva sustancial, la garantía del *non bis in idem*, se expresa en dos exigencias. La primera exigencia consiste en que no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, cuando existe una misma ilicitud, de suerte que en el campo administrativo -donde se presentan los mayores problemas en su relación con la jurisdicción penal- estará vedada imponer al funcionario o servidor una sanción adicional a la penal cuando el interés jurídicamente protegido sea el mismo que el protegido por el tipo

penal, no siendo suficiente al respecto la sola invocación de las relaciones de especial sujeción con la administración.

La segunda exigencia se aplica en el concurso aparente de leyes, en cuya virtud se impide que por un mismo contenido de injusto puedan imponerse dos penas criminales. Al respecto, Carlos Carbonell Mateu señala que esta garantía afecta a la aplicación de varias normas que se refieran a tina identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, que a un mismo individuo, como consecuencia de la realización de una misma conducta y de la producción de un mismo resultado, no se le pueden aplicar dos normas distintas cuya fundamentación sea la misma tutela del mismo bien jurídico. Esta garantía, igualmente, extiende también su operatividad a la concurrencia entre las leves penales y cualquier otra clase de leyes sancionadoras, en cuya virtud veda asimismo en este caso que una misma infracción pueda ser resultar doblemente sancionada.

Desde la perspectiva procesal, el *non bis in idem* es un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito y su fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo. Igualmente, la fuente de conflicto se suscita cotidianamente con la potestad sancionadora de la administración. En este caso, no sólo la administración ha de estar subordinada a la autoridad judicial, sino que no puede realizar actuaciones en hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta según la legislación penal y necesariamente debe respetar la cosa

juzgada, imposibilitando que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema. Al respecto, Vives Antón enfatiza que si la jurisdicción penal declara que los hechos no están probados, la administración u otro órgano jurisdiccional han de entender necesariamente que los hechos no existen, estando obligados a tener ya por inocente respecto de esos hechos al sujeto.

Asimismo, esta garantía se extiende a la propia calificación jurídica de los hechos cuestionados, en lo que se refiere al derecho sancionador; es decir, aun si se declara en sede penal que el hecho no es delito, en tanto existe una unidad del derecho sancionador (del penal y del administrativo), no es posible someter ese mismo hecho, ya juzgado, a un nuevo enjuiciamiento por razón de sucesión de normas en el tiempo aunque sea en sede administrativa. *El imputado no puede ser sometido a un doble riesgo real*.

Es de entender, como conclusión, que el estado sólo tiene una oportunidad para hacer valer su pretensión sancionadora, si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso.



# 2.4.7 Principio de derecho a la tutela jurisdiccional

Este se trata de un derecho autónomo en el que se integran diversas manifestaciones y que engloba, al decir de Asencio Mellado<sup>17</sup>, los siguientes:

- Derecho al proceso;
- Derecho a obtener una resolución de fondo fundada en Derecho;
- Derecho a los recursos legalmente previstos; y,
- Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

En cuanto al *derecho de acceso a la justicia*, el Artículo 14 numeral primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye que todas las personas tienen el derecho a ser oídas por el órgano jurisdiccional. El acceso al órgano jurisdiccional se debe manifestar no sólo en la posibilidad de formular peticiones concretas (solicitudes probatorias, oposiciones, impugnaciones, alegatos, etc.), sino también en que se pueda instar la acción de la justicia en defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas. Lo particular del proceso penal peruano es que el Ministerio Público es el órgano autónomo de derecho constitucional que tiene la exclusividad para promover la acción penal; sin embargo, ello no obsta a que los ciudadanos tengan el derecho de formular denuncias y que si el fiscal las rechaza puedan instar el control jerárquico

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Mellado Asencio, **Derecho procesal penal**, pág. 87

del superior. Una vez promovida la acción penal, los agraviados están autorizados a constituirse en parte civil, sin perjuicio que decidan -sin condicionamiento alguno- acudir a la vía civil interponiendo una demanda de indemnización. La víctima, en consecuencia, no está legitimada para reclamar la imposición de una pena al presunto delincuente, pero sí para acudir directamente al órgano judicial reclamando una indemnización.

El derecho a la tutela judicial también comprende *el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho*, salvo que exista una causa impeditiva prevista en la ley. Esta decisión puede ser denegatoria e inclusive puede ampararse en razones estrictamente formales, siempre y cuando razone de modo no arbitrario, en absoluta congruencia con la solicitud y los alegatos de las. Según Moreno Catena, el juez puede alegar, por cierto, el incumplimiento de presupuestos procesales y requisitos de forma -siempre esenciales- exigidos por la ley, cuya legitimidad estará condicionada a que interprete la ley, en estos casos, restrictivamente y del modo más conforme con el principio *pro actione o favor actionis*<sup>18</sup>.

## 2.4.8 Principio de Inocencia

Este principio configura a la presunción o, mejor dicho, estado de inocencia, como un derecho fundamental. Dice la ley superior: "Toda

60

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Catena Moreno, César, **Principios del proceso penal**, pág. 35



persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Esta norma crea en favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima.

La precisión de los contornos de este derecho, sin embargo, no es nada sencilla. El profesor Jaime Vegas Torres ha puesto de relieve que esta institución, como consecuencia de su origen histórico diferente en el derecho comparado (nace en momentos, lugares y culturas jurídicas distintas y que da respuesta a preocupaciones de muy diferente naturaleza) tiene tres significados:

- Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.
- Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.

Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

Nuestra constitución sitúa la presunción de inocencia dentro de los derechos fundamentales a la libertad -es un derecho subjetivo público- la cual puede limitarse o perderse por acción de los órganos penales. En consecuencia, los tres significados son plenamente aplicables a la interpretación de los alcances de dicho derecho. Es claro que el ámbito probatorio es el más amplio, pero a ello no escapa toda la dinámica de la coerción procesal y la concepción y regulación integral del procedimiento, bajo unos supuestos sustancialmente liberales.

La culpabilidad, en su sentido amplio de responsabilidad penal, sólo se declara mediante una sentencia firme, la cual además se erige como la única forma de imponer una pena a alguien. Se asienta en dos ideas; la exigencia de auténticos actos de prueba; y, el principio de libre valoración o criterio de conciencia por los jueces ordinarios en su valoración. Este principio, así explicado, constituye un punto de partida político: no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser

considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo.

La exigencia de que nadie puede ser considerado culpable hasta que así se declare por sentencia condenatoria contiene, al decir de la jurisprudencia constitucional española, cinco presupuestos:

- Suficiente actividad probatoria.
- Producida con las garantías procesales.
- Que de alguna manera pueda entenderse de cargo.
- De la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado.
- Que se haya practicado en el juicio.

Los imputados gozan de una presunción *iuris tantum*, por tanto en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; las pruebas, para ser tales, deben merecer la intervención judicial en la fase del juicio oral, cuya obligatoriedad y publicidad impone la constitución, salvo los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida; asimismo, deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado -en lo que respecta esencialmente a la obtención de fuentes de prueba- con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, pues de lo contrario son de valoración prohibida.

Para que pueda aceptarse el principio de presunción de inocencia es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un vacío o una notable insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de pruebas, a que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente o que el razonamiento de inferencia sea ostensiblemente absurdo o arbitrario, debiendo decaer cuando existan pruebas bien directas o de cargo, bien simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatoria.

Otro significado, en orden al *onus probandi*, es que la necesidad de afirmar la certeza de los cargos objeto de acusación -lo que importa que la duda y aun la probabilidad descarta la imposición de una sentencia condenatoria- recae materialmente sobre el fiscal, en cuanto titular de la acusación pública. Es el Ministerio Público quien habrá de reunir aquella suficiente v necesaria actividad probatoria para destruir la presunción de inocencia; por ello se define a la presunción de inocencia como un *derecho reaccional*. Por lo demás, acreditada la imputación hecha valer por el fiscal, corresponde al imputado, en caso lo sostenga, probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal.

Finalmente, el axioma que impide la pena sin una sentencia judicial que la ordena, ha fundado correctamente la pretensión de que durante el curso del procedimiento el imputado no pueda ser tratado como un culpable. La idea central del tratamiento como inocente se vincula, al carácter restrictivo de las medidas de coerción en el proceso penal.

