



**Universidad
Norbert Wiener**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIA
POLÍTICA**

**“PROBLEMÁTICA RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DE LOS
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL EN LA
MODALIDAD DE EXTRACCIÓN ILEGAL DE BIENES
CULTURALES - PROCESADOS PENALMENTE EN LA DIRECCIÓN
DE PATRIMONIO CULTURAL DEL MINISTERIO DE
RELACIONES EXTERIORES DURANTE LOS AÑOS 2010-2015”**

Tesis para optar el título profesional de Abogada

Presentado por:

KATHERIN PATRICIA BORDA MANYA

ASESOR:

Dr. José Carlos Nuñez Chasquero

**LIMA - PERÚ
2019**

DEDICATORIA

A mis padres, quienes me brindaron su apoyo incondicional durante toda la carrera y enriquecieron la elaboración de este trabajo aportando su opinión y recomendaciones.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, a mi familia que en más de una forma me brindaron su apoyo y cariño

De igual manera, a mis amigos más cercanos, quienes, con sus palabras de aliento, apoyo constante y afecto incondicional, me impulsaron a culminar este trabajo.

Finalmente, al personal de la Dirección de Patrimonio Cultural del Ministerio de Relaciones Exteriores, por permitirme indagar en sus archivos y acogerme durante mi período de prácticas con la mayor de las consideraciones y cariño.

RESUMEN

Los bienes culturales son la manifestación por excelencia de nuestra cultura, historia y pasado, razón por la cual éstos deben ser protegidos por el Estado, que se manifiesta a través de entidades como el Ministerio de Cultura, Biblioteca Nacional, Archivo General de la Nación, etc. así como por la población en general.

Lamentablemente en la actualidad el patrimonio cultural y los bienes culturales, entendidos como derecho y como deber, es un tema bastante olvidado por los gobiernos de turno. Esto se ve reflejado en las pocas sanciones penales y administrativas que se aplica para quienes comercializan, alteran o destruyen estos bienes, así como los muchos casos conocidos de tráfico ilícito de bienes culturales.

Hechos como los antes descritos amenazan no sólo nuestra historia e identidad como peruanos sino que también perjudican la economía y a pesar de los esfuerzos de los organismos públicos siguen existiendo muchos casos de comercialización ilegal de nuestro patrimonio, llevados a cabo en el extranjero.

En el presente trabajo abarcaremos la problemática que se presenta respecto a este tema, así como la legislación nacional que regula su protección.

Palabras claves: Patrimonio cultural, bienes culturales, comercialización ilegal, extracción ilegal, yacimientos arqueológicos, delitos contra el patrimonio cultural, sujeto activo, beneficio económico.

ABSTRACT

Cultural heritage is the manifestation by excellence of our culture and history, therefore this is the reason why it must be protected by the State, which is manifested through their entities such as the Ministry of Culture, The National Library, The General Archive of the Nation, etc. As well as the general public.

Sadly, on our current society, cultural patrimony and the cultural goods, understood like a right and a duty, is a subject quite forgotten by the government. This has been reflected in the few cases of people convicted for commercialize, alter or destroy cultural goods and the many known cases of illicit trafficking of cultural goods known.

Situations like those mentioned previously threatened not only our history and identity as Peruvians but also harmed the economy and despite the public institution's efforts to stop this problem, there are still many cases of illegal commercialization of our heritage carried out abroad.

In the present thesis we will cover the problems on this particular subject, as well as the national legislation that regulates its protection.

Key words: Cultural heritage, cultural assets, illegal commercialization, illegal extraction, archaeological sites, crimes against cultural heritage, active subject, economic benefit.

INDICE

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
RESUMEN.....	4
ABSTRACT.....	5
ÍNDICE.....	6
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
1.1. Problema de la investigación.....	12
1.1.1. Planteamiento del problema.....	12
1.2. Formulación del problema.....	14
1.2.1. Problema general.....	14
1.2.2. Problemas específicos.....	14
1.3. Objetivos de la investigación.....	14
1.3.1. Objetivo general.....	14
1.3.2. Objetivos específicos.....	15
1.4. Justificación de la investigación.....	15
1.4.1. Justificación metodológica.....	15
1.4.2. Justificación social.....	15
1.5. Formulación de la hipótesis.....	16
1.5.1. Hipótesis general.....	16
1.5.2. Hipótesis específicas.....	16
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	17
2.1. Antecedentes de la Investigación.....	17

BIENES CULTURALES PATRIMONIO DE LA NACIÓN.....	25
2.2. Concepto de Bienes Culturales Patrimonio de la Nación.....	25
2.3. Clasificación de los bienes culturales integrantes del Patrimonio de la Nación...	28
2.4. Naturaleza jurídica de los Bienes culturales integrantes del Patrimonio cultural..	32
2.5. Requerimientos para la determinación del Patrimonio Cultural	35
2.6. Importancia de la protección del Patrimonio Cultural.....	40
LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL.....	41
2.7. Antecedentes nacionales históricos y legales.....	43
2.8. Ley N° 28296 “Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación”.....	46
2.9. Regulación de las entidades públicas para la protección del patrimonio cultural.....	51
2.9.1. Rol del Ministerio de Cultura.....	51
2.9.2. Rol del Ministerio Público.....	59
2.9.3. Rol del Ministerio de Relaciones Exteriores.....	63
2.10. Legislación internacional.....	65
2.10.1. Convenio Unesco 1970.....	65
2.10.2. Convenio UNIDOIT 1995.....	77
TRATAMIENTO PENAL DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PERÚ.....	82
2.11. Tipos Penales.....	82
2.11.1. Extracción ilegal de bienes culturales.....	83
2.11.2. Destrucción, alteración o extracción de bienes culturales.....	88
2.12. Doctrina comparada sobre el tratamiento del delito contra el patrimonio cultural.....	92
PROBLEMÁTICA EN LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE EXTRACCIÓN ILEGAL DE BIENES CULTURALES EN EL PERÚ.....	96
2.13. Actuaciones del Ministerio de Cultura.....	96
2.14. Actuaciones del Ministerio Público.....	105

2.15. Casuística y estadísticas respecto a los procesados penalmente.....	108
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	121
3.1. Método.....	121
3.2. Tipo y diseño de investigación.....	121
3.2.1. Tipo de investigación.....	121
3.2.2. Diseño de investigación.....	122
3.3. Variables.....	122
3.4. Población y muestra.....	122
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	122
3.6. Técnicas para el procesamiento de datos.....	123
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	124
4.1. Presentación de resultados y discusión.....	124
CONCLUSIONES.....	138
RECOMENDACIONES.....	139
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	141
ANEXOS.....	150
1. Matriz de consistencia.....	151
2. Instrumento.....	153
3. Constancia de asistencia al MRE para la obtención de datos.....	158

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, tiene como finalidad determinar la configuración del delito contra el patrimonio cultural en la modalidad de extracción ilegal de bienes culturales, que a pesar de estar regulado por nuestro ordenamiento jurídico, vemos, en la realidad, la baja incidencia de procesados penalmente por este delito; lo que conlleva a cuestionarnos los motivos por los cuales, siendo este un delito que repercute a nivel social, cultural y económico, no puede implementarse como corresponde a fin de sancionar a los sujetos activos de este tipo penal en específico.

Con el fin de entender la gravedad del delito de tráfico ilícito de bienes culturales en nuestra sociedad debemos comprender la razón detrás de la protección de los bienes culturales.

Debemos entender que los bienes culturales como la manifestación física de una colectividad que comparte una misma historia y cultura, pues es la expresión de lo que fuimos y somos como peruanos, nuestra identidad, de alguna manera, también recae sobre estos bienes culturales, los que pueden ser artísticos, arqueológicos, bibliográficos, etc. Asimismo cabe señalar que la importancia de estos bienes no solo recae en la influencia que tienen en la sociedad como cultura sino que también repercute en la economía del país, así lo indica Alonso Peña Cabrera cuando señala lo siguiente:

“Los ingresos que se perciben por concepto del turismo (interno y externo) resultan fundamentales, tanto para la economía nacional como para la propulsión de la actividad empresarial de nuestros compatriotas” (Peña, 2014, pág. 206)

Igualmente Javier Lizarzaburu comenta:

“Hay una frase que siempre repito: “El Patrimonio Cultural en los países ricos es una fuente de ingresos, y en los países pobres una fuente de problemas”. Yo creo que en el Perú nos toca revertir esa situación a nuestro favor. Por otro lado, es necesario ver que se encuentra en juego: La economía del país. Esto no es un tema de cultura, es un tema de economía” (Varón Gabai, De la Puente Brunke, Lizarzaburu Montani, Álvarez-Calderón Larco, & Díez Canseco Núñez, 2013)

Ahora bien, siendo el Perú un país diverso en culturas, costumbres y de gran historia, la protección de cualquier expresión cultural, ya sea material o inmaterial, merece y debe ser asegurada totalmente por el Estado, impidiendo cualquier deterioro de todo bien cultural pues, como lo hemos visto anteriormente, no solo implica un daño a la pieza sino también a la cultura nacional que nos atañe a todos como sociedad.

El estado peruano no solo pierde grandes sumas de dinero debido al delito de extracción de bienes culturales sino que también se desprende de una gran parte de su historia y cultura que, como hemos señalado anteriormente, menoscaba el derecho de todos los peruanos como sociedad.

La Constitución Política peruana reconoce en el artículo 2, inciso 8, el derecho a la libertad intelectual, artística o científica, asimismo el Estado propicia y fomenta el libre desarrollo de esta libertad. En el Expediente N° 1492-05-PA/TC, el Tribunal Constitucional establece que es derecho el acceso a la cultura y le corresponde al estado el promover, difundir y proteger este derecho¹ (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005).

Es por esta razón que el Estado peruano se encuentra en la obligación de preservar y mantener nuestro legajo cultural dentro del territorio nacional y libre de comercialización ilícita. Si bien es cierto este delito se encuentra tipificado en el Código Penal, resultaría difícil identificar algún caso actual que haya sido lo suficientemente censurable para ser conocido y divulgado por los medios; podríamos mencionar el caso del señor Mauro Fernández y otros quienes forman parte de la organización “Greenpeace”, dichas personas ingresaron ilegalmente a la zona arqueológica de las Líneas de Nazca en el año 2015 y dañaron la conocida figura del Colibrí, parte del patrimonio cultural del Perú y de la Humanidad, con el fin de colocar el lema “Time for change the future is renewable Greenpeace” de manera tal que pueda ser visto desde el aire, por tal motivo los autores fueron acusados por el presunto delito contra el patrimonio cultural de la nación en agravio del Estado, sin embargo, a pesar de las declaraciones del Ministerio de Cultura y diferentes autoridades peruanas condenando los actos vandálicos y solicitando la extradición de los sujetos (Comercio, Líneas de Nasca: Pedirán extraditar a activistas de Greenpeace, 2014),

¹ “El acceso a la cultura se relaciona con varios aspectos, siendo uno de ellos la obligación de los poderes públicos de promoverla y tutelarla”.

no se llegó a concretar la presencia de estas personas ante la justicia peruana, es más, lograron salir del país hasta Argentina sin que fueran detenidos por INTERPOOL Lima, asimismo el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Nazca devolvió el pedido de prisión preventiva del Ministerio Público porque este no cumplía con los requisitos de la ley (Comercio, Caso Greenpeace: fiscalía omitió formalidades al pedir prisión, 2014).

Como podemos observar, existen limitaciones y dificultades que no solo impiden la conservación de los bienes culturales sino que también dificultan la encarcelación de los sujetos activos de este delito.

El contenido de la presente investigación se ha dividido de la siguiente manera:

Capítulo I, referido al planteamiento del problema, comprende los alcances de la investigación, en atención al problema de investigación, desarrollo de los objetivos de la investigación, así como la justificación e hipótesis.

Capítulo II, se refiere al marco teórico, en donde se desarrolla de manera más extensiva los antecedentes del presente trabajo, mencionando y estudiando trabajos de investigación a nivel nacional como internacional; de igual manera, se detalla en este punto aspectos básicos, a mayor ilustración, respecto al patrimonio cultural, su protección en la legislación peruana así como su tratamiento en el ámbito internacional, la problemática más resaltante a nivel penal y el tratamiento del tipo penal estudiado en la realidad.

Capítulo III, se encuentra referido a la metodología de la investigación, dentro del cual se trata el tipo de investigación, diseño del mismo, variable de la investigación, población, muestra, técnico e instrumentos de recolección de datos y análisis de datos.

Capítulo IV, se refiere a la presentación de resultados de la investigación, en el cual se detalla los cuadros resultantes de la recolección de datos estudiada, para posteriormente se detalle la discusión de los resultados obtenidos con fundamento del método utilizado.

Finalmente, se presentan las conclusiones, recomendaciones, referencias bibliográficas, anexos y presentación de matriz de consistencia.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1 Planteamiento del problema

En la actualidad el patrimonio cultural y los bienes culturales como derecho y deber es un tema un tanto olvidado, esto se ve reflejado en las pocas sanciones penales y administrativas que se aplica para quienes comercializan y alteran los mismos y los muchos casos conocidos de tráfico ilícito de bienes culturales.

Hechos como los antes descritos amenazan no sólo nuestra historia e identidad como peruanos sino que también perjudican la economía y a pesar de los esfuerzos de los organismos públicos siguen existiendo muchos casos en el extranjero de comercialización ilegal de nuestro patrimonio.

El Instituto Latinoamericano de Museos y Parques, en adelante ILAM, señala que a la fecha no se cuenta con una estadística exacta que nos permita concluir que el tráfico de bienes culturales ocupa el tercer o cuarto puesto como una de las formas más comunes o influyentes del delito de tráfico (ILAM, 2017) sin embargo es conocido a través de los medios que este tipo de delito tiene gran injerencia en el mercado de venta pues tan solo una pieza puede valer millones de dólares o euros.

“El manual de la UNESCO para la implementación de la convención de 1970” de 1999 indicó que las casas de subastas más importantes del mundo como lo son Sotheby y Christies generaron entre 241.800,000 y 1,96 billones de libras esterlinas durante los años 1980 y 1990 cada una por la venta de objetos culturales, muchos de ellos resultan ser patrimonio cultural de alguna Estado pues alrededor del mundo se reportan millones de robos de bienes culturales. Señala el manual antes mencionado que, solo la República Checa denunció robos y exportaciones de bienes culturales que representaban hasta el 10% de pérdida de su patrimonio cultural (Pernille & Etienne, 1999, pág. 22).

Nuestro Código Penal sanciona a aquellas personas que retiran ilícitamente (es decir sin la autorización correspondiente) bienes culturales patrimonio de la Nación fuera del territorio peruano, estableciendo una pena máxima de ocho años y como en cualquier otro delito, se debe realizar una correcta calificación del delito en la que se debe valorar los requisitos del mismo para poder proseguir con la investigación y acusación de los imputados, sin embargo en el presente caso, el poder comprobar la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad del delito puede resultar en un tarea casi irrealizable pues la conducta de las personas naturales y jurídicas que comercializan los bienes culturales en el extranjero no se ajustan al tipo penal mencionado en el código penal.

Para empezar los bienes culturales deben estar debidamente reconocidos como patrimonio cultural por lo que el Ministerio de Cultura debe tener un inventario de las piezas, sin embargo como sucede en la mayoría de casos, los bienes culturales son saqueados o retirados de sitios arqueológicos en donde las piezas siguen ocultas bajo tierra, por lo que no es posible identificarlas antes de la sustracción de las mismas; para que la tipicidad subjetiva se concrete el sujeto activo debe saber que se encuentra retirando o comercializando un bien parte del Patrimonio Cultural y si estas no se encuentran reconocidas como tal por la autoridad administrativa no podemos indicar que agente conoce completamente la criminalidad de sus actos.

Igualmente cabe mencionar que dichas piezas son vendidas reiteradas veces hasta llegar al extranjero en donde son subastadas o vendidas a través de páginas en internet, siendo que la persona natural o jurídica que tiene el bien no es quien originalmente retiro el mismo del país, por lo tanto bajo los tipos penales reconocidos en nuestro código no podríamos sancionar a quien está subastando la pieza pues el acto de comercialización solo resulta sancionable al vendedor de la pieza mas no al comprador, quien argumenta en las mayoría de casos que es un comprador de buena fe y no tenía conocimiento sobre la originalidad de las piezas, hecho que se ve reforzado por la falta de inventariado.

Como fue señalado anteriormente los bienes son puestos en venta a través de sitios web como ebay, mercado libre, todo colección o casas de subastas, quienes por discrecionalidad en sus portales no pueden revelar la identidad de los vendedores por lo que se dificulta conocer completamente al vendedor y así indagar sobre como obtuvo el bien.

Aplicamos la ley con las figuras delictivas que puedan adecuarse, sin embargo mucha de esta comercialización se realiza desde portales del extranjero y resulta muy complejo determinar y comprobar la comisión del delito; todos estos puntos dificultan el trabajo que tiene que realizar la Fiscalía para poder perseguir el delito y realizar la acusación pertinente, por estas razones y otras que se señalaran a lo largo del trabajo se puede observar que la mayoría de casos no proceden y quedan impunes.

Y siendo que este delito genera grandes pérdidas económicas y culturales se hace de vital importancia cambiar la situación actual a fin de asegurar nuestro patrimonio y sancionar correctamente a quien menoscaban este recurso no renovable y de vital importancia para el Estado peruano.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema general

¿Por qué motivos los presuntos sujetos activos del delito de extracción ilegal de bienes culturales no fueron procesados penalmente?

1.2.2. Problema específico

¿Por qué existen deficiencias en la investigación penal y encarcelación de los presuntos autores del delito de extracción ilegal de bienes culturales?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo general

Determinar los motivos por los cuales los presuntos sujetos activos del delito de extracción ilegal de bienes culturales no fueron procesados penalmente.

1.3.2. Objetivos específicos

Establecer porque existen deficiencias en la investigación penal y encarcelación de los presuntos autores del delito de extracción ilegal de bienes culturales.

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Justificación metodológica

En el Perú el Patrimonio Cultural se encuentra regulado desde poco después de nuestra independización como Estado soberano, desde 1822 hasta la actualidad se ha protegido el patrimonio cultural reconociendo su importancia.

Siendo que todas las leyes están orientadas a la protección del patrimonio cultural como parte fundamental de nuestra historia, siendo este el fin primordial; por tal razón es que se impide totalmente el retiro ilícito del territorio nacional.

Se justifica el presente trabajo de investigación pues se trata de una problemática poco abarcada por juristas, legisladores y operadores de la justicia, la cual necesita ser estudiada para obtener un mayor entendimiento de la gravedad de este delito y así mismo tomar conciencia para evitar, en la medida de lo posible, que se siga perpetrando este delito impunemente.

1.4.2. Justificación Social

Tratándose el Perú de un país milenario con gran diversidad cultural e histórica no podemos ignorar el hecho de grandes obras realizadas por nuestros antepasados sean puestas en venta inescrupulosamente; dichos objetos pertenecen al estado peruano que nos incluye a todos como colectividad.

Las conclusiones del trabajo permitirán:

- Al legislador peruano observar que las leyes peruanas necesitan ser modificadas para adecuarse a la modernidad y a la complejidad de este delito, para de esta manera hacer posible la mejora en la persecución de los sujetos activos.
- A las entidades públicas involucradas directamente con este tema trabajar conjuntamente a fin de desarrollar las acciones correspondientes para mejorar la protección, investigación y recuperación de los bienes culturales.
- A la población en general comprender de mejor manera la importancia de impedir la extracción ilícita de los bienes culturales fuera del territorio peruano y luchar para evitar la impunidad en delitos de esta naturaleza.

1.5. FORMULACIÓN DE LA HIPOTESIS

1.5.1. Hipótesis general

La identificación del autor es el motivo por el cual los presuntos sujetos de activos del delito de extracción ilegal de bienes culturales no fueron procesados penalmente.

1.5.2. Hipótesis específica

La redacción de los tipos penales, esto es Artículo 228 y 230 del Código Penal, genera deficiencia en la investigación penal y encarcelación de los presuntos autores del delito de extracción ilegal de bienes culturales.

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Sobre el particular tema podemos encontrar el trabajo realizado por Karelin Tuero Ochoa para obtener el grado de Magister en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el se hace un estudio de la responsabilidad penal y administrativa de los delitos contra el patrimonio cultural.

La autora indica, como hemos mencionado anteriormente, que la falta de legislación sobre el presente conlleva a que muchos actos no sean sancionados y que eventualmente conducen al deterioro y abandono del patrimonio cultural.

“Razón por la que decidimos hacer un estudio jurídico sobre la protección del patrimonio cultural; pues, la labor de preservar nuestro patrimonio nos corresponde a todos, a fin de transmitir a las sucesivas generaciones venideras; y, para ello se deben tomar acciones de administración, conservación, mantenimiento y restauración, así como acciones de protección administrativa y penal que buscan prevenir las infracciones contra los bienes del patrimonio cultural orientadas a su destrucción” (Tuero Ochoa, 2013, pág. 10).

Para la autora existen diversos problemas sobre las penalidades tanto administrativas como penales de las conductas ilícitas contra el patrimonio cultural, siendo por ejemplo se establece una distinción de la gravedad de las acciones para considerar si corresponde una sanción administrativa o penal, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y de ultima ratio del derecho penal se pueden sancionar acciones como administrativas y no penales ya que el fin primordial no es privar a los sujetos de su libertad sino más bien recuperar el bien cultural.

“Solo cuando la conducta sea reiterativa o se haya extinguido el bien cultural con una clara intención dolosa, o conductas similares puede recurrirse a penas extremas; y debe sumarse a las sanciones penales las ya conocidas sanciones del Derecho civil (indemnización por daños y perjuicios, nulidad de actos jurídicos, restitución, etc.) y

las sanciones del Derecho administrativo (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.).

Siendo así, las demás conductas que no causan grave lesión física o social a los bienes culturales y, en los que hay posibilidades de restauración y recuperación de los bienes culturales, debe mantenerse la represión administrativa” (Tuero Ochoa, 2013, págs. 217-218).

