

Sanción Penal y Patrimonio Cultural

Luis Lamas Puccio

Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la PUC

4. ANTECEDENTES Y SITUACION LEGAL DEL PATRIMONIO CULTURAL

Durante la época virreynal se dio inicio a las actividades depredatorias como consecuencia de la actitud dominadora de los conquistadores, del total desinterés de la corona española por dictar algún tipo de norma relativa a la protección del patrimonio cultural y también por tratar de desaparecer todo vestigio cultural y social inherente al pueblo indígena. Los dispositivos legislativos más antiguos de los que se tiene conocimiento son los que aparecen en el siglo XVI y tienen como fundamento el concepto relacionado con el derecho de propiedad (*ius Quiritium*), relativos a los yacimientos arqueológicos, cementerios, templos y ruinas de parte de la familia real española, siempre en su afán predominante de percibir “El Quinto Real”²⁷. Así vemos que el Rey Carlos V aconsejaba a sus súbditos hacia el año de 1541 lo siguiente: “que se cuidara todo tipo de monumentos incaicos, porque ellos nos pertenecen ...”. Otro caso es el de las famosas Ordenanzas de Toledo dadas en la ciudad de la Plata (hoy Estado de Sucre en Bolivia), que tenían por finalidad establecer las limitaciones y obligaciones que tenían las personas para con la Corona Española, que se dedicaban a la explotación y búsqueda de tesoros incaicos en las sepulturas y cementerios.²⁸ Sin embargo, en todos estos dispositivos, el ánimo que los motivaba no era de ninguna manera la protección del patrimonio cultural, sino más bien el resguardo y el acrecentamiento de la riqueza para la corona en un afán de lograr una mayor participación en los diferentes tributos que obligatoriamente tenían que pagar los pueblos conquistados.

Es recién en el período republicano, en el año 1821, cuando por efecto de la vigencia de los princi-

pios ideológicos y filosóficos de libertad —que motivaron los movimientos independizadores en el continente americano— así como por las ideas que propugnó la Revolución Francesa que realmente se origina una nueva mentalidad y concepción de carácter fundamentalmente nacionalista en los pueblos independizados, como consecuencia de la identificación con los propios valores históricos y nacionales, inherentes a nuestro propio pasado. Lo que originó que se promulgara por primera vez un dispositivo por parte del gobierno peruano en el año de 1822, relativo a lo siguiente: “Los monumentos que quedan a la antigüedad del Perú, son de propiedad de la Nación, porque pertenecen a la gloria que deriva de ellos; las preciosidades que abundan en nuestros minerales, aunque puedan circular libremente en el país y hasta mudar de dominio, el Gobierno tiene el derecho de prohibir su exportación; cuando felizmente ha llegado el momento de aplicar el uso racional de todo lo que nuestro suelo produzca de exquisito en los tres reinos de la naturaleza. Con dolor se ha visto aquí, vender objetos de un valor inapreciable y, llevarse a donde es conocido su verdadero valor, privándonos de la ventaja de poseer lo nuestro.”²⁹ De lo que se puede deducir que ésta es la primera norma legal con la que se empieza a dar importancia a un pensamiento de carácter nacionalista a lo largo de nuestra historia, prohibiéndose por consiguiente todas las exportaciones y extracciones sin la respectiva autorización de las autoridades, tratándose de establecer un cierto control sobre la comercialización de piezas artísticas con valor histórico.

Posteriormente, en el año de 1836 se vuelve a dictar otro dispositivo en este sentido, el mismo que no sólo se limita a identificar la riqueza nacional, sino que además crea el primer organismo de carácter protector de este patrimonio, por cuanto se formaliza el

27. Impuestos que obligatoriamente tenían que pagar las diferentes colonias a la Corona Española.

28. Ordenanzas del Perú, recogidas y coordinadas por el Lic. D. Thomas de Ballesteros. Tomo I, libro III, (Ordenanzas de Minas), título quince, págs. 296–298, Lima 1572, imprenta Francisco Sobrinos y Bados.