La existencia de dichas medidas no significa que al imputado se le pueda anticipar una pena durante el procedimiento, de suerte que la limitación procesal de derechos fundamentales tiene como fundamento legítimo asegurar la realización del proceso de conocimiento -averiguación de la verdad- para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia, bajo la vigencia del principio de proporcionalidad, cuyo juicio de ponderación exige, entre otros requisitos, principio de prueba y necesidad insoslayable de restringir un derecho fundamental en aras de asegurar un fin legítimo del proceso penal.

#### 2.4.9 El derecho de defensa

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

El primer extremo de la citada norma extiende la protección constitucional a cualquier procedimiento -no sólo al penal- y, como tal, es reconocida como requisito esencial para la válida constitución de un proceso. Julio Maier aclara que este derecho no solo limita la protección al imputado, pues también alcanza a otras personas que pueden intervenir en

él, tales como el actor civil o el tercero. Se trata de defender un derecho o interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, sea porque se pretende algo o porque, al contrario, nos oponemos a esa pretensión, requiriendo que ella no prospere. El Ministerio Público, desde esta perspectiva de la defensa como limitación al poder estatal, no tiene derecho de defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir su función persecutoria.

Ahora bien, limitando el análisis al proceso penal y, concretamente, al imputado, es del caso definir el derecho de defensa como el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano.

El derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citada o detenida por la autoridad. Ello significa que surge con la mera determinación del imputado: no hace falta que exista una decisión nominal o formal al respecto, basta que, de uno u otro modo, se le vincule con la comisión de un delito. Existiendo una imputación nace el derecho de defensa, lo que importa reconocer que el sujeto pasivo de la imputación tiene, en cuanto posibilidad procesal, el

derecho de acceder al proceso o investigación preliminar, a ser oído por la autoridad en todas y cada una de las instancias en que la causa se desenvuelva.

Al respecto, apunta Binder, el ejercicio personal de defensa del imputado exige asumir que "la declaración del imputado es la oportunidad que se le otorga para presentar su versión de los hechos, ofrecer su descargo, proponer pruebas y establecer un contacto directo con las personas que tienen a su cargo la preparación de la acusación o, directamente, el juicio"19.

El derecho de defensa, según la constitución, se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales, concretándose en el derecho de designar un abogado de su elección o, en su defecto, a uno de oficio; en el derecho a comunicarse previamente con él para contestar la imputación o realizar algún acto procesal; y, en el derecho a conocer en su integridad los cargos y pruebas existentes en su contra. La ilustración de los cargos por la policía, fiscalía u órgano jurisdiccional, como deber correlativo al derecho de información del imputado, no sólo se circunscribe a la medida cautelar de detención, sino que se extiende, por imperio del Artículo 14 numeral primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a cualquier acusación, sin interesar la medida cautelar dictada contra el imputado.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Binder Alberto, **Manual de derecho procesal penal**, pág. 67

La defensa, en tanto derecho fundamental, es ejercitada tanto por el imputado cuanto por el abogado defensor, de ahí su carácter dual: privada o material y pública o formal, esta última informada por el derecho publico y de carácter obligatoria. La defensa material comprende el derecho del imputado a hacer valer su propia defensa, ya sea contestando la imputación, negándola, guardando silencio, o bien conformándose con la pretensión del fiscal. En esta perspectiva, la defensa técnica se erige como un servicio público imprescindible que se presta aún contra la voluntad del imputado y viene a completar o complementar la capacidad del imputado para estar enjuicio penal, con lo que se busca garantizar el principio de igualdad de armas y resistir eficazmente la persecución penal.

En tanto la finalidad del derecho de defensa del imputado es hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, la necesidad de contradicción efectiva exige reconocer un cuadro de garantías procesales que limiten la actividad de la acusación y del órgano jurisdiccional. Los Artículos 14 numeral tercero del pacto y 84 numeral segundo de la convención reconocen los siguientes derechos, además del derecho a ser informado detalladamente de los cargos y de defenderse asistido por un defensor -sea de elección o proporcionado por el Estado-: de que se designe un intérprete en caso no se comprenda el idioma: y, de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Los demás derechos instrumentales glosados en dichos instrumentos internacionales guardan relación con el debido proceso (derecho a ser juzgado sin

dilaciones indebidas, a la no autoincriminación y a utilizar la prueba pertinente), en cuanto garantía genérica, y el derecho al recurso en cuanto garantía específica.

El derecho de defensa incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal. El de contradicción, de carácter estructural al igual que la igualdad, y el acusatorio, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad-oportunidad.

# 2.4.10 El principio de contradicción

Este principio se construye, en concepto de Gimeno Sendra, sobre la base de aceptar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho ha ser oído con carácter previo a la condena.<sup>20</sup>

La contradicción exige: la imputación; la intimación; y, el derecho de audiencia. Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito formulada por el Ministerio Público. Esta imputación debe ser

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Sendra Gimeno, **Derecho procesal penal**, pág., 45

conocida por el procesado -que es lo que se denomina intimación-, quien además debe tener el derecho de audiencia. Una necesidad de justicia apremiante para el proceso penal es que nadie sea condenado sin ser oído y vencido enjuicio.

Expresa Maier, en primer lugar, que el derecho a ser oído es una condición previa al pronunciamiento por el órgano jurisdiccional no sólo de sentencias sino, inclusive, de decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento. En segundo lugar, que el derecho de audiencia constituye un presupuesto de validez y eficacia de las mismas. Y, en tercer lugar, que este principio se extiende: al respeto a la integridad corporal del imputado; al rechazo a los tormentos y a todo acto de interrogatorio que propenda al error (preguntas capciosas y sugestivas o amenazas o promesas previas); y a la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar; y, en cuarto lugar al derecho de probar y controlar la prueba, en cuanto necesidad de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador.

En conclusión, como postura de De la Oliva Santos el derecho de audiencia "trata de impedir que una resolución judicial puede infligir un mal a un sujeto jurídico que no haya tenido, dentro del proceso de que se trate, la oportunidad de decir y hacer en su defensa aquello que sea razonable v oportuno"<sup>21</sup>. Su violación se presenta, al decir del mismo

<sup>21</sup> De la Oliva Santos, **Garantías del derecho procesal penal**, pág. 34

autor, cuando se imposibilite completamente de actuar al imputado o cuando se impongan limitaciones que sólo permitan una actividad inadecuada a la importancia de lo que ha de decidirse y a los posibles efectos perjudiciales de la decisión.

# 2.4.11 El principio acusatorio

Este principio indica la distribución de roles y las condiciones en que se debe realizar el enjuiciamiento del objeto procesal penal. Al respecto, apunta Baumann, se entiende por principio acusatorio aquel según el cual no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto. Tenemos una persecución de oficio del delito, pero con división de roles, lo que es fruto del derecho procesal francés. Esta división, en primer lugar, impide la parcialidad del juez, pues la función persecutoria: investigación y acusación se encuentra el Ministerio Público que, por lo demás, constituye un órgano público autónomo, separado de la organización judicial y regido por su propia ley orgánica y, en segundo lugar, suprime la necesaria posición de objeto del acusado en el derecho procesal común.

José María Asencio Mellado señala que el principio acusatorio tiene tres notas esenciales:

Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto a juez, así como la exigencia de una acción pública. Rige la máxima ne procedat iudex ex officio.

La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador. Rige la máxima de la prohibición de la identidad entre instructor y decisor.

Relativa vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes, en atención a la acusación fiscal. La vinculación del órgano jurisdiccional es de carácter temática, es decir, al hecho penalmente antijurídico, de suerte que sobre él el órgano jurisdiccional tiene facultad para completarlo y resolverlo en toda su extensión. El juez no está obligado a aceptar el título de condena ni la petición de pena, aunque la desvinculación no alcanza a los hechos imputados, que han de permanecer inmutables, sino a la calificación jurídico-penal siempre que respete el bien o interés jurídico vulnerado.

Una cuarta nota esencial del principio acusatorio, al decir de Gimeno Sendra, es la prohibición de la *reformatio in peius* o reforma peyorativa. El juez revisor, que conoce de un grado concreto, no puede agravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la resolución o sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también

independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada. El juez *ad guem* está vinculado por los límites objetivos y subjetivos de la impugnación, que de rebasarse afectaría irrazonablemente el derecho de defensa.