Complementando este punto, Encarnación Martínez Rodríguez (Mártinez Rodríguez, 2015, pág. 35) señala que teniendo en cuenta la legislación española el Derecho Penal no protege todos los bienes jurídicos, sino que se reserva para los ataques más graves, sin embargo no significa que no la intervención penal no sea necesaria o justificada en la mayoría de casos²

Por otro lado Karelín Tuero señala igualmente que existen grandes deficiencias en el sistema actual que imposibilitan la investigación y sanción penal o administrativa de cualquier acto que atente contra bienes culturales, es así que citando al asesor legal de la Dirección Regional de Cultura Cusco, Edgar Villena, menciona lo siguiente:

“Existen antecedentes de numerosas investigaciones que quedan archivadas a nivel policial, de fiscalía e inclusive judicialmente, en los que no se llega a determinar la autoría de sus agresores o peor aún no existe registro del bien cultural situaciones que dificulta su represión y crea una absoluta impunidad” (Tuero Ochoa, 2013, pág. 221).

Para la autora se necesita realizar cambios drásticos que van desde la unificación de conceptos hasta cambios legislativos; lo cierto es que en general el desconocimiento sobre la material produce impunidad en todos los niveles y el daño irreversible hacia nuestro patrimonio cultural³

² “En cualquier caso, hemos de entender que el Derecho penal es la última ratio, lo que nos lleva a la no criminalización de conductas constitutivas de ilícitos poco graves, por hechos poco importantes, y que afecten levemente al bien jurídico o interés objeto de protección. En la tutela de los bienes relativos al patrimonio histórico del art. 323 del C.P. (y del art. 324 C.P.), no cabe sino admitir la <primacía del Derecho administrativo>, siendo que el Derecho penal debe desarrollar una función secundaria y accesorio”.

³“Es hora que el daño al patrimonio cultural se vea desde otra perspectiva, y se traslade la responsabilidad contra los propios entes encargados de su protección, que facilitan u omiten sus labores de salvaguarda de los bienes culturales, y se sancione drásticamente, porque muchos de los ilícitos comunes y las infracciones

Por otro lado encontramos también la tesis realizada por Johanna Rivera Díaz titulada “Robo y tráfico ilícito de bienes culturales” de la facultad de Artes de la Universidad de Chile, sobre este estudio podemos rescatar que el problema del robo y comercialización de bienes culturales traspasa fronteras; la autora señala que debido a la alta demanda de bienes culturales en el mercado de arte ilícito se llevan a cabo ilícitos en donde el objetivo principal es de índole económica, lo que caracteriza este tipo penal.

Generalmente los objetos son retirados de iglesias, museos o establecimientos privados que posteriormente son vendidos en el extranjero, sin embargo aquí la autora señala un problema que genera dificultades para la investigación de delito y recuperación de los bienes culturales, la identificación del sujeto activo del delito es decir quien retiro el bien cultural fuera del territorio con fines de comercialización, pues generalmente el poseedor del bien cultural no es la misma persona que retiro el bien cultural de su ambiente⁴ (Rivera Díaz, 2014, págs. 27-28).

Citando a Hernando Medina, en el tráfico de bienes culturales intervienen de tres a cuatro sujetos entre el que extrajo el bien hasta el comprador final lo que provoca dificultad para determinar el origen del objeto. Lo mismo sucede para determinar al autor del delito pues como se detalló anteriormente, la conducta señalada en el tipo penal está dirigida a quien retira y comercializa el bien cultural más no quien compra finalmente el bien; entre más ventas se realicen sobre el bien, más problemático aún es determinar la autoría del delito.

En el caso de Chile, la autora distingue en dos tipos de tráfico ilícito, así se tiene a piezas traficadas ilegalmente hacia Chile que incluyen bienes culturales peruanos y las piezas traficadas ilegalmente desde Chile en donde distingue obras cuya autorización ha sido denegada o no otorgada como lo establece la Ley 17236 de ese país y los bienes protegidos por otras leyes especiales relacionadas con objetos considerados como “Monumentos Nacionales” por parte del Consejo de Monumentos Nacionales de Chile; aquí se puede

administrativas suceden porque hay abandono e inacción de las entidades encargadas de la administración y proyección del patrimonio cultural”.

⁴“Pero los objetos que más cuesta recuperarlos son los provenientes de excavaciones, ya que éstos muy pocas veces son inventariados y porque además se presentan series de numerosos ejemplares similares.

De acuerdo a Medina, una vez que se cometió el robo, y le fue posible al ladrón reducir la pieza, comienza una serie de transferencias ilícitas que terminan con la adquisición final. Esta cadena es larga -incluso puede ser de carácter internacional- y difícil de seguir en detalles”.

observar una clara distinción entre bienes culturales y patrimonio cultural pues para que se pueda considerar como patrimonio se necesita la confirmación como tal de la autoridad administrativa correspondiente, dándose por lo tanto así un reconocimiento de mayor importancia hacia estos objetos.

Dentro de los principales problemas, la autora habla de la falta de recursos sobre la materia, la falta de ratificación de tratados internacionales por parte de Chile para impedir el tráfico ilícito de bienes culturales y la deficiente legislación de ese país.

“Como podemos comprobar las leyes que protegen al Patrimonio y el sistema legal chileno en general, resultan insuficientes para combatir este fenómeno creciente que desborda claramente los límites de la legalidad. La legislación especializada es insuficiente y difusa: tiene un carácter más administrativo que penal y más simbólica que real en su aplicación.

Esta carencia de leyes se debe principalmente al desconocimiento de la dimensión real de este fenómeno, en lo que se refiere al tipo de bienes –tanto los que salen como los que ingresan- como al número y tipo de personas que participan en las distintas etapas del delito, esto conlleva a una falta de organismos técnicos capacitados y con recursos para hacer frente al problema” (Rivera Díaz, 2014, pág. 108)

A modo de conclusión, establece la importancia de preservar el patrimonio a través de la ley y la concientización en la población en general de la gravedad de actos ilícitos contra el patrimonio.

“De esta manera el rescate de nuestro patrimonio es una tarea de todos. La sociedad en su conjunto tiene deberes hacia nuestro patrimonio para preservarlo a futuro, y somos nosotros quienes debemos cooperar para que los planes instaurados por las autoridades efectivamente funcionen” (Rivera Díaz, 2014, pág. 150)

Del lado español, podemos tomar de referencia el curso celebrado en Madrid denominado “La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales” realizado por el Ministerio de educación, cultura y deporte de ese país, producto de estas sesiones se publicaron artículos de especialistas en la materia.

Sobre el particular podemos citar el trabajo de Jesús María García Calderón, Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, denominado “La relación del patrimonio histórico en el derecho penal”. Al igual que en la doctrina comentada, un problema recurrente se muestra en la calificación del delito partiendo de la falta de unificación respecto a lo que considera como patrimonio cultural; el caso español no es ajeno a este caso⁵ (García Calderón, 2006, pág. 72).

La calificación que ha dado la legislación española respecto al reconocimiento como patrimonio histórico ha desvirtuado la necesidad de declarar un bien como patrimonio, problema similar al caso peruano, siendo que se genera una discusión sobre si tales bienes pueden tener tal condición y por lo tanto gozar de una protección especial a pesar de no haber sido evaluados o inventariados por la autoridad cultural competente por tratarse de bienes *ocultos* que aún no han sido descubiertos.

Sobre el particular, podemos citar a Luis Rodríguez quien explica este problema en la legislación española, en el artículo 321 del Código Penal Español se establece lo siguiente:

“Los que derriben o alteren gravemente *edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental* serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años”

En virtud de ese articulado se entiende que los bienes, en este caso inmuebles, gozan de una singularidad en la protección debido a su importancia histórica y cultural, por lo que se entiende que estos bienes deben ser declarados de interés cultural por la autoridad o por Real Decreto para poder así gozar del máximo nivel de protección que concede la ley (Rodríguez Moro, 2011, pág. 7).

⁵ “A la hora de configurar un concepto jurídico penal del Patrimonio Histórico, aparte de la configuración del dolo de consecuencias necesarias exigible en esta clase de delitos, debemos tener en cuenta que uno de los errores habitualmente señalados en el Código Penal y en la Ley 16/85 es haber optado por descripciones meramente enumerativas de su contenido o de los bienes y valores que lo integran, técnica que resulta inapropiada para delimitar conceptualmente algo tan difuso y extenso como el Patrimonio Histórico, máxime cuando tales enumeraciones no son coincidentes entre sí o cuando no reflejan los conceptos o categorías utilizados por la ley administrativa para su regulación. No olvidemos, además, el carácter cambiante del concepto y su continua expansión hacia nuevos contenidos e instrumentos de protección, como hemos señalado en epígrafe anterior”.

Ahora bien, en el artículo 323 se hace referencia a “bienes” que pueden ser muebles o inmuebles, más no menciona la tutela específica y singular del articulado anterior por lo que se entiende que no es necesario realizar la declaración de dichos bienes; según el autor, ya que no se exige tal declaración le correspondería al juez realizar la valoración judicial de bien para considerarlo de valor histórico o cultural, lo cual podría ser perjudicial en la calificación del delito pues si para el magistrado el bien no es lo suficientemente valioso culturalmente, no habría causado daño al interés social y cultural que es el bien jurídico protegido por el tipo penal y así no se cumpliría así con la tipicidad y antijuricidad del acto delictivo como para sancionarlo penalmente.

Coincidentemente con la Ley de Patrimonio Histórico Español se entiende que existen bienes que por su relevancia cultural están inventariados y reconocidos por la ley y por lo tanto podemos inferir también que hay bienes con menor relevancia que aunque forman parte del patrimonio cultural, no encuentran registrados.

Asimismo el mencionado artículo 323 hace un listado de bienes que se pretende proteger sin embargo estos ya se encuentran regulados en su mayoría por el artículo 321, lo que resulta para la doctrina, un tipo penal innecesario⁶ (Rodríguez Moro, 2011, pág. 10).

Volviendo al texto de la Fiscal Jesús María García, para la autora no se puede negar que la particularidad de considerar un bien cultural como patrimonio, es decir reconocido como tal por las autoridades, juega un papel importante en la valoración jurídica e incluso del aspecto subjetivo de las conductas penales a pesar de que muchas veces no es exigido⁷ (García Calderón, 2006, pág. 74).

⁶ “Sin embargo, sea cual sea el tipo de bienes al que pretenda hacer mención la referencia del artículo 323 resulta redundante en ambos supuestos. Si se trata de los inmuebles, estos ya estarían salvaguardados, en el caso de gozar de singular protección, por el artículo 321 y, de no ser así, por la referencia del mismo artículo 323 a los “bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental”, que abarcan los inmuebles. De ser los bienes muebles albergados por estos edificios los que se pretenden tutelar, ocurriría lo mismo, pues estos ya estarían protegidos por la misma referencia del 323 a los bienes de valor histórico, artístico, etc.”

⁷ “Es evidente que la ley penal hubiera debido distinguir ambas categorías de protección estableciendo, en cada caso, un régimen de sanciones diferente y proporcionado a la importancia de los bienes culturales que sean agredidos. Resulta indudable que los perfiles esenciales previamente aludidos y la necesidad de protección del llamado patrimonio oculto, singularmente el Patrimonio Arqueológico, requieren una conceptualización más amplia que permita una aplicación suficiente de la ley penal; pero también lo es que la ley penal debiera respetar las diferentes categorías de protección desarrolladas en la ley administrativa, buscando una fórmula de conciliación de ambos espacios legales. Se trata de un reto difícil que no ha sido abordado hasta la fecha por el derecho penal”.

Señala también que a pesar de haber sido propuesto una mejora por parte de la Fiscalía sobre las reformas para la protección del patrimonio histórico español a fin de unificar las terminologías y evitar problemas en la calificación del delito, estas no fueron implementadas⁸ (García Calderón, 2006, págs. 76-77).

La autora concluye indicando que se debe mejorar el ámbito administrativo y penal a fin de que exista uniformidad en la terminología y de esta manera permita una mejor investigación y procesamiento de los posibles autores⁹ (García Calderón, 2006, pág. 84).

En el caso de México podemos citar la tesis de Fátima Caspeta Gómez para obtener el grado de licenciada en derecho por la Universidad Autónoma de México, en el que se estudia las implicancias jurídico-penales de los delitos contra el patrimonio cultural de ese país. Según la autora, siendo México un estado con gran cantidad de patrimonio cultural inmueble y mueble, la protección de los mismos tiene que estar sujeta a una mayor supervisión y regulación penal pues se trata de un recurso no renovable que menoscaba como bien jurídico protegido el patrimonio cultural de la nación.

Respecto a la naturaleza del delito regulado por el artículo 53 del Código Penal Mexicano, la autora reconoce que existen tres niveles por las que se produce el delito que nos atañe, el del tráfico ilícito de bienes culturales, estos son (Caspeta Gómez, 2008, pág. 164):

- Ignorancia por parte de la población sobre los bienes culturales y su importancia para el Estado, pues la venta de los mismos les genera ingresos económicos, patrocinados por traficantes ilegales.
- Negligencia o corrupción de las instituciones públicas.

⁸“El examen de los trabajos parlamentarios no aporta ninguna luz al problema porque, prácticamente, no existió debate jurídico sobre el particular. La Enmienda fue aprobada de forma global sin discusiones que ilustren acerca de cuáles fueron las razones que llevaron al legislador a mantener la distinción sistemática a la que nos referimos”.

⁹ “Para ello es imprescindible llevar a cabo una reordenación sistemática de los tipos penales que protegen el Patrimonio Histórico, cohesionarla con la legislación administrativa y configurar nuevos tipos penales que respondan a la realidad española y que pueden concretarse, cuando menos, en los que han sido previamente expuestos”.

- Entenderse como una actividad organizada destinada al robo y saqueo de bienes culturales para luego ser vendidos en el extranjero por un grupo selecto de compradores.

Indica asimismo que el Estado tiene el deber de preservar y conservar el patrimonio cultural a través de medidas legales, sin embargo el verdadero cambio para combatir el tráfico ilícito de bienes culturales radica en concientizar a la sociedad sobre la importancia de la protección del patrimonio para así lograr la denuncia de actos ilícitos como la comercialización ilegal y la destrucción de monumentos arqueológicos¹⁰ (Caspeta Gómez, 2008, pág. 184).

Con relación a la experiencia boliviana, podemos citar la tesis titulada “Determinantes criminógenos de los delitos contra el patrimonio cultural” de Lucio Guerra Camio (Guerra Camio, 2011, págs. 98-99) para optar al grado de Licenciatura en Derecho en la que precisa que la deficiente redacción de las normas jurídicas de ese país permiten que los actos ilícitos que atentan contra el patrimonio cultural boliviano queden imputes; esto sumado a la falta de inventariado de los bienes integrantes del patrimonio cultural, que según detalla el autor queda pendiente catalogar el 60 % del patrimonio cultural del Estado Plurinacional Boliviano, esto influye en la facilidad del robo, hurto o contrabando ilegal de los bienes, teniendo en cuenta los costos por los que estos bienes son vendidos en el mercado negro.

Detalla asimismo la falta de una normativa unificadora, puesto que, a diferencia de nuestro país, Bolivia no cuenta con una ley específica que regule la protección del patrimonio cultural sino más bien existe una serie de normas dispersas que dificultan el entendimiento regular sobre la materia. De igual manera, indica que un factor importante que permite el robo de los bienes culturales bolivianos es la falta de una política de prevención y conservación de los bienes, puesto que los gobiernos de ese Estado no destinan el presupuesto necesario para ejecutar una correcta prevención, protección, preservación y

¹⁰ “Pero en mi opinión no es una solución el aumento de la penalidad para este tipo de conductas, sino más bien, el Estado es el responsable de crear los espacios necesarios para que la sociedad tome conciencia de tan importante patrimonio, y de esta forma evitar su menoscabo y pérdida; pues como ya lo he mencionado, lo que el Estado debe hacer para evitar la realización de los delitos, en este caso los delitos que atentan contra el Patrimonio Cultural, es prevenir los mismos, evitar que lleguen a realizarse y crear conciencia cultural en la sociedad, y no tanto agrandar o agravar las penas o castigos, sino más bien crear proyectos tomar las medida necesarias para que éstos no lleguen a cometerse”.

recuperación del patrimonio cultural, ni tampoco se encuentran comprometidos con la promoción de la cultura y resguardo de sus espacios culturales, lo que contribuye a la facilidad con la que dichos bienes sean sustraídos.

Teniendo en cuenta estos antecedentes a nivel nacional e internacional podemos percatarnos que existe un problema en común, y es la falta de criterios unificadores y una metodología para la investigación del delito que conllevarían a la encarcelación de los autores, hecho que genera la impunidad de un delito que no debería ser dejado de lado por la legislación y la administración de justicia.

BIENES CULTURALES PATRIMONIO DE LA NACIÓN

2.2. CONCEPTO DE BIENES CULTURALES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO DE LA NACIÓN.-

Antes de precisar que entendemos por bien cultural y por patrimonio cultural, debemos partir conceptualizando que entendemos por bien y sobre la propiedad que se ejerce sobre esta. Podemos decir que los bienes son aquellos objetos que son susceptibles de ser adquiridos e intercambiados por un sujeto que ejerce soberanía sobre ellos.

Así tenemos que Francisco Avendaño Arana precisa que:

“Bien es toda entidad, material o inmaterial, que es tomada en consideración por la ley, en cuanto constituye o puede constituir objeto de relaciones jurídicas. Los bienes se distinguen de las cosas. Las cosas, en términos jurídicos, son los objetos materiales de valor económico que son susceptibles de ser apropiados, transferidos en el mercado y utilizados por las personas con la finalidad de satisfacer necesidades. El concepto de bien es más amplio; comprende a las cosas (bienes corporales) y a los derechos (bienes inmateriales). Este es el sentido de bien que utiliza el Código Civil”. (Avendaño, 2010)

Estos bienes son tradicionalmente diferenciados como bienes muebles e inmuebles, empero sin importar su diferenciación, un bien puede estar comprendido dentro de la esfera

de propiedad de un sujeto, puesto que es susceptible de ser enajenado; ahora bien, el sujeto que ejerce soberanía sobre el bien, que puede ser una persona natural o jurídica, se encuentra sujeto a lo dispuesto por la ley.

Resulta necesario identificar que es un bien cultural y el por qué es necesario la protección de esta en la legislación nacional e internacional; podemos decir que es todo bien inmueble o mueble que es identificado como parte importante del acervo cultural de un Estado o Nación, que permite definir su historia y a su población.

Según la Convención de UNESCO de 1954 sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, define a un bien cultural como:

“a. Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos” (UNESCO, 1954).

Para que estos bienes culturales puedan tener la calidad de patrimonio cultural de la Nación deben estar reconocidos como tal por la autoridad administrativa correspondiente debido a que podemos entender que un bien cultural puede ser cualquier objeto que sea importante en la historia de un pueblo y que merece protección sin embargo el grado de patrimonio cultural de la Nación conlleva a un reconocimiento de mayor categoría que el de bien cultural para lo cual es necesario la declaración correspondiente emitida por la autoridad administrativa.

La razón, según Manlio Frigo, del porque se entiende y se usa, indistintamente, los términos bienes culturales y patrimonio cultural es la deficiente traducción al español de varias palabras inglesas como “cultural property”, “national heritage” o “cultural heritage” que “no reflejan exactamente el mismo concepto ni uno equivalente” (Manlio, 2004) por lo

que se atribuye erróneamente términos que no corresponden a la clasificación de cada legislación nacional.

Así tenemos que según el Instituto de Andalucía del Patrimonio Histórico el concepto del patrimonio cultural va más allá de los objetos que comprenden y versa sobre el valor subjetivo presente en la población unificada como Nación¹¹ (Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico, 2017)

Asimismo el Ministerio de Cultura del Perú señala que el patrimonio cultural es:

“La herencia de bienes materiales e inmateriales que nuestros padres y antepasados nos han dejado a lo largo de la historia. Se trata de bienes que nos ayudan a forjar una identidad como nación y que nos permiten saber quiénes somos y de dónde venimos, logrando así un mejor desarrollo como personas dentro de la sociedad” (Ministerio de Cultura del Perú, 2011).

Podemos entender por lo tanto que, los bienes culturales comprenden parte del Patrimonio Cultural de la Nación pues este último puede abarcar bienes muebles, inmuebles, materiales e inmateriales, etc.

Sin embargo, cabe señalar que, el artículo tercero¹² de la Ley N° 28296 “Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación” establece una presunción legal por la cual se debe entender que los bienes culturales comprendidos en las épocas prehispánicas, virreinales y republicanas gozan de la condición de ser reconocidos como patrimonio cultural, sin importar si es que dicho bien cumple con la característica de poseer el carácter de importante la cultura nacional o que se haya enfrentado ante la evaluación arqueológica para tal fin.

¹¹ “El concepto de patrimonio cultural es subjetivo y dinámico, no depende de los objetos o bienes sino de los valores que la sociedad en general les atribuyen en cada momento de la historia y que determinan qué bienes son los que hay que proteger y conservar para la posteridad”.

¹² Artículo 3: “**Se presume que tienen la condición de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y republicana,** independientemente de su condición de propiedad pública o privada, que tengan la importancia, el valor y significado referidos en el artículo precedente y/o que se encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de los que el Perú sea parte.

La presunción legal queda sin efecto por declaración expresa de la autoridad competente, de oficio o a solicitud de parte”

Consecuentemente según nuestra legislación nacional todo bien cultural perteneciente a las épocas antes señaladas se presumen como parte del Patrimonio Cultural, por lo tanto si bien la declaración emitida por el Ministerio de Cultura es importante no es necesariamente indispensable para reconocer un bien como patrimonio cultural; pero por otro lado la misma Ley reconoce que dicha declaración, realizada por el órgano competente, es el medio por el cual se verifica o confirma que el bien cultural es verdaderamente parte integrante del Patrimonio Cultural, por lo que es vital importancia que se declare como patrimonio los bienes culturales pues caso contrario no se cumpliría con un requisito esencial para la persecución del delito y complicaría el procedimiento judicial nacional e internacional debido a que los jueces exigen la demostración que el bien cultural fue reconocido como tal e inventariado por la autoridad para poder determinar que efectivamente fue exportado ilícitamente con fines comerciales.