29. Decreto Supremo No. 89, Lima 2 de abril de 1822.

funcionamiento del primer museo en la República, para lo cual se expuso lo siguiente: "Ante la abundancia de preciosidades que son dignas de contemplación y, el deber por parte del Estado de fomentar la ilustración y la cultura, se establece la creación de un museo". Ratificándose en cierto sentido el decreto anterior, e imponiéndose además las primeras penas de carácter pecuniario para todas las personas que lo trasgredieran.³⁰

Con el paso de los años, en 1841 se promulga otra norma relativa a la protección de nuestro patrimonio cultural, pero ya no sólo se hace referencia a los objetos de los períodos pre-incas e inca, sino que también tiene implicancias para las obras artístico-culturales del período virreynal, exponiéndose así; "Queda prohibida la extracción al extranjero, las pinturas antiguas originales, ya sea en lienzo, tabla o lámina de metal de los maestros de la Escuela Italiana o Española".³¹ Este sería el primer antecedente relativo a la protección jurídica de obras de arte de la etapa virreynal.

Posteriormente se promulgaron otras leyes y diferentes decretos relacionado al tema, al empezarse a tener más conocimiento y conciencia sobre los daños que la depredación cultural generaba en este sentido. Como en el caso de los perjuicios en los monumentos arqueológicos por parte de las personas que se dedicaban a las excavaciones clandestinas, tomándose cada vez mayor conciencia sobre lo trascendental que es la protección que se debe de brindar a todos los monumentos arqueológicos.

Paralelamente a la preocupación que mostraban las autoridades, la comunidad también empieza a tener una participación más directa en estas actividades proteccionistas. Como es el caso de la carta que envía el Prefecto del Departamento de Junín en el año de 1845, a su similar de Cerro de Pasco, en la que entre otras cosas, le manifiesta su profunda inquietud en los términos siguientes: "Que el tiempo destructor, la criminal codicia de algunos sedientos de riqueza que no dudan en no esconderla; la indiferencia con que se han visto y, se ven las riquezas de nuestros antepasados, han ocasionado su completa destrucción, viéndose tan sólo inmensos escombros en muchos de ellos y su total abandono".³²

Por fin en el año de 1893, el Gobierno decreta que todos los monumentos de valor histórico sean declarados obligatoriamente "Monumentos Históricos", entre los que se encuentran los que han sido construídos en tiempos anteriores al período de la conquista española y en territorio de la República. Estos monumentos deben ser objeto de protección, mantenimien-

to, conservación y permanentemente vigilancia por parte de las autoridades, quedando totalmente prohibida su destrucción o utilización para construcción.³³

A principios del presente siglo con el auge de los conocimientos científicos de la arqueología y la antropología, se da aún mayor importancia a todo este contexto histórico, haciendo su aparición en el país arqueólogos que más tarde adquirirían renombre internacional por haber formulado nuevas teorías sobre el pasado del Perú. Como es el caso del sabio y científico Max Uhle o del arqueólogo Julio C. Tello, quienes lograron que se incorpore en forma destacada las diferentes culturas nacionales, en el contexto de los conocimientos internacionales, ayudados por los notables adelantos de las ciencias auxiliares de la arqueología, que ampliaron enormemente los conocimientos sobre el hombre andino y sus obras. Desgraciadamente al mismo tiempo que la historia peruana empieza a ser revaluada entre las esferas científicas, se incrementaron alarmantemente también las múltiples y variadas actividades depredatorias, por efecto del perfeccionamiento de los medios y las vías de comunicación. Panorama que hace necesario que se promulgen mayor número de leyes de protección, de mayor efectividad y de más amplia cobertura jurídica. Como lo hace notar el doctor Uhle en 1911, cuando hace referencia a las excavaciones clandestinas y a la importancia de que las autoridades protejan el patrimonio cultural: "El Gobierno debe de interceder por la vasta e ilícita explotación de restos antiguos y, debe de promulgar una norma que sancione severamente y proteja de forma eficaz los monumentos históricos, muy similar a la que hay en Turquía.

Se promulgaron variedad de dispositivos con esta finalidad, comprendiéndose a todos los objetos artísticos, históricos, culturales de todos los períodos de nuestra historia nacional, creándose para estos efectos, un organismo encargado de velar por la cultura nacional.

El 13 de junio de 1929, se dictó la Ley No. 6634, que es la que ha normado en gran medida, todo lo relativo a las acciones traslativas de dominio sobre objeto y bienes culturales, estableciéndose en su artículo 11o. que: "las antigüedades precolombinas de propiedad particular, se inscribirán en un registro especial que se abrirá para estos fines en el Museo de Historia Natural, con las indicaciones y datos necesarios para su posterior identificación, consignándose el cambio de posesión en este registro para su posterior validez, señalándose que los objetos que no hayan sido inscritos durante el transcurso de un año en éste, se reputarán propiedad del Estado, sancionándose con el decomiso y una multa pecuniaria a todas las personas que

30. Decreto Supremo No. 433, Lima, 1 de junio de 1836.

31. Decreto Supremo No. 556, Lima, 1 de marzo de 1841.

32. Comunicación del Prefecto de Junín a su similar de Cerro de Pasco de fecha 24 de julio de 1845.

33. Decreto Supremo No. 600, art. 11o. Lima, 27 de abril de 1893.

participen directa o indirectamente en las exportaciones clandestinas de bienes arqueológicos³⁴.