Como se ha dejado establecido, la constitución ha reconocido un conjunto muy numeroso de garantías procesales específicas. Su variedad v extensión impiden que se aborden pormenorizadamente en este capítulo. Por tanto, es del caso tratar algunos de ellos, tales como las garantías de igualdad, de investigación oficial y de publicidad. A su alrededor es posible incorporar principios que les dan fuerza argumental, tales como los de oralidad, inmediación y concentración, sin perjuicio de que a lo largo del presente libro se estudien puntualmente las restantes garantías.

## 2.4.12 Principio de igualdad

Esta garantía, derivada genéricamente de la constitución, condiciona estructuralmente el proceso, conjuntamente con el principio de contradicción. Una contradicción efectiva en el proceso y la configuración de parte que se da a los sujetos del proceso, exige desde la ley fundamental que tanto la acusación como la defensa actúen en igualdad de condiciones: es decir, dispongan de iguales derechos procesales, de oportunidades y

posibilidades similares para sostener v fundamentar lo que cada cual estime conveniente.

Desde el punto de vista procesal, este principio, instituido como un derecho fundamental en la constitución, garantiza que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión.

Estas consideraciones no obstan, sin duda alguna, a la especial configuración y rol del Ministerio Público, en cuanto conductor de la investigación del delito, promotor de la acción penal y guardián de la legalidad que objetivamente permiten cierta preeminencia en la etapa de instrucción y en la etapa intermedia, así como la posibilidad que recurra en el solo interés de la ley. Asimismo, la garantía de igualdad no se resiente con el hecho de que en los delitos de persecución privada, el agraviado decida no perseguir al ofensor o que decida hacerlo sólo contra algunos, ni que en la etapa sumarial la posición del imputado sea sustancialmente menor, lo que se equilibra con el hecho de que debe tratarse de una etapa meramente preparatoria del juicio oral.

Sin duda alguna, esta garantía se expresa en el régimen de los recursos, en cuya virtud no es posible configurar diversos efectos al recurso (suspensivos o extensivos) según la parte que recurre ni concebir la procedencia obligatoria de un recurso en desmedro de la posición jurídica

de la parte contraria. Igualmente, en el ámbito de la prueba este principio tiene trascendental importancia, de suerte que sólo pueden tener condición de prueba, y servir de base a la sentencia, las diligencias probatorias que se han actuado con la plena intervención de las partes, lo que opera esencialmente en el juicio oral.

# 2.4.13 La garantía de investigación oficial.

La investigación oficial consiste en que la persecución penal es promovida por órganos del estado, es decir, no queda librada a la discreción del lesionado o incluso al compromiso, existente o no, de cualquier ciudadano. Importa, en tanto garantía, que las investigaciones se llevarán en forma debida y correcta, con la necesaria firmeza, pero, al mismo tiempo, con la mayor moderación posible.

En tanto la persecución del delito es función del estado, -sobre él recae la carga de perseguir todos los delitos-, la constitución confiere ese deber, en primer lugar, al Ministerio Público y, en segundo lugar, a la Policía Nacional Civil. La dirección jurídico funcional de la policía, corresponde al Ministerio Público, órgano público al cual se le ha encargado, concurrentemente, el ejercicio o promoción de la acción penal.

La máxima de la oficialidad, enseña Eberhard Schmindt, domina el proceso penal en un doble aspecto que la policía y la fiscalía no tienen necesidad de esperar a que los particulares denuncien los hechos delictivos, sino que deben intervenir de oficio frente a posibles sospechas y disponer la investigación necesaria para su aplicación; y, llegado en su totalidad el proceso a manos del órgano jurisdiccional por la promoción de la acción penal, tiene el deber de continuarlo de oficio dictando la resolución final que resuelva el conflicto jurídico-penal.

Esta máxima de oficialidad no implica, sin embargo, que el particular no puede tener la posibilidad de influir sobre el mismo por propia iniciativa. El proceso debe asegurar a las partes, a tono con los principios de contradicción e igualdad, la posibilidad de que puedan presentar sus alegatos e intervenir ampliamente en él. Empero, más allá de insistir en los poderes de intervención de las partes, es de enfatizar que el proceso penal, además de la persecución pública, se guía bajo el llamado impulso oficial, que prevé que se realice de oficio todo el procedimiento, no siendo necesaria una especial colaboración del imputado.

La obtención de la verdad, sin duda alguna, como explica Winfried Hassemer, no es propiamente la material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la verdad forense, y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal. La averiguación de la verdad no puede hacerse a cualquier precio. El derecho procesal, conforme se

verá más adelante, despliega una amplia y estructurada serie de prohibiciones de prueba que impiden al fiscal y al órgano jurisdiccional adquirir y aprovechar datos cuyo conocimiento sería de gran interés.

Resulta inconcebible, recogiendo las aspiraciones político jurídicas del siglo XIX, que al Ministerio Público se le imagine actuando con parcialidad frente al acusado. Por ello es que la investigación en nuestro ordenamiento jurídico no puede -no debe- producir nada definitivo con relación al objeto del proceso, pues sólo procura establecer si existen sospechas suficientes de la existencia de una acción punible; la tarea del fiscal no es la sentencia, sino la acusación, lo que constituye la mejor garantía para el acusado frente a la posibilidad de una condena injusta.

## 2.4.14 El principio de concentración

El principio de concentración, al igual que la inmediación está relacionado con la oralidad del procedimiento penal y concretamente con el juicio oral. Tiende a reunir en un solo acto determinadas cuestiones. El material de hecho se concentra en el juicio oral, a fin de que la actividad probatoria se desarrolle en una audiencia única y en el menor número de sesiones. Esta concentración, además, es posible porque el juicio oral está precedido de la instrucción, regido por el principio de eventualidad, y

porque la fase intermedia tiende a purgar el procedimiento de obstáculos procesales.

Para poder condenar a una persona que ha sido responsable de la comisión de un delito en contra del patrimonio cultural de la nación es importante observar todos los principios anteriormente detallados con el fin de no dejar en libertad a una persona que ha infringido la ley por no observar dichas garantías fundamentales.



# CAPÍTULO III

### 3 Mecanismos de protección del patrimonio cultural

### 3.1 Instituciones encargadas de la protección del patrimonio cultural

## 3.1.1 Ministerio de Cultura y Deportes

Este es el órgano encargado para promover la identidad nacional basada en el civismo y en el reconocimiento de una nación pluricultural y el fomento de las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y recreativas, y lo más importante para el presente trabajo protege y conserva el patrimonio cultural tangible e intangible, el juego y el deporte.

# 3.1.2 Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural

La Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural es el órgano sustantivo al que le corresponde generar propuestas y acciones institucionales que se orienten a la implementación de las políticas culturales nacionales y crear estrategias y mecanismos para la protección y conservación del patrimonio cultural y natural, tangible e intangible del país.

Asimismo coordinar, supervisar, desarrollar y evaluar programas orientados para proteger, conservar y valorizar bienes muebles o inmuebles, que integran el patrimonio cultural y natural de nación, dentro de un marco de reconocimiento y respeto a la diversidad cultural con equidad étnica y de género, fomentando la interculturalidad y convivencia pacífica para el desarrollo humano sostenible.

Al amparo de las leyes nacionales e internacionales de la materia, debe evitar la modificación, destrucción y salida ilícita del territorio nacional de objetos. documentos, creaciones y testimonios de la cultura nacional. También debe evitar la contaminación o depredación del medio natural dentro del cual se encuentra localizados sitios arqueológicos y sitios sagrados, sin perjuicio de las acciones que, en este último aspecto, desempeñan otros ministerios o instituciones del estado.

#### 3.1.2.1 Atribuciones:

La Dirección General del Patrimonio Cultural Natural a través de los departamentos que la integran, cumple las siguientes atribuciones:

Planificar, programar y realizar acciones tendientes a ejercer una administración desconcentrada y descentralizada de las funciones de estudio, investigación, registro, protección, rescate, conservación restauración, promoción y difusión del patrimonio cultural y natural, a través, de la utilización de los recursos e infraestructura física del ministerio, por medio de la coordinación interinstitucional o con otros organismos estatales que contribuyan a este propósito.

Fomentar el conocimiento del patrimonio cultural de Guatemala, con el propósito de evidenciar la génesis de su historia plural y la evolución de su multiculturalidad y contribuir de esa forma al fortalecimiento de la cultura de la paz.