Es así que hechos como el descrito generan una gran discordancia entre las normas nacionales sobre el patrimonio cultural, hecho que genera dificultades al momento de ejecutar las leyes, incluso para definir un simple término. Por este motivo resulta necesario unificar las normas y así tener una medida estandarizada para categorizar los bienes culturales pues no podemos suponer que todos los bienes cuentan con un gran valor histórico y económico por el simple hecho de contar como más de 100 años de antigüedad.

2.3. CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES CULTURALES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN

Ahora bien, respecto a la clasificación de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural Nacional tenemos que, según la Ley 28296 sobre protección de estos bienes, la clasificación abarca los bienes materiales e inmateriales. Los primeros pueden ser entendidos en:

- **Bienes Muebles:** Podemos entender que los bienes muebles según la clasificación común en el derecho real es aquellos objetos que son susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro. Según la Ley antes señalada, los bienes muebles son: colecciones y ejemplares de botánica, mineralogía, bienes relacionados con la historia, producto de excavaciones y descubrimientos arqueológicos, medallas, monedas, billetes,

armas instrumentos musicales, correo, ornamentos religiosos, documentos manuscritos, fonográficos, videográficos, fotos, publicaciones antiguas, pinturas, lienzos, composiciones, entre otros.

Igualmente el Consejo Internacional de Museos (ICOM) desarrolló la conocida “Lista Roja de antigüedades peruanas en peligro” en el 2007, la cual señala las categorías de patrimonio cultural (bienes muebles) que son generalmente saqueadas y puestas en venta a través del mercado ilegal. Dicha entidad agrupa los objetos de acuerdo a los períodos en que se elaboraron; así tenemos tres etapas¹³.

- Periodo prehispánico: Tejidos, metales cerámica, piedras semipreciosas, lítico, madera, fósiles y restos humanos.
- Periodo de transición: objetos etnográficos, como keros.
- Periodo colonial y republicano: pintura, escultura, platería numismática, mobiliario, estampas, tejidos, documentos y cerámica.

Sobre el particular cabe señalar que existe

- Bienes Inmuebles: Se refiere a aquellos bienes que no pueden ser desplazados, pero que tienen reconocimiento como patrimonio cultural incluso cuando pertenezcan a privados como es el caso de las edificaciones coloniales que se encuentran en todo el Perú. Estos pueden ser: templos, huacas, asentamientos arqueológicos, casonas republicanas y coloniales.

Es el caso del reciente nombramiento del templo San Cristóbal de Huachos, en Huancavelica, como monumento integrante del Patrimonio Cultural de la Nación; informa “El Comercio” que el referido reconocimiento se a través de una resolución ministerial del Ministerio de Cultura, quien es el encargo de emitir tal documento, el diario señala que: “En los considerandos se menciona que el templo de San Cristóbal debe su importancia al ser la expresión física de la Iglesia, que con la llegada de los españoles constituyó un elemento social sustancial en la fundación de los pueblos” (ICOM, 2007).

¹³ ICOM. (2007). “Lista Roja de antigüedades peruanas en peligro”. Pág. 5-8. Disponible en: http://icom.museum/fileadmin/user_upload/images/Redlists/Peru/RLP_espanol.pdf

Asimismo tenemos los bienes inmateriales, estos representados por tradiciones o manifestaciones culturales que no son susceptibles de propiedad pues no se tratan de bienes objetivos. El Ministerio de Cultura establece que el patrimonio inmaterial es “cultura viva, como lo es el folclor, la medicina tradicional, el arte popular, las leyendas, el arte culinario, las ceremonias y costumbres, etc.” (Ministerio de Cultura del Perú, 2011, pág. 12).

Por la particularidad de este bien la ley decreta que no puede ser propiedad de ninguna persona ya sea natural o jurídica, los únicos poseedores directos de este patrimonio son las comunidades que mantienen y conservan bienes culturales inmateriales.

Este tipo de bien, según algunos autores, puede ser incluso de mayor importancia que la categoría anterior, pues supone la agrupación de conocimientos adquiridos de generación en generación, forman parte esencial de la cultura de una Nación que comparte historia y territorio.

Los bienes inmateriales están regulados desde el 2003 por la “Convención para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial”, fue el resultado de la 32° reunión de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el mismo reglamenta por primera vez este tema, está conformado por 40 artículos y crea mediante el artículo 5 el Comité Intergubernamental para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial el que está integrado por 18 Estados Partes y establece medidas para la protección de este tipo de patrimonio.

Las finalidades de esta Convención, se señalan en el artículo 1 (UNESCO, 2003):

- “a) La salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial;
- b) El respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate;
- c) La sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco;
- d) La cooperación y asistencia internacionales”

Asimismo cabe señalar que, según la Lista del patrimonio cultural inmaterial y el registro de mejores prácticas de salvaguarda de la UNESCO, el Perú varias menciones entre las

cuales destacan las siguientes, que son reconocidas como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad (UNESCO, Patrimonio Cultural Inmaterial, 2018):

- La fiesta de la Virgen de la Candelaria en Puno
- La danza del wititi del valle del Colca
- Conocimientos, técnicas y rituales vinculados a la renovación anual del puente Q´eswachaka
- Danza de las tijeras
- La huaconada, danza ritual de Mito
- El arte textil de Taquile
- El patrimonio oral y las manifestaciones culturales del pueblo de zárpara

También se encuentra reconocido el “Eshuva”, son rezos cantados por la comunidad indígena conocida como Huachipaire, la cual vive en el sur de la amazonia peruana, este rezo dirigido a aliviar dolores y fueron aprendidas a través de los años, es considerada con patrimonio inmaterial que requiere medidas urgentes de salvaguarda pues solo quedan 12 hombres conocedores de los canticos (Unesco, 2011).

Recientemente se celebró la sexta reunión de la Asamblea de los Estados Partes de la Asamblea General de los Estados Partes en la Convención para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial cuyo presidente fue el Embajador del Perú en la UNESCO, José Manuel Rodríguez Cuadros entre otros diplomáticos peruanos. También se presentó el presidente de CRESPIAL (Centro Regional para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de América Latina) el señor Fernando Villafuerte, dicho Centro se encuentra en ubicado en Cusco y tiene como finalidad de “promover y apoyar acciones de salvaguarda y protección del vasto patrimonio cultural inmaterial de los pueblos de América Latina (...) así como contribuir a la formulación de políticas públicas en los países de la Región, a partir de la identificación, valoración y difusión de su cultura viva y el desarrollo de acciones que redundarán en el enriquecimiento de la diversidad cultural de Latinoamérica” (CRESPIAL, 2018).

Finalmente, debemos resalta que la UNESCO señala que la importancia en la protección del patrimonio cultural inmaterial encuentra su finalidad en el hecho de que la misma

conforma la colectividad de conocimiento que será transmitido de generación en generación¹⁴ (UNESCO, ¿Que es el patrimonio cultural inmaterial?, 2018).

Respecto a este último párrafo, la UNESCO aclara lo antes señalado sobre la diferencia entre bienes culturales y patrimonio cultural, siendo que este último conlleva a entender que el patrimonio cultural es una esfera que implica algo aún más significativo que los bienes culturales, el cual posee características y singularidades que lo convierten en objeto de mayor protección por parte del Estado. Sobre el mismo, Alonso Peña Cabrera indica que para que los bienes culturales puedan ser categorizados como pertenecientes al patrimonio cultural deben comprender dos planos: “la plasmación de una creación humana concebida en una determinada cultura pre hispánica, cuya particularidad y singularidad determine su originalidad en el tiempo y el espacio y segundo, que dicho bien haya sido objeto de un renacimiento por parte de la autoridad administrativa” (Peña, 2014, pág. 210).

2.4. NATURALEZA JURÍDICA Y PROPIEDAD DE LOS BIENES CULTURALES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN

Los bienes culturales declarados como patrimonio cultural de la Nación se entienden como parte del acervo patrimonial del Estado puesto que revisten de importancia cultural para la población, entendiéndose esta como la colectividad de compatriotas que cubren cierto espacio geográfico.

Sin embargo, si bien es cierto que estos bienes culturales pueden ser propiedad del Estado, resulta importante entender qué tipo de bienes del Estado, puesto que comprender en que esfera encaja la propiedad que se puede ostentar sobre los bienes culturales puede dilucidar a que sujeto se le atribuirán las consecuencias legales.

¹⁴“La importancia del patrimonio cultural inmaterial no estriba en la manifestación cultural en sí, sino en el acervo de conocimientos y técnicas que se transmiten de generación en generación. El valor social y económico de esta transmisión de conocimientos es pertinente para los grupos sociales tanto minoritarios como mayoritarios de un Estado, y reviste la misma importancia para los países en desarrollo que para los países desarrollados”.

La Ley N° 28296 establece en diversos artículos que la propiedad sobre los bienes culturales puede ser pública o privada, así lo indica el artículo tercero de la mencionada ley; de la misma manera, el artículo cuatro precisa que la mencionada ley establece restricciones, limitaciones y obligaciones de la propiedad privada en virtud de un interés público de cuidado y protección de los bienes culturales que corresponde no solamente al Estado sino también a la ciudadanía en general.

Considerando que el tipo penal estudiado en el presente trabajo, indica que el bien jurídico protegido son los bienes culturales reconocidos como Patrimonio de la Nación, es decir de propiedad del Estado, debemos entender a qué tipo de bien estatal nos referimos para así comprender el motivo del reconocimiento de la propiedad privada en un objeto propiamente público.

Los bienes del Estado se encuentran diferenciados en dos tipos: bienes de dominio público y bienes de dominio privado. Sobre el particular la Casación N° 269-07-Piura (Grijley, 2015, pág. 180) indica que:

“El Estado puede tener dos tipos de propiedades, las de dominio o uso común y las de dominio privado; la primera tiene su fundamentación en que el Estado es el representante de la Nación, y el segundo tipo de propiedad se presenta cuando el Estado actúa como cualquier sujeto de derecho. (...) Para que un bien sea considerado de dominio o uso público, éste tiene que estar destinado al uso o servicio público, es decir afectado a una actividad pública y la relación del Estado con estos bienes no es exactamente de propiedad, en vista de que no puede disponer libremente de ellos; en cambio, en los bienes de dominio privado del Estado, la relación si es de propiedad con todos sus atributos, consecuentemente se regula de acuerdo a las normas del derecho común”.

Podemos entender que los bienes estatales de dominio público con aquellos destinados a cumplir una finalidad o uso común y por los cuales el Estado, manifestado a través de sus entidades públicas o la administración pública, ejerce ciertas potestades reguladas por el ordenamiento jurídico, las mismas que están dirigidas a cumplir con un interés general.

Mientras que los bienes estatales de dominio privado, que también pueden ser muebles o inmuebles, son aquellos bienes cuyo uso se encuentra ligado a fines internos o propios de la

actividad institucional de la administración pública; sin embargo, no son de uso común y en tal sentido la Administración ejerce sobre estos bienes su dominio privado para cumplir con la finalidad institucional. De igual manera, sobre estos bienes no se ejerce un derecho de propiedad puesto que son susceptibles de ser transferidos entre personas naturales o jurídicas y de igual manera carecen de las características propias de los bienes demaniales o públicos, es decir: inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad.

Ahora bien, sobre el régimen que regula ambos casos alguna doctrina defiende que para los bienes de dominio privado se ciñe a las regulaciones del derecho civil puesto que su naturaleza no es esencialmente pública sino más bien derivada de la misma; sin embargo, para algunos juristas el régimen jurídico aplicable, al igual que en el caso de los bienes de dominio público, debe ser el derecho administrativo, de naturaleza pública. Sobre el particular, Walter Vásquez señala que:

“Se podrá deducir que tanto los bienes de dominio público, como los de dominio privado, se sujetarán a este régimen y, solo subsidiariamente, a normas privadas. Ello nos permite arribar a dos conclusiones. (i) Los bienes de dominio privado no pertenecen al estatuto de la propiedad civil, sino que se rigen, en primer orden, por las normas administrativas que atiendan a su naturaleza singular; en segundo orden, por el régimen básico de los bienes estatales; y, finalmente, de manera subsidiaria, por las normas del régimen de la propiedad civil. (ii) Al margen de la existencia del llamado régimen básico, los bienes de dominio público serán disciplinados por un estatuto aún más intenso que atienda a sus características y finalidades”. (Vásquez Rebas, 2008).

Entendiendo los tipos de bienes estatales y la diferenciación que hay entre ellos, debemos aterrizar en lo regulado por la Ley N° 28296, la que establece como lo hemos señalado anteriormente, que la propiedad de los bienes culturales puede ser ostentada por el Estado (ente público) o por privados. Debemos entender que los bienes culturales son bienes estatales de dominio privado, puesto que estos no están destinados al uso común o a cumplir una finalidad de servicio público.

Walter Vásquez, citando a Ramón Parada precisa que:

“Sobre determinadas propiedades privadas la incidencia del interés público es tan intensa que al régimen normal de la propiedad privada se yuxtapone un régimen público, que se traduce en limitaciones a la transmisibilidad, o en poderes especiales de la Administración para la vigilancia de su aprovechamiento o disponibilidad. Un ejemplo de este estatuto lo constituyen los bienes de los particulares declarados patrimonio cultural.”

En virtud de lo anterior, podemos entender que la naturaleza jurídica de los bienes culturales es de bienes estatales de dominio privado, el mismo que permite la propiedad ostentada por personas privadas, por lo que estas personas si bien están regidas por la institución de la propiedad por lo que pueden intercambiar los bienes dentro del territorio nacional, se encuentran limitados por lo dispuesto por la autoridad administrativa correspondiente para el cuidado y protección de estos bienes. Por tal motivo es que, por ejemplo, el tráfico comercial de los bienes culturales se encuentra restringido al territorio nacional, quedando prohibido el comercio a nivel internacional; es así que vemos que no se goza de totalmente de las características de la propiedad, sino que está superpuesta al interés del Estado.

2.5. REQUERIMIENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

Debemos partir definiendo patrimonio, según la doctrina civilista podemos decir que patrimonio es todo aquel bien material que forma parte de la esfera de tutela de una persona, Carlos Díez Soto lo define como:

“Un conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico (tanto activas –bienes y derechos- como pasivas –deberes y obligaciones-) que son objeto de una consideración unitaria por parte del ordenamiento” (Díez Soto, 2017, pág. 42).

Por otro lado Luis García- Corrochano indica que:

“Son derechos sobre bienes materiales e inmateriales que tienen un valor económico. La expresión clásica de los derechos patrimoniales es el derecho de propiedad y los

demás derechos reales. El derecho patrimonial es la libertad de disponer de los bienes de la manera que más convenga a los intereses de la persona, con las limitaciones que la ley señala. Los derechos patrimoniales, como todos los demás derechos de la persona, deben ser protegidos por la ley” (García-Corrochano, 2017, pág. 2).

Podemos entender preliminarmente que existe una diferencia entre bien y patrimonio, siendo que el primero es parte integrante del patrimonio que comprende algo mayor y que está sujeto a la propiedad de una persona particular o del estado.

Ahora bien, el patrimonio tiene que estar necesariamente adjudicado a una persona, en el caso de bienes culturales pueden ser propiedad pública o privada, es decir que el Estado permite que una persona particular posea un bien cultural perteneciente al Patrimonio cultural, sin embargo según la ley de patrimonio cultural existen distinciones.

Por una parte señala que los bienes culturales no descubiertos son de exclusiva propiedad del Estado, sin embargo aquellos que ya se encuentran en propiedad privada mantienen tal condición debiéndose sujetar a la medidas dispuestas por la autoridad (artículo 5); es decir que si bien los bienes culturales ocultos son propiedad del estado, los demás bienes pueden ser privados.

En relación con los bienes inmuebles la ley indica que los bienes arqueológicos o conocidos son exclusivamente bienes públicos, empero señala en su artículo 6 que los bienes inmuebles pertenecientes al periodo posterior al prehispánico pueden ser de propiedad privada, siendo que los que tienen carácter prehispánico son meramente públicos.

Podemos apreciar que la ley es bastante irregular respecto a la propiedad de los bienes culturales, por lo que se el tema se torna complejo; sobre el particular Juan Pablo de Puente critica esta diferenciación de que hace la ley al señalar lo siguiente:

“Si el bien es prehispánico, es de propiedad administración estatal exclusiva. Respecto a los bienes posteriores – virreinales y republicanos- si puede haber propiedad privada. ¿Por qué esa diferencia? ¿Acaso los arqueológicos son más importantes que los virreinales y republicanos? Puede ser que dicha diferencia en la Ley sea una muestra del conflicto que hay respecto al significado de la nación peruana” (Varón Gabai, De

la Puente Brunke, Lizarzaburu Montani, Álvarez-Calderón Larco, & Diez Canseco Núñez, 2013, pág. 322)

Por otro lado, como hemos descrito anteriormente para determinar si un bien cultural es parte del patrimonio cultural debe ser reconocida por la autoridad para de esta manera poder otorgarle un valor de mayor protección al bien.

Sin embargo sobre el particular debemos tener en cuenta la discrepancia que existe en la legislación nacional, por una parte tenemos lo establecido por el Código Penal, el que señala en el artículo 230 la condición de que los bienes culturales se encuentren previamente declarados como tales; en este artículo el código penal no reconoce la diferencia entre un bien cultural y el patrimonio cultural que si lo reconoce en el artículo 228 cuando hace mención explícita de “bienes del patrimonio cultural”, esto genera un gran impedimento en la unificación de términos.

Empero, lo más relevante del artículo mencionado es que menciona explícitamente a bienes culturales previamente declarados como tal, lo que implica que la autoridad administrativa es decir el Ministerio de Cultura tiene conocimiento de la existencia del bien, que este se encuentra inventariado y declarado como patrimonio por dicha institución; el incluir esta frase provoca una serie de implicancias sobre la modalidad típica del delito pues tal reconocimiento se vuelve presupuesto esencial para la configuración del delito.

Por otro lado se tiene a la Ley N° 28296 que, como ya se ha comentado anteriormente, indica en el artículo III del Título Preliminar una presunción legal que señala que se presume que todo bien cultural pertenece al Patrimonio cultural de la Nación; aquí podemos ver lo separado que se encuentra la regulación penal y administrativa sobre el particular, mientras que en un texto se presume la calidad de patrimonio cultural de un bien siendo que la declaración es solo un documento protocolar para confirmar tal status, en otro texto se señala expresamente que tal declaración es de vital importancia para establecer como delictivo un acto.

Por este motivo no existe correlación entre las normas lo que pone en evidencia el poco conocimiento que hay sobre la materia y la falta de unificación no solo en terminologías sino también en la elaboración de la ley.

En el caso de España, establece la Fiscal Jesús María Calderón, no se exige el reconocimiento o catalogación de los bienes culturales para que pueda considerarse como parte del Patrimonio Histórico Español pues existe patrimonio oculto o no declarado del que no se tiene conocimiento aún por lo que exigir un reconocimiento previo sería equivocado; desde la perspectiva penal el patrimonio español está compuesto por todos los bienes materiales que cuenta con valor cultural¹⁵ (García Calderón, 2006, pág. 73).

Sobre lo anteriormente descrito podemos señalar el principio general en el derecho respecto a la aplicación de la una ley especial sobre la una general, esto se produce porque las leyes, en especial la civil o penal, están diseñada para ser impuestas a cualquier persona que las infrinja sin que medie alguna calificación específica para su aplicación, sin embargo también se producen leyes específicas o especiales, las mismas que se elaboran de acuerdo al contexto y a los hechos que los antecede, que se aplicaran en situaciones particulares, como lo es en este caso la Ley N° 28296 de protección al patrimonio cultural. Y como consecuencia de la misma la norma de carácter general deberá adaptarse a la específica, lo que se traduce en este caso a que el código penal o civil se deberá ceñir a lo dispuesto en la ley de patrimonio al momento de su aplicación o cuando exista alguna contradicción (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2004).

Si bien es cierto podemos utilizar este principio para suplir las contradicciones descritas anteriormente, sin embargo, la situación no mejorará pues como ya lo hemos estudiado la ley presenta muchos inconvenientes siendo uno de ellos la presunción mencionada. Esta presunción es *iuris tantum* lo que significa que aplica prueba en contrario por lo que se necesitaría el estudio del bien cultural para confirmar su originalidad, por lo que se necesitará la confirmación de la autoridad administrativa es decir la declaración de la pieza como patrimonio, pues por su naturaleza preventiva y limitativa esta presunción no puede ser extendida por mucho tiempo, sino que necesitará de la confirmación eventual del Ministerio de Cultura. De alguna manera u otra se tendrá que comprobar la originalidad tal como lo

¹⁵ “En la resolución citada se reiteran, entre otros, los argumentos anteriormente descritos y se afirma que no constituye –conforme a la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo- requisito integrante del tipo penal el de que proceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme este configurado por la citada Ley 16/1985”.

describe el código penal, a pesar de que este se pueda adaptar a la ley especial de protección al patrimonio cultural.

Con lo anteriormente expuesto se pone en evidencia que la ley debe cambiar con el fin no solo de unificar la terminología sino resolver las discrepancias que hay entre los articulados de la ley de protección al patrimonio cultural y su relación con el resto de normativa tanto administrativa como penal.

Por otro lado debemos rescatar que para considerar un bien cultural como patrimonio no solo debe tenerse en cuenta la presunción, sino que al momento de examinarla debe estudiarse correctamente para determinar si esta pieza aporta o cuenta con gran relevancia cultural para el país, pues para que se considere como patrimonio recordemos que ese bien debe contar con un valor intrínseco capaz de reafirmar la identidad nacional, siendo que si es retirado ilícitamente del país el bien jurídico protegido por el Estado se verá perjudicado.