Igualmente el Código Civil de 1936, derogado, establecía en su artículo 882 lo siguiente: "Son del Estado - inc. 5) los Monumentos arqueológicos y los objetos arqueológicos que están regidos por su ley especial".

5. LA SANCION PENAL

Dentro del ámbito penal vigente se puede afirmar categóricamente que estas actividades no se encuentran tipificadas de manera "sui-generis", es decir como delitos arqueológicos o contra el patrimonio cultural, cuya trasgresión de las normas punitivas que los tipifica significa la aplicación de una sanción penal y, por lo tanto una pena privativa de la libertad, como existe en ordenamientos penales de otros países³⁵.

Este vacío se debe en gran medida a que el actual Código Penal data del año de 1924 y, en los momentos de su estructuración estuvo influenciado fuertemente por la legislación helvética³⁶, sobre todo en lo referente a la tipificación de las figuras en su parte especial. Panorama jurídico justificado si tenemos en cuenta que en aquella época la problemática de la depredación del patrimonio cultural no había alcanzado ni la magnitud ni las características que alcanzó en la actualidad, por las razones que ya han sido expuestas a lo largo del presente trabajo.

Lo que se hace en la actualidad para que muchos de estos actos no queden impunes, es recurrir a otras figuras específicas, cuyas características deben reunir las acción concreta para que se le califique de delictiva (Delito contra el patrimonio, contrabando, encubrimiento, daños materiales, etc.). Tenemos el ejemplo de las actividades de saqueo o de excavaciones clandestinas en perjuicio de los monumentos arqueológicos, que son tipificadas como daños³⁷, para

lo cual sólo se tiene en cuenta la intención que motivó al trasgresor, sin notar que no sólo se trata del perjuicio material que se ocasiona, sino lo más importante es la protección de un bien jurídico de características invaluable por su trascendencia y valor histórico que su misma esencia implica y significa. En el caso de sustracción de una pintura de la escuela cusqueña en perjuicio de una iglesia o museo, sólo se le concibe como delito de hurto, conforme lo señala el artículo 237 del Código mencionado, por el hecho de estar generándose un apoderamiento ilegítimo sólo de una cosa mueble ..., por medio de la destreza, el engaño y la astucia, por lo que quedaría excluido el elemento de la violencia, sustrayéndosele de la esfera del poseedor, en este caso el Estado peruano, por cuanto el delito sólo quedaría consumado cuando (el Estado que es el poseedor) sale del territorio nacional, de lo contrario sólo se trataría de una "tentativa". Por otro lado, en el caso que existiera una persona solicitante (por encargo), que es el que muchas veces es sorprendido en la aduana, en el peor de los casos sería un encubridor, ya que ha comprado un bien que ha sido robado "crimen receptorum" (art. 243 del C. Penal)³⁸.

De otro lado, cabría pensar que se trata de una defraudación al Estado de acuerdo con el artículo 246 del actual código, inc. 5o. Sin embargo, esto significaría ignorar qué se entiende por defraudación, y que la disposición citada no es sino un caso agravado de esta forma delictiva, en razón a que el perjuicio es a la Administración Pública. Para que se reprima el caso analizado sería necesario que podamos demostrar que el sacar indebidamente huacos del país constituye una etapa u otro tipo de fraude previsto en el código penal. Este no es el caso. Tampoco podría tratarse de apropiación ilícita, pues deberíamos suponer que el poseedor de los huacos los tiene por encargo del Estado con la obligación de devolverlos, por lo que al disponer indebidamente de ellos incurriría en este de-