Velar por la conservación y el manejo adecuado del patrimonio natural en donde se encuentran manifestaciones del patrimonio cultural, con el propósito de contribuir al desarrollo humano sostenible.

Realizar acciones de apoyo a la creación, así como de mantenimiento, fortalecimiento y desarrollo de los museos y las dependencias que resguardan el patrimonio bibliográfico y documental del país que constituyen medios fundamentales de conservación y difusión amplia del patrimonio cultural.

Proponer al despacho ministerial la declaratoria de monumentos nacionales, así como la creación de zonas de protección, típica y pintoresca y parques arqueológicos de conformidad con la ley.

Emprender acciones orientadas a brindar mantenimiento a monumentos públicos y parques nacionales y realizar estudios para emitir dictámenes u opiniones técnicas sobre áreas de patrimonio cultural y natural.

Organizar y realizar actividades que motiven la participación y la organización social para la investigación, registro, protección, restauración rescate, conservación, preservación, promoción y difusión del patrimonio natural.

Realizar inventarios y registros del patrimonio cultural y natural, para garantizar su propiedad, protección, conservación y adecuado manejo.

Realizar actividades de apoyo a la creación y desarrollo de organizaciones socioculturales dedicadas a la investigación, formación, producción, promoción y difusión del patrimonio cultural y natural.

Intensificar la realización de actividades de acopio, salvaguardia, revitalización y difusión de los patrimonios, formas de expresión cultural tradicional, los idiomas indígenas, los sitios sagrados, los paisajes culturales, los sitios históricos, los monumentos, obras visuales, plásticas y escenográficas.

Realizar actividades para la identificación, registro, conocimiento, valoración, promoción y socialización del patrimonio cultural y natural y facilitar a la población guatemalteca el conocimiento del patrimonio cultural y natural, como un medio para fortalecer la identidad nacional.

Promover y supervisar el manejo apropiado, con plena sujeción a la ley, de los sitios inscritos en el patrimonio mundial, los sitios arqueológicos, sitios históricos, lugares sagrados, parques nacionales y las áreas naturales protegidas.

Identificar y proponer al consejo de investigación, áreas de investigación en el campo de patrimonio cultural y natural.

Evaluar, revisar y adecuar permanentemente la estructura orgánica de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural. Asimismo, definir y aplicar sistemas y procedimientos para promover la participación y coordinación institucional e interministerial, para la ejecución coordinada de proyectos de

promoción y difusión del patrimonio cultural y natural. Todo esto en coordinación con la unidad de planificación y políticas.

Realizar con la autorización y aprobación del despacho ministerial, acciones para el fortalecimiento y suscripción de convenios de cooperación técnica con casas de cultura, organizaciones de la sociedad civil, organizaciones comunitarias y otras gubernamentales y no gubernamentales, que contribuyan al desarrollo cultural.

Realizar acciones coordinadas con instituciones del sector seguridad pública, en contra de la depredación y del tráfico ilícito del patrimonio cultural.

Realizar acciones que garanticen la difusión y aplicación de las norma legales relativas al patrimonio cultural y natural, tangible e intangible mueble e inmueble, y su adecuado registro, respetando la propiedad individual, institucional, municipal o comunitaria del mismo, en coordinación con el departamento de comunicación social y asesoría jurídica.

Velar por la aplicación del marco jurídico para realizar investigaciones y trabajos de excavación, restauración arqueológica

y recolección de objetos y garantizar la protección y conservación del patrimonio cultural y natural del país.<sup>22</sup>

# 3.1.3 Registro de bienes culturales

El registro de bienes culturales es una institución pública, adscrita a la dirección del patrimonio cultural y natural. Tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los hechos, actos y contratos, relativos a la propiedad de los bienes culturales. Capítulo cuarto, Artículo 23, de la "Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación".

Se considera que el registro es el primer paso para la protección y conservación de los bienes culturales, sean estos muebles o inmuebles, públicos o privados, ya que con el registro se conocerá cuales son las características del bien, quien es su propietario o poseedor, a que época pertenece, los materiales con que fue elaborado, sus dimensiones y toda la información que sirva para identificarlo.

85

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Reglamento Interno. Acuerdo Gubernativo No. 354-2001. Guatemala, 21 de agosto de 2001.



# 3.1.4 Sección de bienes culturales de la época prehispánica

Es la encargada del procesamiento científico y catalogación de todos los bienes culturales muebles e inmuebles cuyo origen se sitúa en la época prehispánica, de colecciones de museos, privadas, gubernamentales, municipales y comunales, elaborando la fichas correspondientes y el registro fotográfico de cada bien que conforma la colección.

# 3.1.5 Sección de bienes culturales de la época hispánica y republicana

Tiene a su cargo el registro de los bienes culturales muebles e inmuebles correspondientes a estas épocas, que sean de propiedad o posesión pública, privada, gubernamental, eclesiástica, municipal, de cofradías o comunal.



#### 3.1.6 Sección de folklore

Esta encargada de registrar y catalogar todas aquellas manifestaciones tangibles e intangibles de la cultura popular guatemalteca.

#### 3.1.7 Sección de bienes inmuebles

Esta sección está enteramente ligada a las secciones prehispánica e hispánica, y a gran parte del trabajo técnico, requiere de la elaboración de planos, dibujos, levantamientos topográficos de sitios arqueológicos, monumentos hispánicos y otros edificios, ya sean de propiedad pública o privada, y tiene encargado el registro y catalogación de mapas, planos y dibujos que se realicen en las diferentes actividades registral.

El Registro de Bienes Culturales, integra la estructura de Rescate del Centro Histórico de la ciudad de Guatemala y realiza funciones de verificación si los inmuebles que desean intervenir están dentro de la nómina de monumentos protegidos, para lo cual se realizan inspecciones a los inmuebles y se emiten informes y certificaciones correspondientes.

Con la promulgación de la nueva "Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación", muchas personas e instituciones han solicitado el registro de sus colecciones de bienes culturales, con lo cual se ha incrementado el trabajo de esta dependencia ya que actualmente la ciudadanía esta empezando a ver la necesidad de legalizar la tenencia de los bienes como lo establece la ley.

## 3.2 Regulación nacional que protege el patrimonio cultural

La norma, es una producción cultural, y por lo mismo es dinámica, y ésta surge precisamente en el seno de la sociedad o comunidad. No a la inversa, es decir del estado, que no es más que la personalidad jurídica de la sociedad políticamente organizada, asentada en un territorio con régimen propio que ejerce el poder mediante sus autoridades y con plena vigencia de su soberanía.

La nacionalidad se constituye sobre unos rasgos singulares, unos factores objetivos de tipo económico, social y cultural. Si esa personalidad es percibida y asumida con una voluntad activa por mantenerla y desarrollarla, estamos ante un hecho nacional. Se trata, por tanto, de un fenómeno primario y muy enraizado en la comunidad. La nación supone un estadio más avanzado. En el desarrollo de la conciencia colectiva llega a plantear una serie de reivindicaciones.



## 3.2.1 Constitución Política de la República de Guatemala

#### 3.2.1.1 Antecedentes

Guatemala esta conciente de la difícil tarea contra el tráfico ilícito de bienes culturales no solamente de objetos arqueológicos sino también de imaginería colonial y platería, pinturas tradicionales, pinturas modernas, textiles antiguos, libros y documentos de importancia para la historia de la nación y de invaluable valor para la autodeterminación de las raíces culturales.

Las excavaciones ilícitas y la exportación ilícita de bienes culturales son delito penal y un daño irreversible a la búsqueda de la identidad nacional.

# 3.2.1.2 Constitución Política de la República de Guatemala de 1954

La primera constitución que regula el precepto de que el patrimonio arqueológico es parte del tesoro cultural del Estado, es la Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el ll de marzo de 1945, la que en su artículo 86 establece: "Toda riqueza artística, histórica y religiosa del país, sea quien fuere su dueño, es parte del tesoro cultural de la nación y está bajo la

salvaguardia y protección del estado. Se prohíbe su exportación y podra impedirse su enajenación o transformación cuando así lo exigiere el interés patrio. El estado organizará un registro de la riqueza artística, histórica y religiosa, asegurará su custodia y atenderá a su perfecta conservación. El estado debe proteger, también, los lugares y monumentos notables por su belleza natural o reconocido valor artístico o histórico."