Para la tesista Ángela Gutiérrez Galván resulta indispensable categorizar correctamente un bien mueble como parte del Patrimonio Cultural de la Nación pues considera que dicho termino no se puede emplear indiscriminadamente, como lo viene haciendo el Ministerio de Cultura, ella señala que hay que tener en consideración los siguientes aspectos (Gutiérrez Galván, 2012, págs. 72-73):

1. Respecto a los Bienes Muebles: Deben cumplirse con los elementos y características intrínsecas a todo bien reconocido por nuestro código civil, siendo que debe contar con valoración económica y debe ser de satisfacción para el propietario.
2. Respecto al Patrimonio Cultural: Para ser considerado como parte del Patrimonio Cultural, la autora señala que puede considerarse indistintamente a un bien de época pasada o moderna siempre y cuando tengan relevancia comprobada para la sociedad y que a su vez cuenten con valor económico.
3. Respecto a la Nación: Dichos bienes deben tener la capacidad de reforzar la identidad cultural en nuestra sociedad y asimismo poder ser difundidos a la población.

Se debe tener en cuenta que no todo bien puede ser considerado como patrimonio pues no todos poseen esa cualidad especial merecedora de una protección legal, por lo que la presunción establecida por la ley de protección no sería la adecuada pues parte de la premisa que todos los bienes poseen relevancia para nuestra historia¹⁶ (Gutiérrez Galván, 2012, pág. 66). Recordemos que en según la historia e arqueología los antiguos pobladores elaboraban bienes en grandes lotes y muchos de ellos son simples objetos sin mayor historia que el haberse elaborado en aquellos días.

2.6. IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

Como hemos visto la protección del patrimonio cultural es una acción de suma importancia no sólo para la sociedad, como colectividad que comparten una historia y cultura común, sino también en lo económico; debemos comprender que aunque se trate de un huaco que a simple vista no pueda tener valor es un bien que representa nuestra identidad como persona, que nos define como parte de una cultura y que nos enseña de nuestro pasado y creencias, por esta razón la sanción para aquellos que extraen ilícitamente los bienes culturales del país deben ser sancionados con penas más drásticas. Por lo tanto considero que debe modificarse el Código Penal respecto a este punto, para evitar que se siga constituyendo delitos como el de extracción ilícita pues perjudican sumamente el acervo cultural nacional.

“Este patrimonio basa su importancia en ser el conducto para vincular a la gente con su historia. Encarna el valor simbólico de identidades culturales y es la clave para entender a los otros pueblos. Contribuye a un ininterrumpido dialogo entre

¹⁶ “¿Podría tener el mismo tratamiento unas orejeras del Señor de Sipán con un fragmento de cerámica cualquiera encontrada?; creemos que no. Poniendo un supuesto, para nosotros es distinto saber que existe una silla cualquiera donde se sentó Francisco Pizarro, y de la cual es imposible sacar información valiosa, que sea declarado como patrimonio cultural, sin que medie una razón válida que sustente su relación con la afirmación de la identidad cultural, que el ataúd donde fue enterrado el Señor de Sipán, quien murió en los años 200 d.c., calificado como un poderoso gobernante moche, cuyo dominio abarcó el norte del Perú, fue embalsado con sus ornamentos de oro y plata, enterrado junto con 8 personas sacrificadas (como su esposa y sirvientes) que lo acompañarían en su reencarnación.

Dicho ataúd se encuentra hecho de caña, fue el primero en su tipo que se encontró en América y reveló la magnificencia y majestuosidad del único gobernante y guerrero del antiguo Perú.”.

civilizaciones y culturas, además de establecer y mantener la paz entre las naciones” (CINU, 2002).

Ricardo Vaca señala que no solo es importante la protección de los bienes por ser un legado de nuestra cultura sino también por tratarse de recursos no renovables que tienen carácter invaluable para el Estado y por tal razón merecen una protección especial.

“Es también importante porque el Patrimonio Cultural es parte de la Riqueza de la Nación, pero al igual que muchos recursos (v.g. naturales como el agua y la vegetación nativa) el Patrimonio Cultural es un Recurso No Renovable en lo que respecta a su pasado, y es por eso mismo que se manifiesta tangiblemente como recurso intocable e inalienable de una Nación” (Vaca Andrade, 2016).

El estar reconocido por la Constitución y la ley crea una obligatoriedad del Estado peruano de proteger los bienes culturales muebles e inmuebles que forman parte de la historia y cultura nacional; esta protección debe hacerse efectiva a través de las entidades correspondientes, por tal motivo se hace hincapié en el actuar de dichas entidades pues como hemos visto existen grandes deficiencias en el estudio de este tema, esto debe ser subsanado a fin de proteger debidamente el patrimonio cultural.

LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

En el Perú el Patrimonio Cultural se encuentra regulado actualmente por la Ley N° 28296 del año 2004; sin embargo, desde poco después de nuestra independización como Estado soberano se reguló lo concerniente al referido tema, decretando a través del tiempo los mecanismos de reconocimiento, las entidades encargadas, consecuencias legales, entre otros.

Igualmente, como se podrá ver a continuación, todas las leyes promulgadas desde 1822 hasta la actualidad, están orientadas a alcanzar un fin primordial, el de la protección del

patrimonio cultural como parte fundamental de nuestra historia, impidiendo totalmente que esta sea retirada ilícitamente del territorio nacional.

Cabe señalar que el tráfico ilícito de bienes culturales es un delito que se ha buscado detener desde los primeros días republicanos, debido a que la comisión de este delito no solo genera el menoscabo irreparable al patrimonio cultural sino que también daña la cultura, historia e identidad del país (ICOM, 2007, pág. 4).

Siendo el Perú un país diverso en culturas, costumbres y de gran historia, la protección de cualquier expresión cultural, ya sea material o inmaterial, merece y debe ser asegurada totalmente por el Estado, impidiendo cualquier deterioro de todo bien cultural pues, como lo hemos visto anteriormente, no solo implica un daño a la pieza sino también a la cultura nacional que nos atañe a todos como sociedad. Así lo explica Alonso Peña Cabrera cuando menciona que:

“La conservación y protección de todas estas manifestaciones culturales, no solo han de ser vistas como un antecedente histórico-natural del Perú, sino que también se erigen como piezas fundamentales para el desarrollo socioeconómico de nuestro país” (Peña, 2014, pág. 206).

Asimismo el mismo autor señala que siendo el Perú un país lleno de invaluables riquezas naturales y culturales, la protección que el Estado no solo está dirigida a preservar nuestra cultura e historia como Nación sino que también el patrimonio cultural genera grandes ingresos por concepto de turismo del cual genera más empleo y actividad empresarial, esta también es una importante razón del porque se debe preservar y defender el patrimonio cultural de sujetos que pretender comercializar y exportar los mismos.

Finalmente podemos decir que, la razón de ser de todas las legislaciones es evitar que los bienes integrantes del patrimonio cultural se vean dañados o alterados de cualquier forma y en especial que estos sean extraídos y vendidos ilegalmente fuera del país.

2.7. ANTECEDENTES NACIONALES HISTÓRICOS Y LEGALES

La normatividad de aplicación en el Perú respecto al patrimonio cultural y su protección, data del año 1822 hasta nuestros días. A través del tiempo, el patrimonio cultural del Perú se encuentra reglamentado por leyes específicas que regulan su protección ante la comercialización indebida, robo, exportación ilícita, etc.

Tenemos así, la siguiente normatividad:

- **Decreto Supremo N° 89 del 02 de abril de 1822.-** Esta norma es la primigenia relativa a la protección de bienes culturales, en ella se señala que los bienes pertenecientes a la antigüedad del Perú son propiedad de la Nación, pudiendo circular libremente en el territorio nacional. Asimismo, el gobierno prohibía su exportación y sancionaba a quienes incumplieran con el presente Decreto.
- **Decreto Supremo N° 433 del 03 de junio de 1836.-** Reafirma la prohibición de la extracción de antigüedades o minerales regulada por el Decreto anterior. Igualmente en el artículo 8 establece parámetros para la visita a los Museos y norma sobre la licitud de la transferencia de los bienes culturales.
- **Decreto Supremo del 27 de abril de 1893.-** Este decreto prohíbe expresamente la explotación o excavación para obtener objetos arqueológicos, en huacas, antiguas fortalezas, templos, etc. sin contar con una licencia especial expedida por la “Junta Conservadora de Antigüedades Nacionales”, entidad que fue creada por el referido Decreto y cuya función era velar por la correcta identificación de los bienes culturales. Asimismo, declaró de interés público la conservación de los mismos en el territorio nacional.
- **Decreto Supremo N° 2612 del 19 de agosto de 1911.-** Esta norma señala que todos los objetos culturales que se encuentre en asentamientos arqueológicos son propiedad del Estado, sin embargo, éste podía conceder los duplicados a los que soliciten la licencia, siempre que se trate de corporaciones científicas de carácter oficial, de los objetos únicos, los solicitantes solo pueden tomar fotografías. El modelado se permite únicamente en los casos en que no hay peligro de que se malogren los objetos de los que quiera tomarse copia.

También se reafirma que, la exportación de antigüedades, cualquiera sea su clase o condición, queda absolutamente prohibida y decomisada de ser el caso, bajo sanción penal, excepto en los casos de duplicados anteriormente señalados.

- **Decreto Supremo del 11 de Junio del 11 de junio del año 1921.-** Se ratifica mediante este Decreto que queda prohibida absolutamente la extracción y destrucción de los monumentos arqueológicos por ser de propiedad del Estado. Precisa además que el Gobierno podrá conceder autorización para extraer o exportar objetos del patrimonio cultural únicamente a instituciones científicas del país o del extranjero, siempre que el trabajo se ejecute bajo la supervisión de la dirección inmediata de arqueólogos profesionales o de científicos de reputación internacional y del personero que el Gobierno designe.

Señala que los objetos extraídos con la autorización del Gobierno serán debidamente registrados.

- **Ley N° 6634 del 13 de junio de 1929.-** Asevera que es propiedad del Estado todo monumento histórico existente en el territorio nacional, sin embargo, asegura que los particulares pueden poseer objetos arqueológicos como restos humanos, tejidos, artefactos de madera, cobre, plata, etc. pudiendo el Estado ejercer derechos sobre ellos en caso de venta. Se contará con un registro especial realizado por el Museo de Historia Nacional.

El Estado podrá conceder permiso a corporaciones científicas nacionales para emprender trabajos de exploración y excavación de los yacimientos para extraer de ellos objetos artísticos o históricos, siempre que cuenten con el permiso correspondiente y sea para fines serios de estudio.

Igualmente, establece que no se permite la exportación de los objetos arqueológicos que sean propiedad del Estado o de particulares sino con permiso expreso del Gobierno.

En este periodo se creó el Patronato Nacional de Arqueología destinado a proteger y conservar los bienes históricos.

- **Ley N° 12956 del 21 de febrero de 1958.-** Esta norma prohíbe absolutamente la exportación de todo objeto arqueológico o histórico que sean consideradas como patrimonio cultural de la Nación, excepto que, mediante Resolución Suprema, se

autorice la salida temporal de los objetos históricos para estudios científicos. Se establece también que el Patronato Nacional de Arqueología instaurará el Registro Permanente de coleccionistas y de colecciones privadas de objetos arqueológicos e históricos a fin de contar con datos personales de los terceros poseedores de bienes culturales.

- **Decreto Ley N° 18780 del 04 de febrero de 1971.-** Se reconoce que los objetos arqueológicos, artísticos e históricos que no han reingresado al país vencido el plazo produce un daño irreparable al patrimonio cultural nacional. Reitera que, se prohíbe la exportación de los objetos arqueológicos, históricos o artísticos ya sean de propiedad estatal o privada. De acuerdo al artículo 2 de dicho cuerpo legal, se regula que para las exhibiciones que se realicen en el extranjero con intervención del Gobierno Peruano, se autorizará la salida temporal de éstos a través de Resolución Suprema.
- **Ley N° 24047 del 06 de enero de 1984.-** Conocida como “Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación”, establece que los bienes culturales, sean muebles o inmuebles, no podían ser retirados del territorio nacional sin previo permiso emitido mediante Resolución Suprema, la que procederá sólo para ser exhibidos con fines científicos, artísticos y culturales o para trabajos de restauración especializada por un término no mayor de un año, prorrogable a dos.
- **Ley N° 28296 del 22 de Julio de 2004.-** Es la Ley vigente en el territorio nacional, la cual establece la base para la protección de los bienes culturales, tanto muebles, inmuebles, inmateriales, paleontológicos o de procedencia subacuática, asimismo, señala las funciones de los organismos nacionales que deberán proteger, registrar, conservar, etc. dichos bienes.

Se menciona asimismo que la exportación de los bienes culturales sin contar con el permiso correspondiente, está prohibida, salvo para los casos de exhibición con fines científicos, artístico y culturales, estudios especializados o restauraciones que no se pueden realizar en el país y por viajes de jefes de misión, cónsules o diplomáticos acreditados.

2.8. LEY N° 28296 “LEY GENERAL DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN”

Esta antes mencionada ley, emitida el 2004, es la norma actual que regula lo concerniente a Patrimonio Cultural de Nación y su protección, detallando en los primeros artículos sobre la clasificación de los bienes materiales e inmateriales, a su vez detalla a quien corresponde la propiedad de los mismos, pues en el caso de bienes materiales se puede presentar que tanto los bienes muebles como inmuebles sean propiedad de privados; sin embargo en cada caso el propietario está sujeto a obligaciones, que de no ser cumplidas se procederá a una sanción, perdiendo la propiedad de los bienes a favor del Estado.

Según el artículo 7 inciso 2 de la ley¹⁷ establece las siguientes obligaciones para los propietarios de bienes muebles, como lo son la prohibición de mantener en abandono o deterioro de la propiedad, asimismo la obligación de poner en conocimiento al Ministerio de Cultura respecto a cuál inconveniente o futuro cambio en la estructura del bien.

Por lo que se entiende que, respecto al bien mueble, el propietario está en la obligación y responsabilidad de mantener el bien a fin de que no se deteriore, asimismo debe registrarlo en el Registro Nacional de Bienes Muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, creado por la misma ley en el inciso 2 artículo 15 de la misma. Igualmente señala la ley que, los bienes muebles pueden ser transferidos libremente dentro del territorio nacional, con las exigencias que establece la autoridad¹⁸.

Sin embargo, como se señaló anteriormente, queda totalmente prohibida la exportación del patrimonio cultural, perdiéndose definitiva y automáticamente la propiedad a favor del Estado sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales¹⁹

¹⁷ Artículo 7, inciso 2: “El propietario está obligado a registrarlo, protegerlo y conservarlo adecuadamente evitando su abandono, depredación, deterioro y/o debiendo poner en conocimiento del organismo competente estos casos”

¹⁸ Artículo 15, inciso 2: “Todo bien que se declare integrante del Patrimonio Cultural de la Nación será inscrito de oficio en el Registro Nacional de Bienes Integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, generándose un ficha técnica en la que constará la descripción pormenorizada y el reconocimiento técnico del bien, y un certificado de Registro del organismo competente que otorga a su titular los beneficios establecidos en la presente ley”

¹⁹ Artículo 10 de la Ley N° 28296

Como sabemos la realidad es otra, si bien la Ley establece que es ilegal el retirar del país bienes culturales en la actualidad se siguen registrando casos de bienes culturales peruanos ofertados en subastas o incautados en muchos países latinoamericanos y europeos, y aunque la intención y deseo de repatriar los bienes es grande, la mayoría de veces los procesos judiciales en el extranjero se dilatan en procesos de varios meses incluso años debido a que no se puede comprobar o existen gran dificultad el comprobar que los bienes culturales son patrimonio cultural del Perú y que tales bienes ingresaron ilegalmente a ese país.

Se parte de la premisa que, debido a que no se tiene un registro de tal pieza en el Perú, se entiende que fue ilegalmente extraída del país y que por lo tanto se cometió el ilícito penal, sin embargo la jurisdicción extranjera necesita mayor pruebas de la constitución de tal hecho, como lo puede ser el registro de los bienes empero el Ministerio de Cultura no posee actualizado el referido registro por lo que no se puede determinar que un bien cultural patrimonio de la Nación, razón por la cual se debe hacer uso de informes técnicos, que aunque están elaborados por arqueólogos o historiadores, no son totalmente determinantes de que el bien sea patrimonio cultural.

El registro de los bienes, se encuentra regulado en el artículo 15.1 de la Ley, se establece que:

“15.1 Créase el Registro Nacional Patrimonial Informatizado de Bienes Integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación a cargo del Instituto Nacional de Cultura que tiene por objeto la centralización del ordenamiento de datos de los bienes culturales de la Nación, en el marco de un sistema de protección colectiva de su patrimonio a partir de la identificación y registro del bien”.

Respecto a los casos de tráfico de bienes culturales, es de suma importancia que se celebren convenios con distintos países, sobre la materia para que de esta forma se pueda afrontar este problema que ataca directamente a la historia y cultura de la sociedad. Respecto a este punto el artículo 25²⁰ menciona que es responsabilidad del Poder Ejecutivo el apoyar

²⁰ Artículo 25 Ley N° 28296: “El Poder Ejecutivo propicia la celebración de convenios internacionales para la ejecución de proyectos de conservación, restauración y difusión de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación a través de la cooperación internacional no reembolsable. También impulsa la suscripción de acuerdos internacionales para reforzar la lucha contra el tráfico ilícito de dichos bienes y, en su caso, lograr su repatriación”

e incitar la suscripción y ratificación de convenios internacionales que permitan expandir la protección, restauración y difusión de la importancia de los bienes culturales.

Cabe señalar que la doctrina establece sobre este punto, una controversia respecto al principio de *ne bis in ídem* (UbiLex, 2010, pág. 224)²¹ pues se trataría de una sanción penal y administrativa coexistiendo como resultado de una acción ilegal, sobre el particular podemos definir este principio como aquel destinado a garantizar que no se juzgará dos veces a una persona por un mismo hecho (Majar, 2004, pág. 245)²².

D. Antonio Jiménez y D. Pedro Alvarado aseguran que: “El *ne bis in ídem* constituye un principio que no sólo prohíbe la imposición de dos sanciones por un mismo hecho, sino también su doble enjuiciamiento penal o administrativo” (Jiménez Mostazo & Alvarado Rodríguez, 2005, pág. 335).

Es un principio que está reconocido en la Constitución (En el Art. 139, inciso 13) incluso en la misma Ley General de Procedimiento Administrativo (Art. 230, inciso 10); en esta última se hace referencia a tres requisitos reconocidos por el Tribunal Constitucional que se establecen para que ante una situación determinada se analice si es que el principio de *ne bis in ídem* ha sido o no afectado, estas son (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003):

- Identidad del sujeto: Debe tratarse de una misma persona a la que se le imputa dos procesos.
- Identidad del hecho: Los sucesos que son sancionados deben ser los mismos
- Identidad del fundamento: El objeto de la sanción y los bienes jurídicos tutelados deben ser los mismos.

Se trata de un principio reconocido en la Constitución por lo tanto es un principio constitucional, razón por la cual el Tribunal Constitucional se pronunció al respecto señalando que si se puede presentar una sanción administrativa y penal sin que esto

²¹ “El *ne bis in ídem* es un aforismo latino que indica la prohibición de que un mismo tema sea objeto de doble proceso judicial o de doble sanción; es decir, no debe admitirse la iniciación de un nuevo juicio sobre la cuestión fallada o resuelta definitivamente en un proceso anterior”.

²² “Es un principio general del derecho que significa una garantía para quien comete un acto ilícito, de que no podrá ser sancionado dos veces por el mismo hecho y, en su aspecto procesal, que un mismo hecho no podrá ser objeto de dos procesos distintos”.

represente una vulneración este principio mencionado debido a que el procedimiento penal y administrativo buscan investigar un hecho para interponer una sanción que persigue fines y se reprime derechos diferentes (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2011)²³.

Es por eso que muchos autores comentan que en estos delitos no se vulnera tal principio porque en realidad se tratan de dos sanciones distintas, ya que la sanción administrativa es meramente disciplinaria en cambio en la sanción penal se castiga el ilícito mediante una pena privativa; se comenta que si bien la potestad sancionadora del Estado (Ius Puniendi) se ejerce a través del Derecho Penal, se habla de que el Derecho Administrativo sancionador también es parte de la manifestación de un mismo Ius Puniendi, por lo que sus sanciones tienen validez para aplicarlas a estos casos sin que exista algún problema en que el derecho penal establezca sus propias sanciones siempre y cuando no se incurra en los requisitos anteriormente mencionados.

Pero hay que tener en cuenta que:

- Si se incurre en alguno de los requisitos estudiados el principio de ne bis in idem si se vulneraría por lo que una de las sanciones debe aplicarse.
- Sin embargo, si se trata de la misma identidad del sujeto y hecho pero no de fundamento por tratarse de bienes jurídicos diferentes entonces no se vulneraría este principio por lo tanto se podría aplicar ambas sanciones
- Como se contempla en el Art.III del TP del Código Procesal Penal (Interdicción de la persecución penal múltiple) nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.

Si es que en el Proceso Penal existe:

- Una sentencia condenatoria, la sanción administrativa ya no procedería ya que la sanción más drástica, que sería la penal, ya se realizó.

²³ “El procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal en la vía judicial conlleva una sanción punitiva”.

- Si es que se establece que la vía administrativa la sanción administrativa quedo firme y cumplida, evaluándose obviamente que se incurre en todos los requisitos para poder decir que se viola el Principio, entonces se podrá extinguir la acción penal por que ya hubo una reparación (Núñez Pérez, 2009).

Teniendo en cuenta este punto podemos indicar que ambas sanciones, tanto penal como administrativa, pueden llevarse a cabo en este caso pues persiguen una finalidad diferente una de otra; sin embargo, la doctrina acepta que la aplicación del derecho penal se realice como ultima ratio.