34. El artículo 11o. de la Ley No. 6634 estipula: "las antigüedades precolombinas se inscribirán en un registro especial". Posteriormente la Ley No. 8853, así como el Decreto Supremo No. 14 del 9 de marzo de 1964 en sus partes vigentes indica la "obligatoriedad" de la administración de llevar un registro de objetos arqueológicos. La Ley No. 12954, también estipula la obligatoriedad de establecer este registro tanto para las personas naturales o jurídicas y, los artículos 14o. y 15o. de esta ley, señalan además: "la posibilidad de responsabilidad criminal para las autoridades aduaneras que permitan la exportación de estos bienes". El Decreto Ley No. 18780 prohíbe tajantemente la exportación de restos arqueológicos, históricos y artísticos que sean de propiedad del Estado o de los particulares. El Decreto Ley No. 19033, al igual que la ley No. 6634, no sólo señala la propiedad del Estado sobre esta clase de objetos y bienes, sino que además señala la intangibilidad y la inalienabilidad e imprescriptibilidad sobre monumentos pre-incaicos e incaicos, coloniales y republicanos. El Decreto Ley No. 22680 aprueba la Convención sobre medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la exportación ilícita de bienes culturales, adoptada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su reunión celebrada en París el 12 de octubre al 14 de noviembre de 1970. Y por último, el Decreto Ley No. 22682, aprueba la Convención sobre Defensa de Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (Convención de San Salvador). De lo que se concluye en lo referente a todos estos dispositivos que, (1) No existe libre disposición de dominio sobre los bienes culturales que son poseídos por los particulares, sean personas naturales o jurídicas. (2) El Estado está obligado, tanto por las leyes nacionales, cuanto por los tratados internacionales a proteger y conservar los bienes monumentales que constituyen herencia común de la humanidad. (3) El decomiso y posterior ingreso al Patrimonio del Estado de los especímenes incautados a los particulares está amparado por las leyes (Alfonso Morante Campos, Informe del INC, sobre incautación de objetos arqueológicos).
35. La Ley de Protección del Patrimonio Cultural de Cuba que, en su artículo No. 12 (Ley No. 1), dice: "la extracción o intento de extracción del territorio nacional de bienes culturales protegidos por esta ley, sin haber obtenido la autorización previa del Ministerio de Cultura, constituye delito ...". Ley Federal Sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas de México. Capítulo VI. De las Sanciones. Artículos 47o., 48o., 49o., 50o., 51o., 52o., 53o. y 54o., que señala que para cualquiera de las trasgresiones que se señalan en estos dispositivos se impondrán sanciones de prisión.
36. Hurtado Pozo José, Manual de Derecho Penal, Parte General, pág. 45, Sesator, Lima, Perú.
37. Daños; art. 250 del Código Penal. Título VIII: "El que destruyere, dañare, o inutilizare una cosa perteneciente a otro, será reprimido con prisión no menor de ...".
38. Artículo 243 del Código Penal: "El que adquiere o recibiere en donación o prenda, o guardase, escondiese o vendiese o ayudase a negociar una cosa que él debía de presumir que provenía de un delito, será reprimido con prisión no menor de ...".

lito. Esta es una ficción inadmisible en el derecho penal, donde necesariamente tiene que prevalecer el principio de la legalidad, por lo que la acción sancionada debe de ser tipificada de manera expresa e inequívoca³⁹.

La figura más cercana que por sus propias características es a la que con mayor frecuencia se recurre, es la que se encuentra tipificada en el artículo 1o. de la ley que reprime el contrabando⁴⁰, la que señala que: "el internare o extrajere del territorio nacional clandestinamente "mercancías" o cualquier clase de bienes, eludiendo, en esa forma, el pago de impuestos y las tasas de aduana o infringiéndose disposiciones que prohiban o limiten dichas operaciones, incurrirán en el delito de contrabando y serán reprimidos con prisión de ...". Sin embargo, hay que tener en cuenta, para una cabal evaluación jurídica—punitiva de estos delitos y de la trascendencia del bien turístico que se trata de proteger cuando se recurre a la sanción penal⁴¹, que esta ley hace referencia a "mercancías", y esta concepción de ninguna manera puede ser aplicada por analogía o similitud a una pieza de cerámica o un lienzo de escuela cusqueña, o un manto de Paracas, por cuanto son obras artísticas de un valor intrínseco para una comunidad, ya que representan su pasado histórico, y sirven para afianzar el sentimiento de identidad de una colectividad. Por lo que al recurrirse a la ley mencionada para su sanción, indirectamente se estaría reconociendo el poco valor que el ordenamiento jurídico da a un objeto cultural. Además, conforme lo señala el gran maestro Hurtado Pozo, en el ámbito del Decreto Penal prima por sobre todas las cosas, el principio de legalidad, por lo que la acción punitiva debe ser no sólo expresa, sino inequívocamente descrita (art. 3o. del Código Penal; art. 2o. inc. 20 de la Constitución del Estado).