# 3.2.1.3 Constitución Política de la República de Guatemala de 1956

En la Constitución Política de la República promulgada el dos de febrero de 1956, en su artículo 108, básicamente recogió el mismo principio de la constitución anterior y estipula: "Toda riqueza arqueológica, histórica y artística existente en el territorio de la República, sea quien fuere su dueño, forma parte del tesoro cultural de la nación y estará bajo la protección y salvaguardia del estado. Se prohíbe su exportación o transformación. La ley dispondrá las garantías y formalidades que deban llenarse a efecto de que uno o varios de estos tesoros puedan salir del país temporalmente, para formar parte de exhibiciones especiales o para su estudio o reparación."



# 3.2.1.4 Constitución Política de la República de Guatemala de 1965

En la Constitución Política promulgada el 15 de septiembre de 1965, vuelve a recogerse el mismo principio y en su Artículo 107 establece:"Toda riqueza arqueológica, histórica y artística del país forma parte del tesoro cultural de la Nación y estará bajo la protección del estado. Se prohíbe su exportación y transformación, salvo las excepciones que disponga la ley. El estado velará por la restauración y conservación de los monumentos nacionales. La ciudad de la Antigua Guatemala, por su carácter de monumento nacional y de América, merecerá especial atención del estado con el propósito de conservar sus características y resguardar sus tesoros culturales."

#### 3.2.1.5 Constitución Política de la República de Guatemala de 1985:

La Constitución Política vigente, promulgada el 31 de mayo de 1985, recoge los principios anteriores en dos secciones:

#### Sección segunda. Cultura

**Artículo 57.- Derecho a la cultura.** Toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad, así como a beneficiarse del progreso científico y tecnológico de la nación.

Artículo 58.- Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

Artículo 59.- Protección e investigación de la cultura. Es obligación primordial del estado proteger, fomentar y divulgar la cultura nacional; emitir las leyes y disposiciones que tiendan a su enriquecimiento, restauración, preservación y recuperación; promover y reglamentar su investigación científica, así como la creación y aplicación de tecnología apropiada.

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

Artículo 61.- Protección al patrimonio cultural. Los sitios arqueológicos, conjuntos monumentales y el centro cultural de Guatemala, recibirán atención especial del estado, con el propósito de preservar sus características y resguardar su valor histórico y bienes culturales. Estarán sometidos a régimen especial de conservación el Parque Nacional Tikal, el Parque Arqueológico de Quiriguá y la ciudad de Antigua Guatemala, por haber sido declarados patrimonio mundial, así como aquéllos que adquiera n similar reconocimiento.

Artículo 62.- Protección al arte, 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 a tecnificación.

Artículo 63.- Derecho a la expresión creadora. El estado garantiza la libre expresión creadora, apoya y estimula al científico, al intelectual y al artista nacional, promoviendo su formación y superación profesional y económica.

Artículo 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 so n inalienables. Una ley garantizará su protección y la de la fauna y la flora que en ellos exista.

Artículo 65.- Preservación y promoción de la cultura. La actividad del estado en cuanto a la reservación y promoción de la cultura y sus manifestaciones, está a cargo de un órgano específico con presupuesto propio.



# 3.2.2 Ley de Patrimonio Cultural:

La Ley Especial que regula el patrimonio del Estado es el Decreto 26-97, que contiene la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, la cual en sus artículos: 2, 43, 44, 45, 46, 51, 54, 56 y 68, estipulan:

Artículo 2.- Patrimonio cultural: Forman el patrimonio cultural de la nación, los bienes e instituciones que por ministerio de ley o por declaratoria de autoridad lo integren y constituyan bienes muebles o inmuebles, públicos y privados, relativos a la paleontología, arqueología, historia, antropología, arte, ciencia y tecnología, y la cultura en general, incluido el patrimonio intangible, que coadyuven al fortalecimiento de la identidad nacional.

Artículo 43.- Violación a las medidas de protección de bienes culturales: La violación a las medidas de protección de bienes culturales establecidas en esta ley, hará incurrir al infractor en una multa correspondiente a veinte veces el salario mínimo mensual de la actividad comercial, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

Artículo 44.- Depreciación de bienes culturales: Al que destruyere, altere, deteriorare o inutilizare parcial o totalmente, los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, será sancionado con pena privativa de libertad de seis a nueve años, más una multa equivalente al doble del precio del bien cultural afectado.

Artículo 45.- Exportación ilícita de bienes culturales: El que ilícitamente exporte un bien integrante del patrimonio cultural de la nación, será sancionado con una pena privativa de libertad de seis a quince años, más una multa equivalente al doble del valor del bien cultural, el cual será decomisado. El valor monetario del bien cultural, será determinado por la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural.

Artículo 46.- Investigaciones o excavaciones ilícitas: El que sin autorización de la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural realice trabajos de investigación o excavación arqueológica, terrestre o subacuática, será sancionado con pena privativa de libertad de seis a nueve años, más multa de veinte a cuarenta veces el salario mínimo mensual de la actividad comercial.

Artículo 51.- Extracción de documentos históricos: Al que extraiga documentos históricos de los fondos documentales que conforman el Patrimonio Cultural de la Nación, serán castigados con pena privativa de libertad de tres a seis años sin perjuicio de la devolución respectiva.

Artículo 54.- Hurto, robo y trafico de bienes culturales. En lo relativo al hurto, robo y tráfico de bienes que constituyan Patrimonio Cultural de la Nación, se sancionará conforme lo establece el código penal.

Artículo 56.- Exportación ilícita de replicas y calcos: A quien exporte réplica o elabore calcos sin la autorización del Ministerio de Cultura y Deportes, se le impondrá la pena de tres a cinco meses de privación de libertad más una multa

de veinte mil quetzales, cuando se trate de un hecho aislado. Si el hecho formare parte de una actividad repetida o sucesiva de actos, se impondrá pena de seis a nueve años de privación de libertad.

**Artículo 68.- Acciones legales**: El Ministerio de Cultura y Deportes ejercerá las acciones legales necesarias que conduzcan a la recuperación de los bienes a que se refiere esta ley, cuando los mismos estén en poder de otros países o particulares en el extranjero.

# 3.2.3 Código Penal:

La ley específica que califica si la excavación y exportación es constitutiva de delito, es el Código Penal, el cual en su artículo 332 "B", estipula:

Hurto y robo de bienes arqueológicos: Se impondrá prisión de dos a 10 años en el caso del artículo 246, y prisión de cuatro a 15 años en el caso del artículo 251, cuando la apropiación recayere sobre:

Productos de excavaciones arqueológicos regulares o clandestinos o de descubrimientos arqueológicos,

Ornamentos o partes de monumentos arqueológicos o históricos, pinturas, grabados, estelas o cualquier objeto que forme parte del monumento histórico o arqueológico;

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 comete 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.

Como podemos observar, existe una mínima legislación nacional para combatir la destrucción del patrimonio cultural, que debe ser conocido por todos los órganos jurisdiccionales a fin que puedan aplicarla debidamente.

# 3.3 Regulación legal internacional que protege el patrimonio cultural:

# 3.3.1 Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas

Artículo 12: "Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales y dramáticas y literaturas, así como el derecho a la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que

han sido privados sin que hubieran consentido libremente y con pleno conocimiento o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres. "

Artículo 27: "Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica".

# 3.3.2 Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales

**Artículo 5:** "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo".

Artículo 13: "Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación".

Artículo 14. "Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".



# 3.3.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

**Artículo 15:** "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural;

**Artículo 15:** "Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura".

## 3.3.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

**Artículo 27:** "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

# 3.3.5 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

**Artículo 5** "...los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales;"

#### 3.3.6 Convención sobre los Derechos del Niño

**Artículo 30**: "En los Estados en que existen...personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma".

## 3.3.7 Declaración Universal de los Derechos Humanos

**Artículo 27:** "1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad".



# 3.3.8 Tratado de la Integración Social Centroamericana

"Capítulo II. Artículo 6: "Principios: Los Estados Partes procederán de acuerdo con los siguientes principios: ... (i) La conservación y el rescate del pluralismo cultural y la diversidad étnica de la Región, en el marco del respeto a los derechos humanos".