Es importante señalar que, tal como describimos a lo largo del presente trabajo, la Ley N° 28296 que regula la protección y cuidado del patrimonio cultural de la Nación, es una normativa bastante incongruente, por lo que autores en su gran mayoría se han mostrado en contra de lo establecido por esta ley. Uno de los principales problemas es el relacionado con la presunción legal que establece el artículo tercero de esta ley, mediante la cual se entiende que se reconoce todo bien cultural como patrimonio cultural, sin embargo en artículos posteriores se descarta esta presunción indicando la importancia de la evaluación previa del bien para su posterior declaración. Así lo estipula los artículos 11, 23 y 47 del Reglamento de la Ley N° 28296. Por lo que, en tal sentido, no se puede pretender argumentar enteramente los pedidos de devolución de bienes culturales basados en una presunción que no es correcta y que necesita de validación por parte de profesionales en la materia.

De igual manera, vemos que no existe concordancia en el tratamiento que se le otorga a los bienes culturales y al patrimonio cultural puesto que la ley los entiende, en determinados artículos, como si estos fuesen similares mientras que en otros señala que los bienes culturales deben ser declarados como patrimonio para ser entendidos como tales.

Es así, que queda en evidencia la discordancia en la norma especial que genera complicaciones para el tratamiento de la protección de bienes culturales en otras normas legales que toman a esta Ley como marco para la intervención sobre el presente.

2.9. REGULACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

Las entidades públicas correspondientes, como lo son en este caso el Ministerio de Cultura, Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio Público y la Interpol Lima trabajan conjuntamente para la protección y conservación de los bienes culturales patrimonio de la Nación, asimismo realizan las gestiones correspondientes con miras a la recuperación y repatriación de aquellos bienes que se encuentran ilegalmente en otro Estado. Cada una de las entidades mencionadas juega un papel distinto respecto a la protección del patrimonio cultural de la Nación.

2.9.1. Rol del Ministerio de Cultura

Antiguamente conocido como el Instituto Nacional de Cultura, el Ministerio de Cultura, en el ámbito del patrimonio cultural y su protección, es el máximo ente encargado, así lo establece la Ley N° 28296 cuando señala que este ministerio al igual que la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación son los encargados de declarar y proteger el Patrimonio Cultural de la Nación dentro de sus competencias.

Este Ministerio se manifiesta a través del Despacho Viceministerial de Patrimonio cultural e industrias culturales, el cual se subdivide en cinco direcciones encargadas de la conservación y protección del patrimonio cultural, estas son:

- Dirección General de Patrimonio Cultural
- Dirección General de Museos
- Dirección General de defensa del patrimonio cultural
- Dirección General de Patrimonio Arqueológico Inmueble
- Dirección General de Industrias culturales y arte

Ahora bien, la Dirección General de defensa del patrimonio cultural, dirigida por la señora Blanca Alva Guerrero, es el gestor principal respecto a las medidas de protección y recuperación los bienes culturales muebles que han sido extraídos ilícitamente del país, responsable de realizar las gestiones en el ámbito nacional para la declaración de los bienes culturales, ese despacho señala que:

“La Dirección General de Defensa del Patrimonio Cultural (DGDPC) es el órgano de línea **a cargo de la defensa y protección, recuperación, repatriación, vigilancia y custodia de los bienes culturales pertenecientes al patrimonio cultural de la Nación.** Esta dirección funciona como un organismo supervisor y tiene la **responsabilidad de dirigir, regular y ejecutar las acciones de verificación y sanción de infracciones a las normas** de protección al patrimonio cultural de la Nación. Del mismo modo, cumple un rol importante al **educar y sensibilizar a la ciudadanía en temas relacionados con la defensa y protección del patrimonio**” (MINCU, 2014)

Esencialmente el Ministerio de Cultura ejecuta los siguientes roles a través de la Dirección General de Defensa del Patrimonio Cultural:

1. Declaración los bienes culturales como integrantes del Patrimonio Cultural de

la Nación.- Como se detalló anteriormente la declaración emitida por el Ministerio de Cultura respecto a este punto es constitutiva de derechos, por lo que es necesaria para la determinación de un bien como patrimonio cultural pues solo con la presentación de esta declaración se puede confirmar, corroborar y reconocer la presunción legal establecida en artículo tercero de la Ley.

Según la Ley N° 28296 el registro nacional de bienes integrantes del patrimonio cultural se crea para inscribir en este todos los bienes con esta categoría, que incluye una ficha técnica que comprende la descripción y el reconocimiento técnico del bien, finalmente se emitirá un Certificado de Registro del ente competente al titular del bien, de ser este el Estado se registrará en el Sistema de Información de Bienes de Propiedad Estatal (SINABIP)

Sin embargo existe un problema respecto a este punto, el Ministerio de Cultura no posee un registro actualizado de los bienes culturales, razón por la cual cuando se presenta un caso de tráfico ilícito de bienes culturales no se puede completar el procedimiento procesal en el país o en el extranjero debido a que el ente encargado aún no se ha manifestado aún respecto a la calificación del bien cultural, es decir que no se puede ejecutar totalmente el procedimiento correspondiente hasta que el Ministerio de Cultura no declare al bien cultural como patrimonio cultural, pues

como ya hemos señalado anteriormente si bien existe una presunción legal en relación a la calificación de estos bienes culturales, la declaración emitida por esta entidad aún es de mucha importancia para confirmar o asegurar la calificación jurídica del bien cultural y proceder a la investigación del delito.

Debemos precisar que los delitos relativos a este tema se denominan “Delitos contra el Patrimonio Cultural” en el Código Penal por lo que se entiende que sin que se concluya definitivamente que un bien cultural es patrimonio cultural de la nación la acción penal no puede proceder pues es un requisito primordial, incluso cuando la declaración se produzca antes o después de la comisión del delito.

- **Realizar Informes Técnicos.-** En la realidad la declaración que debe ser emitida por el Ministerio de Cultura, según la ley, no se da mediante un documento oficial como se podría entender de la lectura de la norma; la confirmación de la originalidad de la pieza en los casos de tráfico ilícito se da a través de Informes Técnicos que emite la Dirección General de Defensa del Patrimonio Cultural, estos pueden ser cuestionados como un medio no válido para la declaración de un bien cultural como patrimonio de la nación, igualmente debido la falta presupuestaria estos informes técnicos son elaborados a base de fotografías enviadas por las misiones diplomáticas en el extranjero, y remitidas a través de la Cancillería, lo cual genera dilataciones en el proceso pues entre la remisión de las imágenes, en el caso que cumplan con las exigencias del Ministerio, y la elaboración del referido informe técnico puede pasar varios días o incluso meses.

Esto afecta el proceso que debe ser iniciado por el Ministerio Público como también el que se realiza por las autoridades competentes en cada país. Sucede, casi siempre, que los Informes Técnicos realizados por el Ministerio de Cultura no son reconocidos, por los jueces extranjeros, como prueba suficiente para proceder con el proceso penal seguido contra el autor.

- **Registro de los bienes culturales integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación.-** El Ministerio de Cultura, según la Ley, es el llamado a contar con el registro de los bienes que son declarados como patrimonio, este es una función de importancia pues cuando el bien cultural es declarado y registrado se cuenta con documentación válida que demuestra la originalidad del mismo lo cual constituye un

medio probatorio válido que puede ser utilizado ante cualquier caso del tráfico ilícito de bienes culturales (muebles e inmuebles) y demostrar que los bienes han sido reconocidos con anterioridad al hecho delictivo, lo que debería ser ideal en tipos como este.

- **Inventario actualizado.-** Según lo señala el artículo 14 de la Ley, le corresponde al Ministerio de Cultura elaborar y mantener actualizado el inventario de los bienes muebles e inmuebles. Sin embargo como ya se ha comentado anteriormente, tanto el registro como el inventario, no es actualizado pues aún no se ha determinado la existencia de muchos bienes por no haber sido descubiertos, asimismo la falta de investigación en este campo imposibilita el ideal de contar con un sistema actualizado.
- **Restauración de los bienes culturales.-** Este punto está relacionado con la autoridad ejercida por el Ministerio de Cultura ante civiles relacionado a, como lo menciona la Ley, que para realizar cualquier acción de restauración, remodelación o conservación de cualquier bien cultural (mueble o inmueble) que haya sido declarado como tal, se debe contar con el permiso y aprobación del Ministerio. Esta restauración puede ser realizada por el mismo Ministerio, por un particular, por alguna entidad pública o privada o por una entidad internacional, así lo señala los siguientes artículos 25²⁴, 28²⁵ y el artículo quinto²⁶ del título preliminar.
- **Difusión y Promoción del patrimonio cultural de la Nación.-** Según la Ley, le corresponde, además, al Ministerio de Cultura como a las demás entidades correspondientes, la difusión, promoción y concientización en la población para la

²⁴ Artículo 25, Ley N° 28296: “El Poder Ejecutivo propicia la celebración de convenios internacionales para la ejecución de proyectos de conservación, restauración y difusión de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación a través de la cooperación internacional no reembolsable”

²⁵ Artículo 28, Ley N° 28296: “En concordancia de las funciones y atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, éstos prestarán asistencia y cooperación a los organismos pertinentes para la ejecución de proyectos de investigación, restauración, conservación y difusión de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación ubicados en su jurisdicción”

²⁶ Artículo V, Ley N° 28296: “El Estado promoverá la participación activa del sector privado en la conservación, restauración, exhibición y difusión de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y su restitución en los casos de exportación ilegal o cuando se haya vencido el plazo de permanencia fuera del país otorgado por el Estado”

conservación de los bienes culturales, lo estipulan así los artículos 19²⁷,23²⁸ y los artículos contenidos en el Título VII²⁹ sobre Educación, Difusión y Promoción Cultural.

Empero uno de los problemas respecto a este punto es que a pesar de los esfuerzos de las entidades públicas mencionadas, todavía existe la idea equivocada en los propietarios privados que al informar a la autoridad competente de la existencia de la propiedad, este podrá arrebatar el bien cultural al propietario, sin embargo esto no es correcto e influye en el escaso registro e inventario que debe poseer el Ministerio de Cultura.

- **Interponer denuncia ante el Ministerio Público.-** Ante el conocimiento de un caso de tráfico ilícito de bienes culturales, la Dirección General de Defensa del Patrimonio Cultural a nombre del Ministerio de Cultura es quien informa al Ministerio Público sobre el mismo, interponiendo la correspondiente denuncia. Generalmente la referida Dirección informa a la Fiscalía sobre el caso sin embargo la investigación no se encontrará completada si que no se posea una la confirmación de que el bien cultural en cuestión es patrimonio cultural pues de no constituirse así, el delito carecería de sentido y podría ser perseguido a través de otro tipo penal.
- **Establecer sanciones administrativas.-** Igualmente están facultados todos los organismos culturales antes mencionados a imponer sanciones administrativas según lo establece el Artículo 19 de la Ley, el mismo se desarrolla más ampliamente en el nuevo Reglamento General del procedimiento administrativo sancionador por infracciones contra bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación aprobado

²⁷ Artículo 19, Ley N° 28296: “El Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, están encargados de la identificación, inventario, inscripción, registro, investigación, protección, conservación, difusión y promoción de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación de su competencia”.

²⁸ Artículo 23, Ley N° 28296: “La protección de los bienes culturales muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación comprende su identificación, registro, investigación, conservación, restauración, preservación, puesta en valor, promoción y difusión; asimismo, la restitución y repatriación cuando se encuentren de manera ilegal fuera del país”.

²⁹ Título VII, Ley N° 28296: “Los que señalan que fundamentalmente que “Los organismos vinculados a la Cultura velarán para que se promueva y difunda en la ciudadanía la importancia y significado del Patrimonio Cultural de la Nación como fundamento y expresión de nuestra identidad nacional.

Los medios de comunicación estatal están obligados a difundir el Patrimonio Cultural de la Nación en sus diferentes expresiones”

el 28 de abril del presente año mediante Resolución Directoral N° 05-2016-DCS-DGDP-VMPCIC/MC.

Ahora bien, también se cuenta con un reglamento administrativo que regula sanciones administrativas para quienes violenten lo estipulado por la ley, mediante Resolución Directoral Nacional N° 1405/INC se aprobó el Reglamento General de Aplicación de Sanciones Administrativas por Infracciones en contra del Patrimonio Cultural de la Nación, este reglamento fue modificado mediante Resolución Directoral Nacional N° 632/INC de fecha 21 de mayo de 2007.

Finalmente mediante Resolución Directoral N° 005-2016-DCS-DGDP-VMPCIC/MC del 28 de abril del presente año se aprobó el nuevo reglamento administrativo sancionador y fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de abril del 2016.

Este reglamento es reciente y como fue mencionado anteriormente el Ministerio de Cultura es el designado para interponer sanciones administrativas- inciso C a quienes infrinjan lo establecido en la Ley N° 28296, respecto a las obligaciones de quienes poseen bienes culturales; estas sanciones se realizaran con respeto a los principios señalado en el artículo III de este reglamento, como lo son el de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, que destacan entre los más importantes.

Las sanciones responden a los daños causados, estos pueden ser leves, graves o muy graves, la clasificación respecto a las infracciones son detalladas en el artículo 3 del reglamento, estos son³⁰:

- Cuando el tenedor y/o al propietario de un bien integrante del patrimonio cultural de la Nación no haya solicitado el registro del bien ante el organismo competente.
- Cuando el tenedor y/o al propietario de un bien integrante del patrimonio cultural de la Nación, produzca daño al mismo.
- Cuando el tenedor y/o al propietario de un bien integrante del patrimonio cultural de la Nación cuya salida se intente sin autorización o certificación que descarte su condición de tal.

³⁰ Artículo 3 del Reglamento General del procedimiento administrativo sancionador por infracciones contra bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación.

- Cuando el tenedor de un bien cultural de otro país intente introducirlo en el Perú sin la certificación que autorice su salida del país de origen.
- Cuando se promueva y realice excavaciones en sitios arqueológicos o cementerios, o altere bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación sin tener la autorización correspondiente del Ministerio de Cultura o la certificación que descarte la condición de bien cultural.
- Cuando se ejecute una obra pública o privada en un inmueble integrante o vinculado al patrimonio cultural de la Nación sin contar con la autorización previa o cuando contando con tal autorización se comprueba que la obra se ejecuta incumpléndose las especificaciones técnicas aprobadas por el Ministerio de Cultura.

Las sanciones pueden ser multas, incautación, decomiso, paralización o demolición, a fin de calificar la imposición de la multa dependerá de:

- Valor del bien.- Es decir su importancia para la cultura y la sociedad, según este reglamento el valor puede ser categorizadas en:
 - Valor Estético
 - Valor Histórico
 - Valor Científico
 - Valor Social
 - Valor Urbanístico/Arquitectónico
- Daño causado.- Según el artículo 17 del reglamento, luego de un examen en donde se evalúan aspectos cuantitativos y cualitativos del daño causado, se podrá determinar la sanción correspondiente.

Asimismo respecto a las diligencias investigadoras, que justifiquen el inicio del procedimiento administrativo sancionador, le corresponde al Ministerio de Cultura como órgano instructor, el llevar a cabo las investigaciones, iniciar el procedimiento administrativo, interponer medidas cautelares, emitir informes técnicos sobre la propuesta de la sanción a interponer, entre otros. Según el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura, la dirección encargada de realizar las acciones de investigación es

la Dirección de Control y Supervisión³¹, mientras que el órgano sancionador es aquella entidad que es designado, según el Reglamento, por el Ministerio de Cultura para que sea el encargado de ejecutar la sanción administrativa³².

Cuando el procedimiento administrativo sancionar es iniciado, luego de haber realizado las investigaciones preliminares, se notificará al administrado los hechos y tendrá un plazo de cinco (5) días para que presente sus descargos; transcurrido este plazo el órgano competente emitirá un informe final, en el que se indicará la posible sanción o el archivamiento del procedimiento, de sugerir una sanción se deberá remitir los actuados al órgano instructor para que se pueda elaborar el Informe Técnico Pericial.

Los medios probatorios válidos, según el inciso 4 del artículo 28, son: informes técnicos, fotografías, registros de video, acta de verificación, actuaciones del personal del Ministerio de Cultura o de cualquier instrucción pública.

Se concluirá esta etapa con la remisión de un Informe Final y constará de lo siguiente:

- Identificación plena del bien integrante Patrimonio Cultural de la Nación el cual ha sido afectado.
- Identificación plena del presunto infractor.
- Descripción de los hechos que constituyen la infracción administrativa.
- Evaluación y análisis de los descargos y medios probatorios ofrecidos por el presunto infractor, si los hubiera.
- Determinación del valor cultural del bien y la gravedad de la afectación al bien jurídico protegido, en atención al informe técnico pericial.
- Determinación de atenuantes o agravantes.
- Determinar si la afectación registrada es continua.
- Sustento de fundamentos jurídicos

³¹ Artículo 68. Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura.

³² “La Dirección de Control y Supervisión es el órgano responsable de realizar las acciones necesarias para determinar la existencia de atentados al Patrimonio Cultural e infracciones a sus normas de protección. Su función principal es disponer el inicio de procedimientos administrativos sancionadores en casos de infracciones verificadas, disponer medidas preventivas o medidas cautelares para la mejor protección del Patrimonio Cultural”.

- Propuesta de sanción a imponer o la absolución, debidamente justificados de ser el caso.

Finalmente se procederá a la etapa sancionadora, donde el órgano competente evaluará los fundamentos de hecho, de derecho, la infracción, los agravantes o atenuantes, entre otros, y mediante un acto resolutivo emitirá una sanción administrativa que pueden ser, según el artículo 13 del Reglamento: Multa, Incautación, Decomiso, Paralización o Demolición.

En relación a la casuística podemos citar el actual caso del atentado a la Reserva de Paracas, el pasado 30 de julio un grupo de jóvenes ingresaron a la zona restringida de la mencionada reserva, muy cerca del área protegida de El Candelabro, a bordo de dos camionetas y una cuatrimoto. Este hecho causó daños y alteró el paisaje cultural.

Los jóvenes identificados como Samuel Poza Oliva, José Miguel de Escovit Toce, Erick Hare Bedoya y César Peschiera García, según el Diario Correo estos jóvenes intentaron escapar de la escena pero fueron intervenidos por el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) en la altura del km 25 de la carretera Pisco (Correo, 2016).

El jefe del área, Juan Carlos Heaton, comentó que con la intervención de la Dirección Desconcentrada del Ministerio de Cultura se pudo determinar que el daño causado en el lugar de alrededor de cien (100) metros de alto y quinientos (500) metros de ancho (Andina, 2016).

2.9.2. Rol del Ministerio Público

La Fiscalía de la Nación o Ministerio Público es el defensor de la legalidad, esta entidad se encarga de la investigación y tiene la carga de la prueba para demostrar la comisión de un delito, haciendo esta labor de oficio. Reconocido por la Constitución igualmente como la entidad autónoma encargada de conducir la investigación y ejercitar la acción penal³³

Así tenemos que la Fiscalía define sus funciones como de aquel organismo autónomo encargado de la defensa de los derechos de los nacionales, de los intereses del estado y

³³ Constitución Política del Perú. Artículo 159

asimismo de la prevención en la comisión del delito siguiendo los lineamientos establecidos por ley y respetando las funciones otorgadas (Ministerio Público, 2015)³⁴.

Como parte de la investigación del delito, en el caso de Lima Este, tenemos que estos delitos son de conocimiento de la Quincuagésima Tercera Fiscalía Provincial Penal de Lima a cargo de la Fiscal Provincial Magda Victoria Atto Mendives.

Designado por la Res. N° 915-2016-MP-FN (Fiscalía, 2016), este despacho creado hace un par de años, es uno de los pocos especializados en la investigación de la materia, lo que pone en evidencia las pocas dependencias que existen en la región para la investigación de los delitos contra el patrimonio cultural.

Este despacho trabaja conjuntamente, internamente, con la Oficina de Cooperación Judicial Internacional y Extradiciones para llevar a cabo las diligencias necesarias en el extranjero a nivel judicial a fin de recuperar las piezas que se encuentran en el extranjero; así se puede exhortar a sus homónimos a cooperar sobre estos temas (Asistencia judicial internacional, 2014)³⁵.

Un ejemplo es la recuperación de una muñeca prehispánica que iba a ser subastada en Estados Unidos; la 53° Fiscalía Provincial Penal de Lima solicitó a la Oficina de Cooperación Judicial Internacional y Extradiciones asistencia para recuperar el bien, por tal motivo la mencionada oficina se puso en contacto con el Departamento de Justicia de ese país. Finalmente se entregó el bien al estado peruano en una caja de madera, posteriormente fue devuelto al Ministerio de Cultura (Fiscalía, 2016).

³⁴ “El Ministerio Público es un organismo autónomo del Estado y tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos; la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil.

También vela por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

³⁵ “La eficacia de la persecución penal depende de la realización de una serie de diligencias investigativas, en cuanto a la averiguación de los presuntos hechos punibles como de sus autores y sus partícipes.

Aparece de esta forma la Asistencia Judicial Internacional como una de las manifestaciones más importantes de la Cooperación Jurídica Internacional, permitiendo el intercambio de información relevante y la realización de diligencias en el exterior, a partir de los requerimientos que libran los jueces y fiscales de los diversos estados, en el ámbito del Proceso Penal”.

Asimismo la Fiscalía recurre al apoyo de la Policía Fiscal, quienes cuentan con una División de Investigación de Delitos contra el Patrimonio Cultural; este organismo es un órgano especializado y dependiente de la Dirección Nacional de Investigación Criminal, en la prevención y denuncia de delitos contra el sistema financiero, derechos intelectuales y patrimonio cultural.

Sus funciones respecto al Patrimonio Cultura son (Policía Fiscal, 2010):

- Prevenir, combatir, investigar y denunciar a nivel nacional los delitos contra el patrimonio cultural, relacionados a los bienes culturales.
- Planificar y conducir operativamente la investigación material del delito, bajo la conducción jurídica del fiscal, en concordancia con las leyes de la materia.
- Incautar bienes muebles e inmuebles de personas naturales, jurídicas y organizaciones criminales, implicadas en los delitos aduaneros, contra los derechos intelectuales, contra el orden económico, financiero y monetario, y contra el patrimonio cultural, en todas sus modalidades, conforme a la legislación de la materia.
- Coordinar , dirigir y ejecutar operaciones policiales para la captura de personas vinculadas a los delitos
- Dirigir las acciones policiales de investigación sobre estos delitos, requeridos por el Ministerio Público y autoridades judiciales.