Y si bien es cierto que últimamente se ha promulgado la Ley de Amparo para protección del Patrimonio Cultural, en la que entre otros aspectos se señala sobre el régimen de derecho correspondiente a los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, sin excepción de ninguna naturaleza, regulando su identificación, protección, investigación, restauración, mantenimiento, restitución y difusión, en ninguno de sus dispositivos se señala sobre la posibilidad de encuadrar cualquiera de los comportamientos que atentan contra esta clase de patrimonio, como delitos. Por el contrario, se sigue recurriendo a las sanciones de carácter administrativo y pecuniario, entre las críticas más severas que se formulan, que podrían ser motivo de un análisis mucho más amplio.

Del análisis y estudio de las normas legales que se han expuesto a lo largo de este trabajo, se desprende que, en el transcurso de los años, han sido muchas las leyes que se han dictado y se siguen promulgando en relación al tema que motiva este estudio. Sin embargo, se puede afirmar, que en el fondo todas han perseguido lo mismo. Pero lo cierto es que, los actos depredatorios siguen llevándose a cabo y cada día van en mayor aumento. Lo que demuestra la ineffectividad de toda la legislación enunciada, principalmente por su sentido "reiterativo y repetitivo", ya que si bien fueron promulgadas con las mejores intenciones, sus resultados todavía son sumamente discutibles. Lo que hace pensar que, los que las promulgaron, pensaron que quizás la mejor forma de proteger nuestro patrimonio cultural, es o era justamente promulgar mayor número de leyes, en algunos casos con desconocimiento de las que ya estaban vigentes. Pero a pesar, de todas estas constantes reformas y derogaciones de todo género, en nuestro sistema penal, en el adjetivo y en el sustantivo, carecemos todavía de los delitos contra el patrimonio cultural. Además, de encontrarnos desprovisto de un procedimiento adecuado y eficaz que, posibilite su rápida recuperación tanto en el plano nacional o internacional.

6. RECOMENDACIONES

- a) La formulación y puesta en práctica de un plan nacional en el campo de la investigación, es decir una racionalización de los trabajos de exploración, investigación, restauración y estudio de todos los yacimientos arqueológicos en la República.
- b) Se debe hacer obligatoria la enseñanza del valor de nuestro patrimonio cultural a todos los niveles educativos de la enseñanza, incluyendo la cátedra universitaria⁴².
- c) Debe realizarse un censo a nivel nacional de todo nuestro patrimonio artístico—histórico, creándose para estos efectos un archivo de catalogación de todas las especies que se encuentran en poder de los coleccionistas particulares y del Estado⁴³.
- d) Y para finalizar, la tipificación de estos delitos, ya que constituyen conforme a lo expuesto bienes jurídicos de naturaleza especialísima y muy diferente a las genéricas del patrimonio en agravio del Estado. Esto obliga a la creación de una figura típica penal de delito contra el patrimonio cultural de un país, considerándose así, el agregado respectivo en el Código Penal, con un procedimiento ad—hoc para la recuperación de estos valores, así como la respectiva valorización civil del caso⁴⁴.

39. **Hurtado Pozo, José.** Patrimonio Cultural y Protección Penal. Diario Expreso, Lima. 25 de mayo de 1981.

40. Ley de Contrabando No. 16185 del 28 de junio de 1966.

41. **José M. Rico.** Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. Ediciones Siglo XXI. Introducción: "Es un hecho innegable que en toda agrupación humana existen un conjunto de normas que regulan tanto el funcionamiento de los órganos colectivos, como las relaciones de los miembros del agregado social y la de éstos con los órganos colectivos. Si los hombres respetaran voluntariamente esas normas, el derecho penal sería innecesario; pero los seres humanos son constantes trasgresores del orden jurídico establecido y, por ello, junto al derecho constitutivo también tiene que figurar el derecho sancionador. A menudo basta sólo una sanción de índole privada; la restitución de la cosa, la nulidad del acto, la indemnización por los daños y perjuicios; pero en los casos en que la importancia del bien jurídico lo reclama, el Estado se ve en la necesidad de recurrir a formas coactivas más enérgicas y, la pena se impone, (Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, 1964. T. 2; 3a. ed., pág. 13).

42. "Difusión del pasado precolombino está muy atrasado en los colegios". También en las universidades afirma catedrático". El Comercio 7.6.82. "Los conocimientos difundidos en los colegios y universidades peruanas en torno a nuestro pasado están demasiado atrasados en relación a los avances científicos ...".

43. "Hacen el primer inventario en museo antropológico, desde su establecimiento hace cuarenta años". El Comercio 30.3.84.