# 3.3.9 Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas

**Artículo 1:** "Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad. Los Estados adoptarán medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo, para lograr esos objetivos".

# 3.3.10 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

El Comité exhorta en particular a los Estados Partes a que:

Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación;...

Garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma".

# 3.3.11 Alianza para el Desarrollo Sostenible en Centroamérica

Principios de la Alianza para el Desarrollo Sostenible:

"A continuación, enumeramos los siete principios fundamentales que los centroamericanos adoptamos para lograr el desarrollo sostenible. Estos principios prevalecerán en todas las políticas, programas y actividades promovidas por los Estados, individual y conjuntamente así como por la sociedad civil, en atención a que constituyen la base de los objetivos y compromisos de interés común.

El respeto a la pluriculturalidad y diversidad étnica de la región: Los países centroamericanos, en distinta medida, son sociedades conformadas por una diversidad étnicas y cultural representa una gran riqueza que debe ser preservada, creando las condiciones para que, en un marco de libertad, todas las expresiones culturales puedan desarrollarse, y en particular las indígenas, en su condición de culturas originarias que han padecido una situación de subordinación a raíz de la

conquista y colonización. El derecho a la identidad cultural es un derecho humano fundamental y la base para la coexistencia y la unidad nacional.

# 3.4 Convenios de cooperación regional

#### 3.4.1 Estados Unidos de Norte América

Memorando de entendimiento entre la República de Guatemala y el gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la imposición de restricciones para la importación de objetos y materiales arqueológicos de culturas precolombinas de Guatemala, vigente desde 1991 con respectivas ratificaciones y ampliaciones.

# 3.4.2 Estados Unidos Mexicanos

Convenio para el combate de tráfico ilícito entre la República de Guatemala y la República de los Estados Unidos Mexicanos.



#### 3.4.3 Centro América

La convención centroamericana para la restitución y el retorno de bienes arqueológicos, turísticos y artísticos, firmada 26 de agosto de 1995 en Guatemala. La convención centroamericana para la protección del patrimonio cultural, firmada 26 de agosto de 1995.

# 3.5 Otras instituciones que colaboran para la protección del patrimonio cultural

# 3.5.1 Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)

La UNESCO ofrece un sitio Web en español sobre protección jurídica del patrimonio cultural, donde le da un espacio al tema de la prevención, la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales. En éste se presenta una amplia definición de qué significa el tráfico ilícito, los instrumentos normativos generados en la convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales

Así mismo la recomendación de la UNESCO sobre medidas encaminadas à prohibir e impedir la exportación, importación y transferencia ilícita de propiedad de bienes culturales y otras recomendaciones de la UNESCO sobre protección del patrimonio mundial cultural y natural de los años 1956, 1962, 1968, 1972, 1976 y 1978. También aparecen noticias de bienes culturales robados y conexiones con los bancos de datos sobre bienes culturales robados de las páginas web de Registro Internacional de Arte Perdido; los estatutos, el reglamento, los estados miembros y el formulario de base para las solicitudes de retorno o de devolución del "Comité intergubernamental para fomentar el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita", y los resultados de la décima reunión del Comité desglosados en las recomendaciones, informe final, código internacional de ética y Object-ID, un instrumento para la identificación de bienes culturales.

Esta organización señala que "al tiempo que recomienda a todos los Estados que pasen a ser partes en ambos instrumentos normativos de las convenciones, UNESCO contribuye a luchar contra el tráfico ilícito publicando avisos en los que figuran los bienes robados y ayudando a los Estados Miembros cuando se trata de redactar la legislación para la protección de objetos muebles. También organiza cursos de formación regionales en colaboración con el consejo internacional de museos y la organización internacional de policía criminal.



# 3.5.2 Consejo Internacional de Museos (ICOM)

El ICOM presenta información en inglés sobre el tema del tráfico ilícito en los aspectos del código de ética para las adquisiciones de los museos, el código de ética para profesionales del ICOM, las publicaciones de los boletínes titulados "100 objetos extraviados", la lista roja del ICOM donde se listan los tipos de objetos más frecuentemente robados o removidos de sus sitios a partir de abril del 2000, los reportes de los cuatro talleres realizados conjuntamente con INTERPOL y UNESCO desde 1993 hasta 1998 y un artículo titulado "El tráfico ilícito del patrimonio cultural a través del mundo", donde se aborda el fenómeno del saqueo y robo del patrimonio cultural, las causas del robo y saqueo, el tráfico ilícito de obras de arte, un crimen contra el patrimonio de la humanidad, la lucha contra el tráfico ilícito, una prioridad para preservar el patrimonio mundial y referencias bibliográficas. ICOM considera que combatir el tráfico ilícito de los bienes culturales es uno de los objetivos primordiales de sus programas. Los profesionales de los museos que trabajan para estas instituciones juegan un parte activa en la campaña. No sólo deben dedicarse a promocionar las medidas preventivas como la ética de los profesionales y la seguridad de las colecciones, sino también tomar en cuenta las iniciativas concretas relacionadas con las redes internacionales de profesionales.



# 3.5.3 Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL)

La INTERPOL también en su página web concurre con datos en inglés sobre los recientes robos, objetos encontrados, objetos reclamados, imágenes de los objetos de arte frecuentemente robados y los artículos sobre el robo de los objetos de arte y el uso del Object-ID, así como conexiones con la lista roja del ICOM y las convenciones internacionales.

INTERPOL es una organización que desde 1947 ha estado particularmente involucrada en la lucha contra el tráfico ilícito de los objetos culturales y ha publicado desde entonces la primera notificación internacional sobre el robo de obras de arte que circula a nivel mundial. Esta organización con las técnicas avanzadas de comunicación, ha desarrollado un sistema eficiente de circulación de la información a través del acceso a la base de datos de los estados miembros de ITERPOL que contiene las descripciones de los objetos de arte en el formato usado por los 178 países miembros llamado "Crigen/art form". Estas planillas existen en árabe, español, francés e inglés y son compatibles con la planilla de verificación del Object-ID.

El vocabulario para describir los objetos es el mismo para que sea usado consecuentemente por el personal de los departamentos de policía, el personal de los museos y todas las organizaciones a nivel mundial involucradas.



# 3.5.4 Object- ID un instrumento valioso

El Object-ID (identificación de objetos) fue un proyecto iniciado en el Instituto Getty para Información sobre arte bajo la dirección de Eleanor Fink. Actualmente este proyecto es coordinado por Council for the Prevention of Art Theft (CoPat) desde julio del 2000 con la asistencia financiera del Getty Grant Program. En la página web Object-ID <a href="http://www.object-id.com/">http://www.object-id.com/</a> se localiza una versión en español que explica por qué es necesario este estándar internacional para la descripción de las obras de arte, antigüedades y objetos arqueológicos, cómo se desarrolló, quiénes lo usan y la planilla "la lista de verificación para la identificación de objetos". Esta planilla de dos páginas ha sido traducida a quince idiomas siendo considerada un instrumento valioso que cualquier persona puede llenar con los datos mínimos necesarios para registrar un objeto de arte y puede ser utilizado como una herramienta de identificación para luchar contra el robo de bienes culturales muebles.

# 3.5.5 Departamento de Estado EE.UU.:

El departamento de estado de los Estados Unidos de Norte América ofrece un espacio en su sitio web sobre la protección internacional de los bienes culturales <a href="http://exchanges.state.gov/education/culprop">http://exchanges.state.gov/education/culprop</a>. Este contiene artículos en inglés sobre el problema del robo y vandalismo, y los últimos convenios de restricciones de importaciones y exportaciones de obras de arte. Ya han sido

firmados convenios binacionales entre Estados Unidos de Norte América y algunos países latinoamericanos como Nicaragua y El Salvador, y acuerdos bilaterales con Guatemala y Perú. También se encuentra una base de datos en español con imágenes de las colecciones de objetos etnográficos y arqueológicos del Perú que están clasificados como objetos con restricciones de importación.

El departamento de estado de Estados Unidos de Norte América es el responsable de poner en práctica el acta de convenio de la UNESCO establecida en 1970. Un Comité consultivo de patrimonio cultural del departamento de estado es el encargado de recibir las restricciones de importaciones establecidas por los países, especialmente la de los objetos etnográficos y arqueológicos para evitar el robo y vandalismo del patrimonio cultural. El comité revisa estas restricciones y hace recomendaciones que posteriormente son enviadas al presidente de los Estados Unidos de Norte América para su consideración y autorización de un acuerdo de patrimonio cultural con el respectivo país solicitante.