A través de esta entidad se amplía la investigación tanto de los objetos culturales como de los sujetos activos; por ejemplo que en septiembre del 2015 el personal de la policía fiscal intervino una feria artesanal en Cusco e incautó varias piezas culturales cuyo valor aproximado era de S/. 162 mil (Correo, Cusco: Incautan bienes paleontológicos y muñecas de la cultura Chancay, 2015).

Asimismo, tenemos el trabajo conjunto de aduanas; Sunat, según su Reglamento (ROF) tiene como finalidad combatir delitos tributarios y aduaneros, a través de la Intendencia Nacional de Control aduanero quien se encarga de controlar o supervisar el procedimiento

en casos de tráfico ilegal de mercancías, delitos aduaneros, entre otros, realizados en el control de aduanas³⁶.

Siendo que según el artículo 62 de la Ley General de Aduanas (Decreto Legislativo N° 1053) se considera como mercancía prohibida los bienes culturales que forman parte del patrimonio cultural y por lo tanto se encuentra prohibida su exportación sin la autorización de la entidad correspondiente³⁷.

Por otro lado tenemos la actuación complementaria de Interpol Lima, esta entidad trabaja conjuntamente con la Fiscalía nacional para recuperar las piezas, detener posibles ventas e identificar a los sujetos activos de los delitos. Interpol se caracteriza por la cooperación que realiza internacionalmente, siendo que esta entidad tiene oficinas desconcentradas mundialmente.

Su misión es la de velar por la aplicación de la cooperación internacional entre el Estado Peruano, representado por sus entidades públicas, y organismos internacionales para prevenir y combatir la delincuencia en mayor escala³⁸.

En la resolución 2199 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se exhorta a la Organización educacional, científica y cultural de las Naciones Unidas, Interpol y otras organizaciones internacionales a implementar un sistema de prevención, prohibición del tráfico ilícito de bienes culturales Iraquíes y Sirios y su eventual devolución, este acto se hace extensivo a otras culturas; por tal motivo Interpol juega un rol importante en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

Interpol, cuya oficina central se encuentra en Francia, cuenta con una base de datos de bienes culturales robados, cuyos robos fueron reportados por sus respectivos países, esta es

³⁶ Artículo 248 del Reglamento de Organización y Funciones: “Supervisar los procesos de control aduanero relativos a la fiscalización, cobranzas, recaudación aduanera, el tráfico ilícito de mercancías, el contrabando, otras modalidades de delitos aduaneros, y otros ilícitos cuya regulación contenga disposiciones de control aduanero; así como aquellos referidos a los procedimientos contenciosos y no contenciosos”.

³⁷ Artículo 62 de la Ley General de Aduanas: “La exportación definitiva no procederá para las mercancías que sean patrimonio cultural y/o histórico de la nación, mercancías de exportación prohibida y para las mercancías restringidas que no cuenten con la autorización del sector competente a la fecha de su embarque”.

³⁸ Misión de OCN- Interpol Lima: “La Oficina Central Nacional INTERPOL Lima, es el órgano que en representación de la Policía Nacional del Perú, tiene como fin coordinar, promover y ejecutar la cooperación policial recíproca a nivel internacional, para la lucha contra la delincuencia común y organizada, dentro del marco de respeto a los tratados y convenios suscritos por el país”.

una herramienta de gran ayuda para precisar la cantidad de bienes culturales identificados y extraídos ilícitamente de sus países. Cada junio y diciembre la página de Interpol publica posters de las obras de arte más buscadas por esta entidad, en el caso de nuestro país podemos ver que en el N° 46 correspondiente al mes de junio del 2016 se encuentra publicado un robo de un Vaso ceremonial, extraído de un museo en Lima (Interpol, 2016).

Con el fin de combatir este delito en específico a nivel internacional, Interpol realiza regularmente conferencias de personal especializado para compartir conocimiento respecto a este tema y las mejores prácticas para detener la continua venta de bienes culturales. En la última reunión de trabajo de expertos en bienes culturales se recomienda a los países miembros a reportar los casos de robos haciendo uso de “Object ID” que es método estándar para identificar los bienes culturales en caso de robo y a mejorar las prácticas fronterizas en sus puertos para evitar la salida ilegal de obras de arte; por otro lado se recomienda a Interpol que proporcionen información a todos los funcionarios que se ven implicados en el proceso de transito de bienes (aduanas, policías, fiscales, personal judicial, etc.) para reconocer cuando se encuentran frente a un caso de tráfico ilícito y enfocar sus esfuerzos para obtener datos más completos sobre los delitos contra el patrimonio.

Como podemos ver el Ministerio Público cuenta con ayuda complementaria de diversas entidades para poder realizar la investigación de este delito, aunque muchas veces se ve limitado por los motivos antes detallados como por ejemplo la falta de identificación previa del objeto como patrimonio cultural y el determinar al individuo que retiro la pieza con fines de comercialización.

2.9.3. Rol del Ministerio de Relaciones Exteriores

En el artículo 21 de la carta magna señala que el estado peruano protege el patrimonio cultural nacional y le corresponde no solo la conservación y restauración de las mismas sino también de la restitución de estas piezas cuando hayan sido ilegalmente trasladadas fuera del territorio nacional³⁹.

³⁹ Artículo 21 de la Constitución Política del Perú.

Mediante el Ministerio de Relaciones exteriores se hacen efectivas las restituciones de los bienes extraídos ilegalmente del país, ya que las misiones diplomáticas son las encargadas de realizar las acciones correspondientes para recuperar los bienes culturales puestos en ventas en el extranjero así como también el informar al Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio Público las exhibiciones o comercializaciones no autorizadas, así lo señala el artículo 35 y subsiguientes de la ley del patrimonio cultural.

Le corresponde a la Dirección General para Asuntos Culturales, en específico a la Dirección de Patrimonio Cultural la coordinación para recuperación del patrimonio cultural del Perú entre las misiones diplomáticas y las entidades nacionales. Algunas de las funciones de esta dirección, según el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, son ⁴⁰:

- Proponer, coordinar, ejecutar y evaluar las acciones para la protección y recuperación del patrimonio cultural peruano en el exterior.
- Promover el cumplimiento a nivel nacional de las disposiciones internacionales en materia de protección y recuperación del patrimonio cultural.
- Coadyuvar a la difusión de medidas para evitar el tráfico ilícito de bienes culturales peruanos en el exterior.
- Promover la cooperación internacional y el intercambio de experiencias y expertos para la recuperación y puesta en valor de los bienes del patrimonio cultural del Perú.

Asimismo según la ley de organización y funciones del Ministerio de relaciones exteriores (Ley N° 29357) le corresponde a esta entidad ejecutar acciones para la defensa del patrimonio cultural⁴¹

Por otro lado podemos citar el Reglamento Consular del 2005 en donde se establecen lineamientos para que la función consular pueda ejecutarse la asistencia, apoyo y atención en favor de todo ciudadano peruano que se encuentre en el extranjero, así tenemos que en el artículo 423 y subsiguientes se decreta que las oficinas consulares no solo promoverán la

⁴⁰ Artículo 125 del Reglamento de Organización y Funciones del MRE.

⁴¹ Artículo 6, inciso 20 de la Ley de Organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

cultura peruana y la protección del patrimonio cultural informando a la Subsecretaría de Política exterior, ahora Dirección de Patrimonio Cultural, sobre cualquier acción que represente tráfico ilícitos de bienes culturales y ampliar las acciones para la recuperación de las mismas por la vía diplomática⁴².

2.10. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

2.10.1. Convenio de Unesco de 1970

Uno de los primeros documentos legales que codificaron la protección de los bienes culturales de ámbito internacional fue la Convención para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto armado de 1954 y reglamento que conforman un código de protección de los bienes culturales en el desarrollo de guerras; en este cuerpo legal las altas partes contratantes se comprometen a salvaguardar los bienes culturales situados en su propio territorio como el de los demás (Camps Mirabet, 2000, pág. 88)⁴³.

Sin embargo podemos verificar que los acuerdos señalados muchas veces no llegan a respetarse y un claro ejemplo de la destrucción generada por conflictos bélicos a bienes culturales tanto muebles como inmuebles, es el generado por el denominado Estado Islámico (ISIS); este grupo extremista ha destruido una larga lista de sitios arqueológicos considerados como patrimonio de la humanidad.

National Geographic afirma que la destrucción de estos monumentos por parte de ISIS está motivada por la religión, pero más alarmante aún se indica que este grupo terrorista ha

⁴² Artículo 427 del Reglamento Consular, Decreto Supremo N° 076-2005- RE.

⁴³ Sobre el particular Núria Camps Mirabet señala en su tesis doctoral que: “La Convención de 1954 en su conjunto supuso la coronación de los esfuerzos que se habían emprendido, especialmente a partir de siglo XIX, para impedir que los conflictos armados dañasen o destruyeran los bienes artísticos e históricos, o fueran lo menos afectados posibles por las consecuencias que comportan los fenómenos bélicos. En este sentido, la Convención de 1954, constituye el primer conjunto coherente de normas jurídicas de ámbito universal consagrado enteramente a la protección de los bienes culturales. Se le atribuye el mérito de concentrar en un solo instrumento las dispersiones relativas a la protección de los bienes culturales que hasta el momento permanecían dispersas en varios instrumentos jurídicos-internacionales”.

utilizado el saqueo como un medio de enriquecimiento para financiar sus operaciones militares (Curry, 2015).

Asimismo se detalla una lista de sitios culturales que ISIS ha destruido hasta el momento, así tenemos (Curry, 2015):

- Palmyra: Esta principal atracción turística en Siria fue prácticamente destruido en el transcurso del 2017; este grupo radical publicó fotos en donde se puede visualizar la demolición y explosión del Templo de Baalshamin de unos 1900 años de antigüedad y días después se registraron explosiones en el Templo de Baal.
- Monasterio de Mar Elian: Era un templo que acogía a cristianos sirios dentro de Siria fue también destruido el año pasado.
- Apamea: Considerada una ciudad comercial en la época romana ahora se muestran gran números de pozos excavados y mosaicos romanos retirados para su venta, estos bienes se estiman estar calculados decenas de millones de dólares.
- Dura- Europos: Fue una antigua ciudad macedónico-griego que albergaba la iglesia cristiana más antigua del mundo. Según National Geographic las imágenes satelitales muestran una gran cantidad de cráteres dentro de la ciudad que evidencia el saqueo en el lugar.
- Mari: Una ciudad antigua situada en Siria sigue siendo saqueada regularmente, según las imágenes satelitales.
- Hatra: Según la página de National Geographic en el 2014 Isis utilizó esta ciudadela considera como patrimonio de la humanidad en 1985, como depósito de municiones y campo de entrenamiento; asimismo se mostró videos de destrucción de las esculturas más antiguas en este lugar.
- Museo y Bibliotecas de Mosul: En dicho recinto se robaron manuscritos de siglos de antigüedad, se prendió fuego a la biblioteca de la Universidad de Mosul en diciembre. Igualmente la biblioteca pública de Mosul fue destruida con explosivos, se derrumbó estatuas antiguas en el Museo de Mosul, consideradas como obras maestras de Hatra y Nínive.
- Nimrud: Según el Ministerio de Turismo y Antigüedades de Iraq, ISIS demolió grandes partes de esta antigua capital asiria.

- Monasterio de Mar Behnam: Recinto dedicado a un santo cristiano primitivo fue destruida usando explosivos.
- Mezquita del Profeta Yunus: “La mezquita del profeta Yunus de Mosul estaba dedicada a la figura bíblica de Jonás, considerado un profeta por muchos musulmanes. Pero ISIS se adhiere a una interpretación extrema del Islam que ve la veneración de profetas como Jonás como prohibida. El 24 de julio, los combatientes de ISIS evacuaron la mezquita y la demolieron con explosivos”
- Mausoleo Inam Dur: Dicho mausoleo fue estallado en octubre del año pasado por este grupo extremista.

Sin embargo según la Carta de las Naciones Unidas (ONU) podemos verificar que solo existen medidas coercitivas para los estados miembros que amenacen la paz, las mismas que no incluyen el uso de la fuerza armada, por lo que el rol de esta entidad internacional para reprimir actos terroristas se ve bastante limitado por la finalidad y rol interno. Podemos citar el artículo 41⁴⁴ de la mencionada carta que refiere a la facultad del consejo de seguridad para interponer determinadas medidas empero ninguna de ellas podrá hacerse efectivas con el uso de la fuerza armada.

Ahora bien, siguiendo el marco de la legislación internacional podemos decir que existen dos convenios que destacan en el tema de la protección de los bienes culturales, siendo uno de ellos la Convención de Unesco de 1970 “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, que regula medidas para la prohibición del tráfico ilícito de bienes culturales a nivel internacional.

Esta convención tuvo su origen en la 13° reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura celebrada en París el 20 de octubre de 1964, en ella se emitió recomendaciones sobre las medidas dirigidas

⁴⁴ Artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas: “El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas”.

a prohibir la importación y exportación de bienes culturales con el fin de que posteriormente sean adaptadas en la aprobación de una convención internacional.

Esta primera recomendación de las Naciones Unidas, exhorta a los Estados a adoptar las medidas correspondientes para proteger los bienes culturales que se encuentran en su territorio por considerarse de gran importancia para el patrimonio cultural, siendo que solamente se podrá autorizar la exportación de dichos bienes cuando se hayan declarado libres de toda oposición. Principalmente se señala las siguientes recomendaciones (Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 1964):

- Identificación e inventario de los bienes culturales: Se sugiere que cada Estado Miembro deberá aplicar los procedimientos adecuados para la identificación de los bienes culturales dentro de su territorio así como elaborar un inventario de los mismos.
- Organismos de protección de bienes culturales: Cada Estado deberá instituir un organismo nacional adecuado al servicio de la protección de bienes culturales, se recomienda que esta entidad sea de naturaleza administrativa del propio estado a fin de que este realice determinadas funciones dirigidas a la identificación, protección de bienes culturales.
El estado deberá asimismo constituir un fondo financiero para la restauración y adquisición de bienes culturales.
- Acuerdos bilaterales y multilaterales: Es necesario que los Estados suscriban y ratifiquen acuerdos bilaterales o multilaterales para regular la prohibición de la exportación de bienes culturales así como la restitución de los mismos
- Colaboración internacional para el descubrimiento de las operaciones ilícitas: Para tal fin cada estado deberá otorgar asistencia para lograr determinar las redes de tráfico de estos bienes.
- Restitución o repatriación de los bienes culturales exportados ilícitamente: Los Estados, entidades nacionales e internacionales, museos e instituciones en general deberán otorgar asistencia mutua para lograr la restitución de los bienes culturales retirados ilícitamente.

- Publicidad en caso de desaparición de un bien cultural: Deberá ponerse en conocimiento del público sobre la desaparición de un bien cultural a petición del Estado que lo reclame.
- Derechos del adquirente de buena fe: En este punto se establece que quien tenga la autorización para poseer un bien cultural y sea malinterpretado la salida del mismo como acto ilícito, podrá obtener una indemnización por daños y perjuicios.
- Acción educativa: Cada estado deberá fomentar a nivel nacional e internacional una cultura proteccionista y de respeto del patrimonio cultural a fin de evitar la depredación de estos bienes que suponen una gran pérdida en la identidad de una cultura en específico.

Asimismo como antecedente a este convenio se tiene 14.a reunión de la Conferencia General realizada en 1966 en París que reconoce la importancia la cooperación cultural internacional para el cuidado y conservación de los bienes culturales muebles e inmuebles, así como la necesidad de contar con medidas para la prohibir e impedir la exportación, importación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 1966).

Como resultado de estos eventos internacionales surge la Convención de 1970 la cual entro en vigor en 1972, la cual establece los primeros lineamientos para la prohibición de la exportación o importación de bienes culturales y el rol de cada estado miembro para evitar acciones como estas. Las principales características de este texto son (UNESCO, 1970):

- Iniciando el texto la Convención exhorta a los Estados Partes a que se comprometan a combatir acciones ilegales en cualquier instancia por todos los medios que dispongan (Artículo 2)
- Se obliga a cada Estado a que establezcan dentro de su territorio las condiciones apropiadas para la protección de bienes culturales, como: elaboración de legislación para la protección del patrimonio cultural así como para la sanción de las conductas ilícitas, mantener al día el inventario nacional así como hacer uso del mencionado Object- ID aprobado por la UNESCO, las listas de Interpol, Listas de ICOM, entre otras, promover la creación de instituciones públicas para la

conservación de los bienes, controlar las excavaciones en zonas arqueológicas, etc. (Artículo 5)

- Se exige a los Estados parte que emitan un certificado adecuado, que sea el medio idóneo para autorizar a una persona natural o jurídica a la exportación de bienes culturales, evitando de esta manera la extracción ilícita de los objetos siendo que si la presunta persona no cuenta con esta documentación al momento de movilizarse de lugar se entenderá que se trata de un bien cultural robado (Artículo 6)
- Obliga a cada Estado a prohibir la compra de bienes culturales robados por Museos o cualquier otra institución, a realizar decomisaciones y futuras restituciones, a peticiones por parte del Estado afectado, a quien corresponda (Artículo 7).
- Participación de los Estados en cualquier actividad destinada a la protección de bienes culturales en peligro por robo o pillajes arqueológicos o etnológicos, así como impedir la transferencia de bienes culturales que no estén correctamente identificados, colaboración para la restitución, etc.
- Obliga a los anticuarios a que lleven un registro general de las piezas con las que cuenta, incluyendo la procedencia, descripción, precio por que el se obtuvo, nombre y dirección del proveedor de tal bien.

Esta Convención ha sido ratificada o aceptada por 136 países, siendo uno de ellos el Perú quien adoptó este instrumento internacional el 24 de octubre de 1979 por el Decreto Ley N° 22680. En dicho decreto se confirma la necesidad de mantener una “estrecha colaboración entre los estados”⁴⁵ y de la necesidad que existe en el país por proteger los intereses culturales nacionales siendo el Perú un país de grandes riquezas.

Sin embargo existen ciertos puntos sobre esta Convención que son considerados de naturaleza limitativa, por ejemplo el hecho de la prohibir la importación de bienes culturales robados de museos, monumentos públicos o instituciones del país de origen quedando

⁴⁵ Decreto Ley N° 22680. “Aprueban la convención sobre protección de bienes culturales” de fecha 18 de septiembre de 1979.

excluido cualquier robo a personas naturales, jurídicas o incluso los robos producidos por excavaciones prohibidas, los que tristemente son los más comunes.

“b) No se aplica a los bienes robados a particulares o en lugares de propiedad privada. Las soluciones jurídicas sólo operan entre Estados; los particulares no tienen acceso a los procedimientos de la Convención” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009).

Igualmente señala el inciso i del artículo 7 de la convención que la prohibición de la importación de aquellos bienes culturales robados que se hayan producido después de la entrada en vigor de dicho texto, siempre en cuando se pruebe que los bienes formaban parte del inventario correspondiente; este hecho dificulta la devolución del bien pues como ya lo hemos expresado anteriormente, los bienes culturales no se encuentran inventariados en su totalidad y a pesar de que en el derecho nacional existe una presunción legal en el que se entiende que todo bien cultural es patrimonio cultural reconocido, no resultaría un argumento válido en el derecho internacional para lograr la restitución de las piezas (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2009, pág. 9).

Otro gran problema respecto a la aplicación de este convenio y cualquier otro instrumento legal internacional es que si bien es cierto la legislación en este caso trata de abordar un espacio más amplio para que pueda ser implementado por todos los estados miembros, cada estado debe acoger esta normativa para crear leyes propias relacionadas al tema, en este caso la protección del patrimonio y sanción del tráfico ilícito, siendo así que las normas varían de acuerdo al país y contexto en el que se desarrollan, lo cual genera dificultades al momento de cumplir con los requisitos de otros países para solicitar la cooperación internacional, para llevar a cabo la restitución de los bienes o para implementar las mismas sanciones penales.

Por ejemplo la decisión 588 de la Comunidad Andina de Naciones la que en su artículo 8 nos deja contemplar que cada estado establece los mecanismos para la recuperación y devolución de los bienes culturales que mejor se ajuste a su realidad, si bien es cierto deben tener en cuenta las leyes internacionales, los procedimientos no se encuentran unificados; esto significa que para los esfuerzos para recuperar bienes culturales peruanos varían de acuerdo al país donde se hayan encontrado, siendo además que las conductas ilícitas no son

las mismas, lo que dificulta el procesamiento de los presuntos autores (Comunidad Andina de Naciones, 2004)⁴⁶.

Sobre el particular también podemos citar la Convención de San Salvador que señala en su artículo 11 que las acciones para la recuperación y restitución de los bienes culturales se harán por la vía diplomática, acompañado con las pruebas que serán evaluadas por el estado requerido, siendo que si este estado requiere, según su legislación, activar la vía judicial se tendrá que realizar ante los autoridades correspondientes (Organización de los Estados Americanos, 1976)⁴⁷.

Es así que podemos citar el caso de Alemania, país que según su ley de aplicación de la Convención de Unesco de 1970 indica que para la restitución de un bien cultural se debe contar con los siguientes requisitos (Act Implementing the UNESCO Convention of November 14, 1970 on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property and Implementing Council Directive 93/7/EEC of March 15, 1993 on the Return of, 2007):

- Demostrar que las piezas se encuentran en el inventario de bienes culturales del país (al que se pueda acceder virtualmente desde Alemania) solicitante antes de su exportación, de acuerdo a lo indicado en la Convención de Unesco de 1970 y la información disponible mediante un catálogo online.
- Probar que los bienes ingresaron a Alemania después de abril de 2007, fecha de la ratificación de la convención de Unesco
- Presentar un informe de peritos especializados sobre la autenticidad y origen de las piezas, en idioma alemán.