Como podemos observar, existe una gran variedad de legislación nacional y principalmente internacional que los encargados de la aplicación de la justicia deben conocer para combatir con eficiencia el tráfico ilícito del patrimonio cultural de la nación.



# **CAPÍTULO IV**

4 Necesidad de capacitar en conceptos de patrimonio cultural, tráfico ilícito y legislación nacional e internacional sobre la protección del patrimonio cultural a los jueces de paz y de primera instancia.

# 4.1 La problemática del tráfico ilícito del patrimonio cultural de la nación

Como establecimos anteriormente, el patrimonio cultural de un país, es vital para conocer la historia del mismo, así como para determinar el comportamiento de la sociedad. Sin embargo, el robo de los bienes culturales afecta a todos los países a nivel mundial, especialmente a aquellos en vía de desarrollo va en constante crecimiento, por lo que es importante que la población y los entes encargados de administración de justicia conozcan la normativa nacional e internacional acerca de la protección del patrimonio cultural.

El tráfico ilícito de los objetos de arte es un fenómeno en crecimiento debido a la demanda en el mercado del arte, la inestabilidad política de algunos países, el desarrollo de los sistemas de transporte y la facilidad que ofrece la apertura de las fronteras entre las naciones. Con motivo de esta compleja situación tres organizaciones internacionales, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Consejo Internacional de Museos (ICOM) y la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), que luchan conjuntamente en programas contra el tráfico ilícito, promocionan a través de sus páginas web sus acciones para salvaguardar el patrimonio cultural.

Así mismo, estas organizaciones consideran vital estandarizar los registros de los objetos robados o saqueados y recomiendan adoptar la planilla del Object-ID como un instrumento estándar internacional para el registro de un mínimo de datos sobre los bienes muebles. Por otra parte, el departamento de estado de los Estados Unidos de Norte América también en su página web concurre con un espacio para colaborar en la lucha contra el tráfico ilícito.

"Estatuas decapitadas, nichos desprovistos de las figuras que los adornaban, tumbas y túmulos funerarios saqueados. Montones de tierra, cascajos y escombros esparcidos en los lugares que antes ocupaban los bellos edificios de una antigua ciudad. Pueblos que han perdido las imágenes religiosas que, en su día, representaron su mundo espiritual. Iglesias y palacios despojados de sus objetos más preciados. Niños que crecen sin haber visto los grandes logros culturales de su propia cultura. Tales son los tristes resultados del tráfico ilícito de objetos culturales."<sup>23</sup>

El saqueo de materiales arqueológicos y etnológicos deriva a una nación de su patrimonio cultural. En los lugares arqueológicos, el saqueo supone excavaciones no científicas para obtener los objetos que tienen valor en el mercado de obras artísticas. En consecuencia, los saqueadores destruyen el contexto en el que se encuentran todos los materiales arqueológicos. Sin el debido registro científico del contexto y de los materiales de un sitio, es imposible reconstruir o comprender la cultura que lo produjo. El resultado final es la pérdida irreparable de información histórica.

 $^{23}$  UNESCO, Estudio de la problemática del patrimonio cultural, pág. 13.



#### 4.2 La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

En 1983, el Congreso de la República de Guatemala aprobó la Ley de Aplicación de la Convención sobre Bienes Culturales que permite a los Estados Unidos aplicar la Convención de 1970 de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales. La ley permite a los Estados Unidos imponer restricciones de importación al material arqueológico o etnológico cuando el saqueo de dichos materiales pone en riesgo el patrimonio cultural del país.

Guatemala ha iniciado el uso de ficha de identificación, trabajando conjuntamente con el Departamento de Registro de Bienes Culturales del Instituto de Antropología e Historia, INTERPOL Guatemala, y la Unidad de Cooperación Internacional del Ministerio de Cultura y Deportes.

Los objetivos de este trabajo conjunto son:

- Reducir los incentivos para el saqueo.
- Ayudar a los países a proteger su patrimonio cultural del saqueo a largo plazo al alentar la formulación de las políticas pertinentes; los inventarios; los planes de gestión; la capacitación de los profesionales de los museos y los funcionarios aduaneros y policiales; la educación pública, y el turismo cultural y otras actividades económicas sostenibles y pertinentes.

- Aumentar el acceso internacional a los bienes culturales mediante el fomento del intercambio de materiales para fines científicos, culturales y educativos.
- Además cualquiera de los 91 países que son parte en la Convención de 1970 de la UNESCO puede presentar una solicitud a los Estados Unidos para la imposición de restricciones de importación.
- Así como contribuir con el fortalecimiento del recurso humano y económico para poder atender el requerimiento de la ciudadanía para la protección de los bienes culturales.

Uno de los resultado de este trabajo conjunto ha sido la recuperación que han realizado las autoridades de Cultura, Ministerio Público y la Policía de Guatemala quienes han recuperado este año 350 piezas prehispánicas de cerámica, 39 imágenes religiosas y cuatro candeleros robados.

De acuerdo con el jefe de Registro de Bienes Culturales, Fernando Paniagua, desde 1979 a la fecha se estima que en Guatemala son robados un promedio de 60 bienes culturales de museos e iglesias cada mes.

De acuerdo a estos datos es mínima la recuperación de los bienes que constituyen patrimonio cultural que han sido robados, por lo que es importante que al conocerse de un caso se realice una exhaustiva investigación para sancionar a los responsables de la comisión de dicho delito para evitar que se siga dando.

Otra acción tomada por el Estado de Guatemala, ha sido declarar mediante el acuerdo gubernativo número 86-98, fue la declaración de Día del Patrimonio Cultural, cada 26 de febrero. Sin embargo este acuerdo es desconocido por la población, así como de todos los instrumentos para la aplicación de los mecanismos de protección del patrimonio cultural.

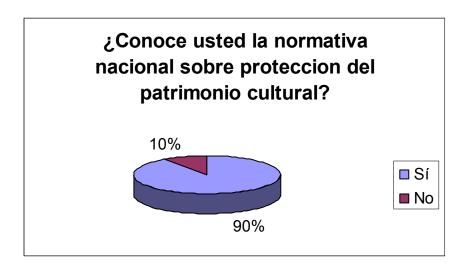
Hay que tomar en cuenta que la contribución más importante del estado en materia de protección del patrimonio cultural de la nación es la creación de la fiscalía de delitos contra el patrimonio cultural; que tiene como base jurídica la Ley del Patrimonio Cultural y el Código Penal, normas jurídicas mencionadas anteriormente.

# 4.3 Participación de los órganos jurisdiccionales en la protección del patrimonio cultural

De lo expuesto anteriormente podemos darnos cuenta que existe una gran variedad de instituciones y de normativa tanto nacional como internacional que protege el patrimonio cultural del país, sin embargo a pesar de ello la mayoría de dichas instituciones no tiene capacidad para sancionar a quienes atentan contra el patrimonio de la nación, es por ello que es de vital importancia que los órganos jurisdiccionales conozcan de la legislación que ampara esta materia y que puedan aplicar las sanciones correspondientes.

De un estudio que hemos realizado a través de entrevistas a jueces de paz y de primera instancia, quien únicamente nos han dado su opinión de una forma externa y personal, por lo que en el presente trabajo no podemos mencionar nombres. A dichas personas se les hicieron las siguientes interrogantes.

¿Conoce usted la normativa nacional sobre protección del patrimonio cultural?

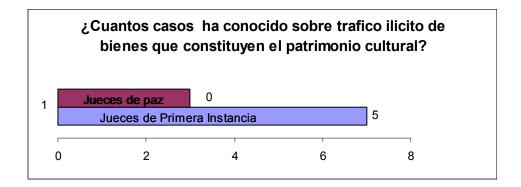


¿Qué leyes contempla nuestra legislación para la protección del patrimonio cultural de la nación?

Sobre esta interrogante, las personas entrevistadas coincidieron en indicar que la normativa principal en Guatemala es la Constitución Política de la Republica de Guatemala, además de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación Decreto Numero 26-97 del Congreso de la República de Guatemala.