⁴⁶ “A solicitud expresa de uno de los Países Miembros, los demás Países Miembros emplearán los medios legales a su alcance para recuperar y devolver, desde sus territorios, los bienes culturales y documentales que hubiesen sido saqueados, robados o extraídos ilícitamente del territorio del País Miembro requirente, o cuando se haya vencido el plazo de permanencia fuera del país otorgado por el País Miembro correspondiente. Las solicitudes de recuperación y devolución de bienes culturales de uno de los Países Miembros, previa acreditación de origen, autenticidad y de denuncia por las autoridades competentes, deberán ser formalizados por la vía diplomática, de lo cual se informará para objeto de registro a la Secretaría General de la Comunidad Andina”.

⁴⁷ “Si la legislación del Estado requerido exige acción judicial para la reivindicación de un bien cultural extranjero importado enajenado en forma ilícita, dicha acción judicial será promovida ante los tribunales respectivos por la autoridad competente del Estado requerido”.

- Documentación que identifique los objetos como robados, así como información sobre su filiación cultural y geográfica con el fin de sustentar su procedencia.

Como se puede observar para poder contar con la cooperación del gobierno alemán para la restitución de un bien cultural al estado afectado no solo debe probar la ilicitud de la comercialización del bien cultural que se reclama, es decir el momento y circunstancias en que dicho bien ingresó al territorio alemán, situación que es bastante difícil de confirmar, sino que también debe cumplirse con el requerimiento que establece que los bienes deben haber ingresado después del 2007 (año en que se ratificó la convención) pues caso contrario no se trataría de un acto ilícito por que la legislación alemana permitía la comercialización de bienes culturales antes de esta fecha, siendo así que la ley alemana protege al adquirente de buena fe y concede legitimidad a los titulares de bienes culturales ingresados a su país legítimamente después de la fecha.

De no poder aplicarse la Ley de Devolución de bienes culturales, cuando el proveedor de los objetos en una plataforma online o casa de subasta comprueba que los objetos ya se encontraban en la República Federal de Alemania antes de la fecha señalada, se tendría que ejercitar la reclamación de la propiedad por la vía judicial civil; sin embargo tal opción es pocas veces aceptada debido a los pocos casos judicializados en el que el Estado peruano es parte son los más prolongados, tomando hasta 10 años a más el recuperar un bien cultural por esta vía.

Similar es el caso de Francia en el que la comercialización de obras de arte pertenecientes a particulares, como es la gran mayoría de casos, es aplicable lógicamente el derecho civil francés el que, similar al nuestro, establece en su artículo 2268 que la buena fe se presume y le corresponde a quien alega lo contrario el demostrar la mala fe (Código Civil Fránces), es decir le correspondería al Estado peruano demostrar no solo la originalidad del bien sino también la propiedad sobre el, con pruebas como registros, inventarios o denuncias de robo, que como ya lo hemos visto no es un procedimiento que suceda comúnmente.

De igual manera, en el caso de bienes muebles, se establece en el artículo 2279 (Código Civil Fránces) que si se posee el bien en virtud de una pérdida o robo, el propietario original podrá reivindicarla en un plazo de tres años contabilizados desde el día de la pérdida u en

todo caso se podrá recuperar el bien desembolsando el precio que se pagó por el (Código Civil Francés)⁴⁸. Por lo que el estado francés no podrá obrar la paralización de una venta si es que el Perú no ha probado fehacientemente la propiedad sobre el bien cultural.

En lo que respecta a los Estados Unidos para que se pueda detener una venta de bienes culturales el procurador estadounidense necesita persuadir al juez federal para que exija a una casa de subasta su cooperación, por lo que el Estado peruano debe demostrar con pruebas plausibles que el bien fue extraído e ingresado ilícitamente a Estados Unidos, solamente así se logrará que el juez autorice un allanamiento y posible incautación de las piezas. En este país se tiene un gran sentido de respeto por la propiedad privada debido a que su Constitución mantiene grandes medidas para proteger y asegurar la libertad, en todos los sentidos, de la población estadounidense.

La cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege a los individuos de cualquier búsqueda e incautación no razonable que se vaya a hacer en contra de sus bienes, por lo que todo tipo de medida requiere una orden judicialmente autorizada y respaldada por una causa probable (Constitución de los Estados Unidos de América)⁴⁹.

Con el fin de que el gobierno de los Estados Unidos pueda imponer a una casa de subasta que provee los documentos de procedencia de cualquier objeto, se debe probar la existencia de una violación a la ley de ese país, por tal motivo los informes técnicos proporcionados por el Ministerio de Cultura en los que expone que los objetos subastados son parte del patrimonio cultural, no son suficientes para convencer a un juez estadounidense. Se necesita de evidencia específica como un registro o inventario, denuncia de robo en nuestro país o alerta de robo en Interpol y en el caso de material saqueado en el no es posible la existencia de una denuncia de robo o inventario, se requiere de evidencia concreta para demostrar que

⁴⁸ Artículo 2280: “Si el poseedor actual de la cosa perdida o sustraída la hubiese adquirido en una feria o en un mercado o en venta pública, o de un comerciante dedicado al tráfico de objetos análogos, no podrá el propietario original obtener la restitución sin reembolsar al poseedor el precio dado por ella.

El arrendador que reivindique en virtud del artículo 2102 los muebles desplazados sin su consentimiento y que han sido comprados en las mismas condiciones, debe reembolsar igualmente al comprador el precio dado por ellos”.

⁴⁹ Enmienda IV: “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

el bien fue ingresado ilícitamente después de la entrada en vigencia de la ley de propiedad cultura que rige en cada estado o del Memorándum de entendimiento en esta materia entre el Perú y los Estados Unidos vigente desde 1997 en que se busca unificar fuerzas para detener el tráfico ilícito de bienes culturales entre ambos países.

La única excepción a esta regla es cuando se produce la incautación de bienes culturales al momento del ingreso de estos a los Estados Unidos en el que el personal aduanero puede solicitar al importador presentar documentación sobre la obtención de estos bienes. Si es que los bienes cruzasen las fronteras de ese país, la carga de la prueba recae en las autoridades estadounidenses quienes deben demostrar a través de indicios suficientes que los objetos han ingresado ilegalmente, claramente violentando las normas, para esto debe colaborar con el estado peruano quien debe proporcionar información razonable, sin embargo en la gran mayoría de casos no sucede así por lo que la vía penal se agotaría y se tendría que recurrir a la civil pero como ya lo mencionamos anteriormente esto implica grandes necesidades que muchas veces no pueden ser llevadas a cabo por nuestro estado.

En cambio a nivel latinoamericano, las exigencias son menos exigentes pues países como Ecuador, Colombia y México solicitan el cumplimiento de requerimientos menos engorrosos, cumpliendo con lo dispuesto en la Convención.

Por otro lado hay que tener en cuenta que para invocar este convenio y así hacer uso del mismo en situaciones de restitución, de aplicación de este convenio en procesos judiciales o de protección contra el tráfico de bienes culturales, se debe considerar complementariamente las recomendaciones de la UNESCO, el manual para la implementación del convenio de 1970, las medidas jurídicas y practicas contra el tráfico ilícito de bienes culturales y demás instrumentos legales. Estos documentos establecen paso a paso las medidas a seguir, si bien es cierto no es de obligatoria observancia, deben ser tomadas en cuenta; entre ellas podemos citar:

- Decretar leyes relativas a la protección del patrimonio cultural, a establecer medidas de sanción administrativa y penal dirigidos a quienes no cumplan con las mismas, establecer procedimientos para la incautación, solicitud de devolución y restitución de los bienes culturales.

- Consolidar los mecanismos de cooperación internacional entre Estados, así como entre entidades públicas y privadas encargadas de salvaguardar el patrimonio cultural y reforzar la cooperación para asistencia judicial recíproca.
- Elaborar y mantener inventarios sistematizados de los bienes culturales, haciendo uso asimismo del Object ID, de las listas ICOM e INTERPOL.
- Exigir el certificado de exportación de bienes culturales para toda transacción de bienes culturales a nivel internacional.
- Capacitar y sensibilizar a la población sobre la importancia de la protección de los bienes culturales y la difusión de todo acto ilícito que menoscabe el patrimonio.

Los estados miembros o incluso los que no forman parte de este Convenio, podrán recurrir a la asistencia del Comité Intergubernamental de la UNESCO para agilizar o facilitar los procedimientos de cooperación multilateral para la restitución de los bienes culturales al estado de origen (UNESCO, 2015). Este comité fue creado en 1978 y es un órgano adjunto de la Conferencia General de la UNESCO.

Hay que tener en cuenta que para solicitar el apoyo de esta institución se debe utilizar el formulario estándar para reclamos de devolución y restitución (elaborado en 1981) que ayuda a identificar el objeto y la propiedad de la misma que permite establecer las bases para la negociación como último recurso cuando la cooperación o negociaciones previas han fallado.

En el formulario se solicita información documentada del objeto, la legislación que ampara su protección tanto a nivel nacional como internacional, así como las regulaciones para sancionar el tráfico ilícito del patrimonio cultural, sugerencias y observaciones. Algunos requerimientos, como las circunstancias en las que el objeto desapareció del país, documentación, fecha de adquisición, entre otros (UNESCO), son complejos de comprobar pues muchas veces se tratan de bienes culturales ocultos en sitios arqueológicos de los que no se tenía conocimiento, pocos de estos bienes son robados de museos o colecciones privadas, por lo que no se cuenta con detalles exactos sobre su desaparición.

2.10.2. Convenio de Unidroit de 1995

Unidroit es el Instituto Internacional para la Unificación del derecho privado (International Institute for the Unification of Private Law), se trata de una organización independiente cuya sede se encuentra en Villa Aldobrandini en Roma; esta institución tiene como propósito principal el estudio y unificación internacional del derecho comercial internacional entre estados.

Siendo que Unidroit busca la unificación del derecho comercial, la Unesco solicitó la cooperación de esta entidad para implementar y regular de manera más dinámica el Convenio de 1970, es así que nace el Convenio de Unidroit de 1995 que organiza el tratamiento para la restitución y devolución de bienes culturales robado o ilícitamente exportados, señalando el procedimiento para interponer demandas y lograr el objetivo de obtener el bien cultural en cuestión.

Cabe señalar que la convención, llevada a cabo en Paris en 1995, fue producto de la iniciativa de Unesco, quien inicialmente respaldó a Unidroit para la elaboración de dos estudios de los cuales nació una propuesta para elaborar una texto legal que rijan a nivel internacional el tema de adquisición de bienes culturales muebles y posteriormente en reuniones realizadas en 1988, 1989 y 1990 se elaboró el anteproyecto del convenio antes citado (UNIDROIT, 1995, pág. 2).

Este convenio surgió para corregir las ambigüedades de la Convención de Unesco y para asegurar que se asumieran las responsabilidades de los comerciantes y coleccionistas que sean propietarios de bienes culturales de origen ilícito. Sobre el particular podemos citar el proyecto de la Convención la cual señala la naturaleza de dicho texto legal, que sugiere justamente la necesidad de implementar una nueva normativa legal internacional para suplir lo dictaminado por la Convención de 1970 (UNIDROIT, 1995)⁵⁰.

⁵⁰ “i) la Convención de 1970 planteó pero no resolvió una serie de problemas importantes de derecho privado (como los efectos de las disposiciones legislativas nacionales existentes con respecto a la protección del comprador de buena fe) para los cuales se puede argumentar que la UNESCO, en rigor, no tiene mandato. Para que la Convención fuera plenamente eficaz era preciso que los aspectos relativos al derecho privado en los sistemas nacionales (no ~610 las disposiciones relativas a las precauciones que debería tomar un comprador de bienes culturales para ser considerado de buena fe, sino también cuestiones como los plazos para presentar

El Perú suscribió este convenio el 28 de junio de 1996 y ratificó el mismo el 01 septiembre de 1998, mediante el Decreto Supremo N° 027-97-RE; se acoge así a lo dispuesto en el Convenio, las principales características de este texto son:

- El convenio se aplica para los casos de restitución de bienes culturales robados y la devolución de bienes culturales retirados ilegalmente del país de origen, haciendo una distinción entre ambos. Se hablará de una restitución cuando un Estado solicita a otro, mediante una “demanda de restitución”, el retorno de un bien cultural que debe ser considerado de gran importancia para la cultura de ese estado y se tratará de devolución cuando interviene la autoridad judicial correspondiente a quien se le solicita la devolución del bien, cumpliendo con determinadas exigencias.
- En el artículo 2 el convenio define brevemente que entendemos por bienes culturales, curiosamente señala que existen categorías para la identificar estos objetos, siendo una de ellas “antigüedades u objetos que tengan más de 100 años” (UNIDROIT, 1995), por el mismo se puede entender que si existiesen bienes culturales relativamente contemporáneos a nuestra época podrían no ser considerados, bajo este convenio, como bienes culturales merecedores de protección.

Resulta importante señalar que sin importar el tiempo que tenga el objeto, bajo nuestra legislación, si reviste de las características mencionadas anteriormente en el presente trabajo debe ser considerado como patrimonio cultural de la nación.

- Según el artículo 3 inciso 1, el poseedor del bien cultural que ha sido robado ya sea por una excavación lícita o ilícita, debe devolver el mismo. Le corresponde al Estado solicitante el probar que el objeto le pertenece, para invocar la restitución del mismo bajo el amparo del inciso 2 (Pernille & Etienne, 1999, pág. 52)⁵¹ del artículo mencionado.

demandas y excepciones por razones de “política pública” en el sistema jurídico nacional) incumbieran a un organismo internacional competente en materia de derecho privado;”

⁵¹ “El convenio establece que el poseedor del objeto cultural robado debe devolverlo independientemente de involucramiento personal o conocimiento del robo original”.

- Se establecen plazos para interponer las demandas, siendo que para dicho procedimiento se cuenta con un plazo máximo de setenta y cinco años y tres años desde que se tuvo conocimiento del lugar donde se encontraba el bien y la identidad del poseedor.
- El artículo 4 inciso 1 indica que el poseedor del bien cultural robado, quien debe devolver el bien, podrá solicitar una indemnización a condición de que se demuestre que no conocía el origen ilícito del bien y que habría actuado con diligencia para lograr saber la información básica sobre dicho bien. Podemos decir que este artículo, en el caso peruano, genera grandes obstáculos debido a que la gran mayoría de objetos culturales no se encuentran reconocidos como parte del patrimonio cultural por lo que el poseedor generalmente se escuda en la figura de la buena fe para justificar el desconocimiento sobre la originalidad del bien; incluso si es que el bien estuviese registrado como parte del patrimonio cultural para que el poseedor pueda tener conocimiento básico sobre el mismo debe solicitar la información correspondiente al Ministerio de Cultura pues dicha data no se encuentra disponible con una simple búsqueda y la presunción legal que existe no es válida por si misma sino que, como hemos visto anteriormente, debe ser confirmada por la autoridad competente.

Generalmente sucede que el comprador justifica la compra de los bienes indicando que creyó comprar una réplica de un bien cultural o creyó que se trataba de un bien cultural original pero sin saber que dicho objeto era considerado parte del inventario nacional como patrimonio cultural o que según la información que es otorgada por las casas de subastas se supuso que el bien habría sido obtenido de manera lícita por compras realizadas hace muchos años, por herencia, entre otros en los que por tales circunstancias no se cuenta con un certificado de exportación mencionado tanto en esta convención como en la de Unesco de 1970.

Sobre el particular, basta visitar la página de subastas de la famosa Casa Christie's en donde se puede visualizar bienes culturales de diferentes culturas siendo subastadas a grandes sumas de dinero sin mayor información sobre su historia, en muchos casos mencionan que el bien forma parte de una colección privada o que fue propiedad anteriormente de numerosas personas sin mayores detalles, que fue

adquirida hace muchos años a título gratuito o simplemente no especifican y debido a que se trata de una casa de subastas de gran renombre, los compradores confían en la información brindada, sin poder obtener mayores detalles de la misma pues la empresa se reserva el derecho de brindar información sobre de la identidad del vendedor o la manera en la que fue adquirido el bien, es aquí que a pesar que la Convención de Unesco establece que los anticuarios deben tener una lista detallada de los vendedores y compradores de bienes culturales, muchas veces no puede lograrse pues en este caso se trata de meras plataformas digitales intermediarias que no solicitan o cuentan con el historial del bien o del sujeto quien las vende.

Por ejemplo, podemos citar la página “Mercado Libre” en donde también se venden bienes culturales y así como las casas de subastas, estos son meros intermediarios que solamente ofrecen una plataforma digital de negocios, donde compradores y vendedores pueden comercializar sus productos por que estos sujetos no son productores, fabricantes, importadores, distribuidores, proveedores o vendedores de ninguno de los bienes que ofertan, por lo que ellos no podrían ser categorizados como sujetos activos pues su conducta no se ajusta a la realidad.

Es así que los compradores se acogen a la figura de la buena fe para justificar la obtención de un bien cultural sin que puedan mediar más pruebas al contrario, lo que podría desencadenar en la utilización del artículo mencionado y lograr incluso desembolsar una indemnización al poseedor cuando en realidad no debería ocurrir esta situación.

- Sobre lo mencionado el inciso 4 de dicho artículo indica que se entenderá por diligencia debida cuando el poseedor haya tenido en cuenta la calidad de las partes, el precio pagado, si se realizó la consulta respectiva sobre los registros de los bienes culturales si esta información y documentación podía ser obtenida razonablemente, consulta a los que podía tener acceso o cualquier acción que pudo haber realizado. Hay que tener en cuenta que concepto tenemos de buena fe, para Gastón Fernández el principio de buena fe refiere “no propiamente el análisis de la labor del agente que realiza el trabajo hermenéutico de la interpretación, sino al análisis de la actuación de las partes que han realizado el negocio; esto es, a la

determinación de si éstas han actuado correctamente, en donde la buena fe interesa como regla de conducta” (Fernández Cruz, 2013, pág. 11)

En este caso estamos ante la denominada buena fe objetiva que comprende aquellas reglas de conducta que exige la ley para considerar que se actuó correctamente ante una situación jurídica, Martha Neme Villareal indica que “la buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan de permanentemente de su profuso carácter normativo” (Neme Villareal, 2009).

Por lo que este artículo está limitado a la información que haya podido obtener el poseedor, siendo que si la información que tuviese el poseedor fuese la mínima y que por las razones externas este no pudo obtener mayores datos, esta sería prueba suficiente para demostrar la intención de buena fe del poseedor.

- En el artículo 5 contamos con los lineamientos respecto a la devolución del bien, en la que participa la autoridad judicial del estado contratante en la que solicita el bien que fue exportado ilícitamente y para que se produzca la devolución del bien se tiene que demostrar que la exportación que se produjo causó gran daño a los intereses del estado quien se ve afectado culturalmente por el retiro ilícito de bien, como lo enumera el inciso tercero de dicho artículo.
- En el artículo 6 se menciona una alternativa diferente a la indemnización si es que se logra demostrar la buena fe del poseedor, entre ellas tenemos que el poseedor siga siendo propietario del bien u otorgar la propiedad del bien a una persona que elija. Hay que tener en cuenta que la carga de la prueba la lleva directamente el poseedor del bien cultural presuntamente robado.
- El artículo 8 y 9 del convenio establece que las demandas para la restitución o devolución de los bienes culturales se deberán presentar ante los tribunales del estado en donde se encuentre el bien y por lo tanto ceñirse las normas de ese país, adicionalmente se podrá aplicar cualquier norma que sea favorable para lograr la restitución del bien más allá de la Convención.
- Igualmente como se indicaba la convención de Unesco, esta convención, según el artículo 10, indica que aplicará tal norma legal cuando el robo se haya producido

después de la entrada en vigor en el estado en el que demanda el bien o cuando el bien se encuentre en el estado después de la entrada en vigor del convenio. Por lo que si se llegase a comprobar que el bien fue extraído o robado antes de la entrada en vigencia de la convención en otro país, no cabría la utilización de dicho instrumento legal sino que se tendría que solicitar por medio judicial la restitución el bien.

TRATAMIENTO PENAL DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PERÚ

Como he explicado y según las experiencias de primera mano, sabemos que el Perú es uno de los países con mayor riqueza cultural y arqueológica, es así que la depredación de los monumentos arqueológicos que conllevan a daños irreparables, lo que no solamente dañan la estructura y ambiente del lugar sino también de perjudican la identidad e historia nacional.

Lo mismo sucede respecto a los bienes culturales muebles que son comercializados indiscriminadamente en el territorio nacional como en el extranjero.

Los actos descritos son esencialmente los delitos comprendidos en el código penal peruano, los relacionados con la depredación de sitios arqueológicos y el tráfico ilícito de bienes culturales, reconocidos igualmente por la Constitución en su artículo 21.

Nos enfocaremos en el estudio de los delitos correspondientes a los bienes muebles.

2.11. TIPOS PENALES

Los tipos penales que nos atañen son esencialmente los artículos 228⁵² y 230⁵³ del código penal, los que tienen en común la extracción de bienes culturales con fines de comercialización es decir económicos.

⁵² Artículo 228 del Código Penal: “El que destruye, altera, extrae del país o comercializa bienes del patrimonio cultural prehispánico o no los retorna de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. En el caso que el agente sea un funcionario o servidor público con deberes de custodia de los bienes, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años”

⁵³ Artículo 230 del Código Penal: El que destruye, altera, extrae del país o comercializa, sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o no los retorna al país de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a ciento ochenta días-multa”

Las piezas culturales son extraídas de los sitios arqueológicos con el fin de comercializarlos, este hecho, generalmente conocido como “huaquear”, es realizado en su gran mayoría por naturales de la zona ya sea para venderlos o por encargo de personas en el extranjero, quienes saben el valor de la pieza y solicitan a alguien en nuestro país que lo retire.

El “huaquero” es conocido como aquella persona que saquea sitios arqueológicos, muchas veces destruyéndolos, para retirar bienes culturales y posteriormente comercializarlos (Ferrero, 2001, pág. 11)⁵⁴.

Sin embargo también se le puede atribuir un significado lícito pues los arqueólogos necesitan muchas veces del conocimiento de los huaqueros para poder identificar en donde están ubicados los bienes, tal como se utilizaron en excavaciones científicas en el pasado.