Es de hacer notar que los entrevistados, no indicaron ninguna otra ley, no tomaron en cuenta los acuerdos gubernativos y otros reglamentos emitidos por el Ministerio de Cultura y Deportes y sus dependencias.

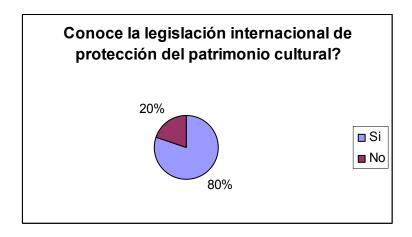
A la interrogante, ¿Cuántos casos ha conocido sobe tráfico ilícito de bienes que constituyen el patrimonio cultural?:



De la grafica anterior podemos establecer que los jueces de paz entrevistados, no han conocido ningún caso, ni siquiera en prevención sobre los delitos sobre el patrimonio cultural, por otro lado los jueces de primera instancia penal entrevistados manifestaron que han conocido cinco casos de los cuales únicamente se encuentran en la fase de investigación.

A la pregunta ¿conocen la normativa internacional sobre protección del patrimonio cultural?, las respuestas fueron las siguientes:





Del cuadro anterior, hay que hacer constar que se ha tomado conjuntamente la opinión de los jueces de paz y los jueces de primera instancia, un ochenta por ciento indica que si conoce la legislación internacional de protección del patrimonio cultural, sin embargo al indicarles cuales eran dichos intrumentos legales, indicaron que no recordaban el nombre de dichas herramientas internacionales, por lo que se comprueba que hay necesidad de capacitar a dichos jueces sobre la materia.

Como lo indicamos anteriormente, se ha establecido que los jueces tanto de paz como de primera instancia tienen poco conocimiento acerca de los instrumentos de protección del patrimonio cultural, de allí surge la necesidad que los mismos sean capacitados, ya que este tema a pesar que es poco conocido, es muy importante porque representa la naturaleza del pueblo de Guatemala, sirve para que las futuras generaciones conozcan el pasado, la historia y como la sociedad ha ido avanzando en conocimientos y costumbres.

Sin embargo, no podemos imputarle únicamente a los jueces de primera instancia o a los jueces de paz, el no aplicar las penas establecidas en la leyes para quienes cometen delitos en contra del patrimonio cultural de la nación, ya que hay que tomar en cuenta que se necesita de una buena investigación y contar con suficientes elementos de convicción para imputarle a una persona la comisión de dichos delitos.

Es necesario eemprender acciones orientadas a brindar mantenimiento a monumentos públicos y parques nacionales y realizar estudios para emitir dictámenes u opiniones técnicas sobre áreas de patrimonio cultural y natural.

Otra actividad necesaria para organizar y realizar actividades que motiven la participación y la organización social para la investigación, registro, protección, restauración, rescate, conservación, preservación, promoción y difusión del patrimonio cultural

Además es urgente que se cree en la conciencia infantil, desde los primeros años de estudio la importancia de valorar las riquezas arquitectónicas, naturales, y culturales de Guatemala; con el objeto que la sociedad de forma directa defienda la protección de nuestro patrimonio cultural, tan desvalorizado por los propios guatemaltecos. No es suficiente con que tengamos instrumentos legales debidamente estructurados si no tenemos el interés de utilizarlos de forma eficaz.

Por otro lado también hay que tomar en cuenta que por el tipo de sociedad que tenemos actualmente, donde la ola de violencia es imparable, hay que tomar en cuenta que los órganos jurisdiccionales del ramo penal, están saturados de trabajo, por lo que existe la

necesidad de crear órganos jurisdiccionales privativos, para que conozcan de la materia de protección del patrimonio cultural, principalmente porque Guatemala, es un país eminentemente turístico y con gran valor tradicional, que merece sea protegido desde distintos puntos de vista.

Por lo tanto podemos concluir que para que exista una real protección a los bienes que constituyen patrimonio cultural del país, tan importante para valorizar nuestra cultura y nuestras raíces, es necesario que los entes trabajen con coordinación —al referirnos a entes, incluimos a nacionales, extranjeros, de gobierno, de la sociedad civil; así como a la iniciativa privada, ya que a todos nos pertenece el patrimonio cultural de la nación—y que exista fiscalización en cada una de ellas para evitar que no se juzgue a los responsables de delitos que se cometen en contra del patrimonio cultural de la nación y que permitan la destrucción de lo que ahora y en el futuro servirá para valorizar nuestra cultura.



#### **CONCLUSIONES**

- El patrimonio cultural de la Nación, constituye un conjunto de bienes tangibles e
  intangibles de vital importancia para cada Estado y debe ser protegido por todos los
  medios nacionales e internacionales.
- 2. El Estado de Guatemala, tiene la obligación de tomar medidas de urgencia para proteger el Patrimonio Cultural de la Nación a través de la cooperación con instituciones de carácter internacional que tienen como fin la protección de los bienes que constituyen tesoros nacionales para detectar y recuperar los objetos que hayan sido ilícitamente llevados a otros Estados.
- 3. Es importante que los organismos del Estado trabajen conjuntamente para evitar la problemática del trafico ilícito de bienes culturales, con el fin de que las personas que atenten contra los mismos sean sancionados como corresponde.





#### RECOMENDACIONES

- 1. Que la Corte Suprema de Justicia, como órgano principal de la administración de justicia realice programas de capacitación para los jueces de paz y jueces de primera instancia, utilizando la ayuda de las instituciones del Estado que tienen la obligación de velar e inventariar que bienes constituyen el patrimonio cultural de la nación.
- El Estado de Guatemala, le asigne un mayor presupuesto a las instituciones encargadas del cuidado del patrimonio de la nación para que tengan un mejor control sobre los mismos.
- 3. Que la Corte Suprema de Justicia, cree un órgano jurisdiccional con competencia exclusiva en materia de patrimonio cultural, con el apoyo de las organizaciones internacionales que trabajan sobre la materia, captando a las personas que tengan especialización en dicho tema.





# BIBLIOGRAFÍA

Academia de Lenguas Mayas. Informe Anual 2005, Guatemala, 2005.

BARRIENTOS PELLICER, César Ricardo. **Curso básico de derecho procesal penal,** Módulo II, Buenos Aires, Argentina: Ed. Ileana, S. A., 1993.

BARRIENTOS RAMIREZ, César. Las fases del procedimiento Penal, (s.l.i.), (s.e.), 1993.

BINDER, Alberto, **Manual de derecho procesal penal**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1992.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual derecho procesal penal,** 3ª. ed., Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1993.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1974.

CARNELUTTI, Francisco. **Derecho y proceso,** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas, Europa-América, (s.f.)

CATENA MORENO, César. Principios del proceso penal, (s.l.i.), Ed. Labor, S.A., 1960.

DE LA OLIVA, Santos. **Garantías del derecho procesal penal**, Buenos Aires, Argentina: Ediciones Hispanoamericana, 1985.



Diccionario electrónico. Encarta 2005, Microsoft, 2005.

FENECH, Miguel. **El funcionamiento del derecho procesal penal**, 1t.; Barcelona España: Ed. Labor, S.A., 1960.

MAIER, Julio. Derecho procesal penal, Vol. B, Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi, S.A., 1989.

MELLADO ASENCIO, Rafael. **Derecho procesal penal,** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.

Ministerio de Cultura y Deportes. http://www.ministeriodecultura.org.gt., junio, 2006.

MORALES, Mario Roberto. La Insignia, http://www.lainsignia.com., 2 de mayo de 2006.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO-Estudio de la problemática del patrimonio cultural, 1999.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.

Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**, 2vol.; 21<sup>a</sup>. Edición, Madrid, España: Ed. Espasa, 1992.



SENDRA GIMENO, Vicente. Constitución y doctrina, Madrid, España: Ed. Teclos, 1988.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho procesal penal,** Buenos Aires, Argentina: Ed. Carlos Córdoba S.R.L., 1982.

# Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República, Decreto número 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República, Decreto número 51-92, 1992.

Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 26-97, Reformado por el Decreto Número 81-98, 1998.

**Orden Nacional del Patrimonio Cultural de Guatemala.** Acuerdo Gubernativo número 229-99, Guatemala, 1999.

**Reglamento interno**. Acuerdo Gubernativo número. 354-2001, Guatemala, 21 de agosto de 2001.