La diferencia radica en que el arqueólogo es un profesional que no busca el beneficio económico propio sino que busca comprender de mejor manera las culturas antiguas, rescatar los bienes culturales para el estudio de los mismos y así tener una mejor idea de la forma en la que los antiguos habitantes vivían el día a día (Lumbreras, 2005, pág. 92)⁵⁵

Son a estas personas a las que el código penal califica como sujetos activos o agentes del delito.

2.11.1. Extracción ilegal de bienes culturales

Debemos realizar un estudio de los elementos del delito para comprender si los casos que hemos visto se adecuan a los tipos penales. Dichos elementos se comprenden por la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, siendo que todos ellos se encuentran conectados, por tal razón entendemos que si un delito no es típico como consecuencia tampoco podrá ser antijurídico o culpable. Este tipo penal está regulado por el artículo 228 del CP en el que se

⁵⁴ “Por ello, mientras haya posibilidad de encontrar joyas de oro o de jade, habrá huaqueros. Y estos harán lo que no es lícito. (...) El huaquerismo es destructor. El lucro anima a buscar piezas deslumbrantes que se puedan vender por altas sumas de dinero. Poco le importa al huaquero destruir pruebas documentales, por ejemplo, semillas fosilizadas, resto de fogones, estructuras habitacionales, artefactos de escasa belleza, etc. Para él, no tienen ningún valor comercial”.

⁵⁵ “La necesidad que tenemos los arqueólogos de acudir a procedimientos de excavación para investigar ha hecho pensar a muchas personas, e incluso a los mismos arqueólogos, que la excavación arqueológica tiene como supremo fin recuperar objetos arqueológicos. De ese modo, la diferencia entre un arqueólogo y un cazador de tesoros o huaquero no existe”.

sanciona específicamente la extracción y comercialización de bienes culturales muebles, los cuales son los casos que se presentan en mayor cantidad a los delitos referidos a los bienes inmuebles.

Este tipo de delito genera gran depredación en el ambiente arqueológico pues para retirar los bienes culturales se tiene que realizar excavaciones, las mismas que son hechas por personas comunes y no por profesionales, en el proceso se destruye gran material arqueológico la que constituye asimismo una pérdida cultural y económica.

Como ejemplo podemos citar la depredación ocurrida en el sitio arqueológico del cerro Las Ánimas en Lambayeque, en el que un grupo de huaqueros saqueo este asentamiento humano en búsqueda de arte propio de la cultura, este hecho generó la pérdida de bienes culturales y destrucción del complejo (RPP Noticias, 2016).

Para el estudio de este tipo penal, ampliaremos respecto a la tipificación e imputación objetiva y subjetiva.

- **Acción:** En primer lugar debemos hablar de la acción, esta es aquel acto o conducta voluntaria que se exterioriza y vulnera una norma imperativa que prohíbe tales hechos; esta conducta debe cumplir con ser voluntaria, debe tener un resultado negativo es decir debe infringir la ley y debe exteriorizarse pues de contrario estaríamos tratando con un hecho en grado de tentativa.
 - Como elemento objetivo o de la modalidad típica tenemos los diferentes tipos penales que presentan las características que deben cumplirse en el exterior para poder adecuar los hechos a lo regulado, en el caso del presente artículo el verbo rector “destruir” implica inutilizar un objeto cultural al ocasionarle un grave daño a su estructura o reducirlo a pedazos, a pesar de que este verbo se encuentre mayormente ligado a la destrucción de bienes culturales inmuebles, también se puede hablar de destrucción de un bien cultural mueble. Podemos distinguir una figura total o parcial cuando hablamos de destrucción, dependiendo del grado de alteración se podrá hablar de un delito

contra el patrimonio cultural o de un daño al patrimonio bajo otro tipo penal (Tuero Ochoa, 2013, pág. 132)⁵⁶.

- Respecto al verbo “alteración” este significa el cambio negativo en la forma del bien cultural, puede tratarse de cualquier tipo de perturbación o cambio, la misma que puede ser total o parcial pues la norma no establece limitaciones o acepciones a lo que se debe entender por alteración, sin embargo se concuerda que debe existir una verdadera modificación a la estructura del bien cultural.

Para la tesista Karelin Tuero se podrá admitir la tentativa acabada cuando el agente realiza acciones para alterar la estructura del bien sin embargo no logra tal resultado o inacabada cuando el agente solo realizada parte de la acción que se necesitaba para lograr tales fines (Tuero Ochoa, 2013, pág. 136).

- Tenemos también el verbo “extracción” que refiere a retirar o sacar un objeto de su lugar de origen, en el caso de bienes culturales la ley de protección al patrimonio prohíbe la salida del país de cualquier bien integrante del patrimonio, excepcionalmente podrá retirarse el bien cuando así lo autoriza el Ministerio de Cultura (antiguo INC) solo para determinados fines como la de exhibición científica, artística, culturales, para estudios especializados, restauración y por viajes diplomáticos⁵⁷.

En el estudio del código penal entendemos que esta extracción puede ser realizada utilizando cualquier medio de transporte; sin embargo, para que se configure tal delito el bien debe ingresar a un país extranjero y con fines de comercialización, es de decir que prime el beneficio económico por tal hecho, caso contrario cabría la figura de tentativa (Peña, 2014, pág. 228).

⁵⁶ “De manera que el agente consuma el ilícito cuando inutiliza o arruina un bien cultural perteneciente a la colonia o a la república, la destrucción puede ser parcial o total (...) Recordando que se sancionará como destrucción si hay menoscabo físico total del bien o una afectación que inutilice la función social del bien, en caso de que no sea así y la afectación será mínima, se reprimirá como daño u alteración”.

⁵⁷ Artículo 34 de la Ley N° 28296: “En caso excepcional se puede autorizar la salida de los bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación mediante resolución suprema, la que procede en los siguientes casos:

- a) Por motivos de exhibición con fines científicos, artísticos y culturales.
- b) Estudios especializados que no puedan ser realizados en el país.
- c) Restauración que no pueda realizarse en el país.
- d) Por viajes de Jefes de Misión, Cónsules o Diplomáticos acreditados, por el plazo que dure su permanencia en el exterior”

Si es que el bien se extrajese sin la autorización, sin contar con el aspecto económico, estaremos hablando de una infracción administrativa que se encuentra recogida en el reglamento general del procedimiento administrativo sancionar por infracciones contra bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación⁵⁸.

- Respecto al verbo “comercializar” significa la venta o intercambio monetario de un objeto por dinero, lo significativo es que el sujeto debe primero ofertar el bien a los posibles compradores para luego completar la acción con la venta, se podrá reconocer así como tráfico ilícito; como hemos señalado anteriormente según Peña Cabrera establece que el comercializador del bien sería considerado como sujeto activo más no el comprador, sin embargo el comportamiento de este último podría adecuarse al delito de recepción indicado en el 194 del Código penal (Peña, 2014, pág. 226).

En estos casos es muy común que el bien pase por múltiples propietarios, es por eso que tenemos sujetos como el comercializador, intermediarios y poseedores finales.

- Finalmente tenemos “no retorno de los bienes culturales” que implica que el sujeto contaba con la autorización correspondiente, sin embargo no devolvió el bien en el tiempo establecido, que según la ley no debe ser mayor al plazo de un año y prorrogable por igual de periodo. Se configura el delito desde el momento en el que el sujeto no devuelve el bien.

- **Tipicidad:** Podemos entender por tipicidad como la operación mediante la cual un hecho que se ha producido en la realidad es adecuado o encuadrado dentro del supuesto de hecho que describe la Ley penal, concuerda la doctrina que se denomina juicio de tipicidad al estudio o verificación de los hechos para así confirmar si se adecua al tipo penal (Peña Gonzales & Almanza Altamirano, 2010, pág. 142)⁵⁹.

⁵⁸ Artículo 3 del Reglamento de sanciones administrativas por infracciones en contra el patrimonio: “Cuando el tenedor y/o propietario de un bien integrante del patrimonio cultural de la Nación cuya salida se intente sin autorización o certificación que descarte su condición como tal”

⁵⁹ “La tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación de denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete,

- Como parte del estudio de la tipicidad tenemos que tomar en cuenta primeramente el bien jurídico u objeto de protección de la ley penal, en este caso el bien jurídico está representado por los bienes culturales pertenecientes al patrimonio cultural que son la manifestación física de la historia y cultura nacional y cuya importancia radica en que dichos elementos refuerzan la identidad nacional más allá del valor monetario (Tuero Ochoa, 2013, pág. 95)⁶⁰ pues estos bienes tienen la característica ser invaluable, imprescriptibles, inembargables e inalienables. Por esta razón si es que se dañase un bien cultural, lo que se perjudica más allá del bien es el acceso a la cultura.

Ahora bien, como ya hemos visto los bienes culturales pueden ser cualquier naturaleza ya sea inmuebles o muebles y comprenden una vasta gama de objetos desde huacos hasta lienzos, piezas metalúrgicas, de naturaleza ósea, entre otros.

- Respecto a los sujetos del delito tenemos como sujeto activo a aquella persona que infringe la ley penal, en este caso los sujetos activos o agentes del delito pueden ser cualquier persona que comete la infracción delictiva. También puede tratarse de un funcionario público, para lo que aplicaría la agravante estipulada el segundo párrafo del artículo 228 del código penal. Sobre el sujeto pasivo, podemos decir que es aquella persona perjudicada por el daño del bien jurídico; en este caso Estado comprendido por la nación peruana, el mismo que está representado por el Procurador Público del Ministerio de Cultura.

- **Tipo subjetivo:** Este delito como todos los que están regulados en este capítulo son netamente dolosos, es decir que el sujeto activo tiene conocimiento que las acciones que realizó son consideradas ilegales. En este caso el agente debe tener previo

tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal”.

⁶⁰ “Posteriormente, la ley penal recoge estas ideas, y señala que se tutela el valor cultural de los bienes prehispánicos y posthispánicos, en merito a la extraordinaria importancia de orden: histórico, arqueológico, artístico, científico, cívico o turístico, etc., que tiene el patrimonio cultural nacional”.

conocimiento del valor cultural y económico del bien que está retirando del monumento arqueológico, siendo que basta que el conocimiento sea mínimo para poder imputarle el delito, sin embargo muchas veces el agente puede argumentar que no tenía conocimiento que el bien era parte del patrimonio cultural pues no estaba reconocido como tal por la autoridad competente, por este motivo se tendrá que evaluarse más extensivamente los hechos en los que se desarrollaron los actos para poder determinar que mínimamente el sujeto pudo percibir que el bien retirado era de perteneciente al patrimonio cultural de la nación (Tuero Ochoa, 2013, pág. 150)⁶¹. Sin embargo puede ocurrir lo que se denomina como error de tipo, en el que el sujeto activo no tiene conocimiento del valor cultural del bien, esto sucede cuando el sujeto compra un objeto pensando que era una réplica sin saber que era en realidad un bien integrante del patrimonio, es así que se produce el error pues no coincide el conocimiento del sujeto con la realidad y lo establecido por el código penal. Si bien es cierto no se le podría imputar el delito específico contra el patrimonio cultural, se podría establecer el delito de recepción (articulado en el artículo 194 del CP) en la modalidad de doloso si es que el sujeto demuestra que no tenía ningún conocimiento sobre la originalidad del bien, de igual manera podría no tratarse de un delito pues no estaría presente uno de los elementos principales del delito.

2.11.2. Destrucción, alteración o extracción de bienes culturales

La redacción de este tipo penal es bastante similar al artículo mencionado anteriormente, sin embargo la diferencia radica en la protección de la época de los bienes culturales, en este caso estamos ante la protección de aquel patrimonio distinto de la época prehispánica es decir aquellos que datan de la época virreinal, republicana y contemporánea.

⁶¹ “Sin embargo, la percepción sensorial no es el medio idóneo y suficiente para imputar el dolo al autor; porque, sobre todo para el juez no es fácil constatar este tipo de conocimiento y peor aún la existencia de aspectos típicos relevantes de la comisión del hecho delictivo; de manera que sólo queda recurrir al criterio normativo y buscar datos objetivos como el desempeño de roles del autor desde su rol general de ciudadano, la determinación de lo que el autor conoció y puede conocer sensorialmente —las capacidades normales de percepción que hacen del sujeto una persona responsable—, las circunstancias personales y otros, que permitan acreditar la existencia previa de un conocimiento mínimo de la condición especial de patrimonio cultural del bien lesionado”.

Algo significativo de resaltar de este artículo es que menciona que los bienes culturales deben ser “previamente declarados” como parte del patrimonio cultural, aquí podemos observar que la ley si hace una distinción entre ambas acepciones, siendo que el patrimonio cultural posee un rango de mayor protección se califica de manera distinta de un bien cultural pues para ser reconocido como tal merece la evaluación de la autoridad es decir del Ministerio de Cultura.

Y aunque existe la presunción legal establecida por la ley de protección al patrimonio cultural, sigue siendo de vital importancia la declaración correspondiente por que como ya hemos estudiado no todo bien cultural puede estar revestido de esta especial protección, se tiene que cumplir con determinados estándares que trasciendan al bien mismo, del cual podamos hablar de un valor cultural capaz de generar en la población el sentido de unidad cultural como nación, no cualquier bien puede como patrimonio. Por tal razón el CP indica explícitamente esta condición.

Sin embargo debemos señalar que el hacer una distinción entre los artículos referente a la protección de los bienes culturales por la época en la que provienen, es irrelevante pues ambos tipos penales poseen los mismos verbos rectores por lo que la acción típica que se requiere para desplegar la investigación penal es la misma; asimismo podemos agregar que la distinción en la pena debería ser tratada de otro modo pues en el artículo 228 se habla de una pena de no menor de tres ni mayor de ocho años cuando se trata de bienes culturales correspondientes a la época prehispánica y en el artículo 230 se estipula una pena no menor de dos ni mayor de cinco años para bienes culturales distintos de la época prehispánica, lo que llama a inferir que los bienes culturales prehispánicos tendrían más valor que los demás y por lo tanto merecen un castigo mayor para quienes retiran dichos objetos del país. Es así que nos debemos preguntar ¿Por qué los daños a aquellos bienes culturales prehispánicos merecen una pena mayor de aquellos que no corresponden a esta época? ¿Acaso la diferencia en la época es merecedora de un tratamiento diferente?

La redacción del código penal respecto a estos dos tipos penales evidencia un trato diferenciado cuando se trata de los bienes culturales, dándole mayor importancia a los bienes culturales prehispánicos, siendo que la pena privativa de la libertad correspondiente para el delito de extracción ilegal de bienes culturales distintos de la época prehispánica es mucho menor que los que se encuentran acogidos por este periodo cultural.

Esta diferenciación radica en que la Ley especial (Ley N° 28296) contiene muchas incongruencias respecto al tratamiento del bien cultural, pues respecto a los bienes muebles indica en el artículo 3 que la propiedad sobre los bienes culturales puede ser propiedad pública o privada y posteriormente, cambiando la posición inicial, mediante artículo 5 precisa que los bienes culturales integrantes del Patrimonio cultural de la nación no descubiertos, son de propiedad exclusiva del Estado; siendo que, la gran mayoría de los bienes culturales prehispánicos se encuentran aún por descubrir, el código penal separa ambas épocas, dándole mayor importancia a tales bienes por ser, según el artículo mencionado anteriormente, propiedad exclusiva del Estado.

De igual manera el artículo 66 del Reglamento de la Ley N° 28296 indica que las obras artísticas producidas en el Perú desde la segunda década del siglo XX, tienen la condición de bienes culturales, si llegasen a cumplir con lo estipulado en el artículo II y III del título preliminar; sin embargo, de por sí no se considera como bienes culturales. Es aquí donde se puede observar que la norma, claramente, crea diferencia entre los periodos culturales otorgándole mayor importancia a determinados bienes sobre otros, cuando en realidad el tratamiento debería ser integrado.

Los verbos rectores son los mismos en ambos tipos penales sin embargo la variación en las penas se debe al valor que se le otorga, equivocadamente, a los bienes culturales derivados de sus tratamiento en la ley especial, pues esta ley no establece diferencias entre bienes culturales y patrimonio cultural (entendiéndolo como lo mismo), permite la propiedad privada de bienes culturales, permite la salida de bienes culturales, entre otros.

Creemos que todos los bienes culturales sean de cualquier época deben tener una misma protección pues todas ellas tienen una característica en común, la que es ser parte del patrimonio cultural de la nación por su importancia y valor histórico y cultural para el país, por lo que la pena debería ser la misma.

Igualmente debemos mencionar que la presunción legal y la declaración requerida es algo que debe cambiar debido a que tal presunción a pesar de ser conveniente para determinados escenarios como en materia penal (para presumir que el presunto sujeto activo debió haber tenido al menos la mínima idea que el bien cultural era parte del patrimonio cultural), no puede esperarse que todo objeto posea esta importancia inherentemente, de igual genera problemas al momento de solicitar la recuperación del bien pues esta presunción no es un

medio adecuado para sustentar nuestros pedidos y así mismo porque genera que el Ministerio de Cultura no desarrolle completamente sus funciones de investigación e inventariado de los objetos pues parten de la premisa de que no es necesario pues ya existe esta presunción y la declaración es tomada como un mero formalismo, cuando en realidad no debería ser considerado así, pues como lo hemos visto es la única manera de identificar la existencia del bien y el conocimiento de las autoridades de su importancia, lo cual ayudaría grandemente a establecer la manera y la fecha en la que se pudo haber retirado el bien del país, siendo esto un requisito de gran importancia no solo para la investigación a nivel nacional sino para solicitar el apoyo necesario ante autoridades judiciales⁶² u organizaciones internacionales como la Unesco.

Se debe optar por una de estas formas, o se continua asumiendo la presunción o la declaración de convierte en requisito indispensable, sin embargo no pueden seguir coexistiendo ambos términos en las leyes.

- **Tipicidad:** Respecto a estudio de la tipicidad objetiva de este delito, debemos recalcar que las acciones típicas son las mismas que en el artículo anterior, es decir los verbos “destruir”, “alterar”, “extraer”, “comercialización” y “no retorno”, asimismo las condiciones para que se pueda hablar de la comisión del delito.
 - El bien jurídico protegido es aquel conjunto de bienes culturales que se encuentran comprendidos en las épocas posteriores a la prehispánica, es decir colonial, republicana y contemporánea. Distinguiendo que estos bienes deben poseer una característica específica de ser de importancia en el acervo patrimonial.
 - Los sujetos activos pueden tratarse de cualquier persona pues la norma penal no exige ninguna condición adicional.

⁶² Como indica Karelin Tuero, los bienes integrantes de patrimonio están constituidos por un elemento normativo (elementos del tipo) no solamente se puede establecer un carácter valorativo para determinar su existencia pues es necesario un juicio de valor elaborado por el juez en el que recurrirá de lo normado en la Ley de patrimonio cultural, reglamento, la ley penal, Constitución, entre otras. Como parte de este juicio de valor, el juez estudiara los requisitos, límites y características para considerar un bien cultural como parte del patrimonio y tal formalidad está separada por la declaración que debe ser realizada por la autoridad competente mediante resolución directoral.

Respecto al sujeto pasivo se trata del Estado como titular de los bienes culturales en este caso comprendidos en las épocas distintas a la prehispanica. Aunque de igual manera puede tratarse de personas particulares si está demostrada su propiedad.

- **Tipo subjetivo:** El comportamiento es doloso, por lo que podemos entender que el sujeto activo a sabiendas que se encuentra prohibido alterar, destruir o retirar bienes culturales de época colonial, republicana o contemporánea de su sitio de origen, de igual manera realiza el hecho delictivo.

También cabría el error de tipo en este delito cuando el sujeto no haya tenido conocimiento de las condiciones y asimismo que no se cuente con la declaración correspondiente, generaría un error de tipo vencible el que se transformaría en culpa.

2.12. DOCTRINA COMPARADA SOBRE EL TRATAMIENTO DEL DELITO CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL

Respecto al régimen y tratamiento de penal de los delitos contra el patrimonio cultural podemos citar la legislación española; en su caso, al igual que nosotros, el Estado español cuenta con una regulación penal establecida por su Código penal y una ley específica de protección al patrimonio cultural, la Ley 16/1985 del patrimonio histórico español, equivalente a la Ley N° 28296 en nuestro país.

Constitucionalmente la protección al patrimonio cultural se encuentra reconocida en el artículo 46, en la que se detalla que es un deber de los poderes del estado el promover, defender y conservar el patrimonio cultural español, además de sancionar penalmente a quienes atenten contra los mismos⁶³.

⁶³ Artículo 46 de la Constitución Española: “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”

Artículo 149, inciso 28 de la Constitución Española: “Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”.

Penalmente el capítulo II del Título XVI del CP español regula los delitos sobre el patrimonio histórico, haciendo uso del término “patrimonio histórico” al igual que la Ley 16/1985, lo que nos remite a esta última ley para complementar la definición de patrimonio histórico español, así tenemos una lista de los objetos que integrarían esta definición⁶⁴.

Ya que el código penal exige el uso complementario de la ley de patrimonio cultural para entender los objetos que forman parte del patrimonio histórico y poder así verificar el bien jurídico protegido debemos señalar que según la legislación de ese país se hace una diferencia entre los bienes culturales a raíz de su importancia; así tenemos dos figuras diferentes: los bienes declarados de interés cultural, los cuales deben ser inscritos en el Registro General y bienes culturales que no han sido declarados de interés nacional, los que deberán ser inscritos en el Inventario General.

Como podemos ver la legislación española hace una distinción de los bienes culturales de acuerdo a su importancia, solo aquellos bienes declarados de interés cultural e inventariados en el Registro General podrán ser considerados como parte del Patrimonio cultural histórico español por poseer mayor importancia para la cultura y consecuentemente gozar de la protección penal correspondiente.

Según José Antonio Cruz Astorga, se entiende que si los bienes no han sido reconocidos por la autoridad competente, ni inventariados en Registro General, carecen de dicho valor histórico que los diferencia de los bienes de interés cultural que si fueron estudiados, consecuentemente si se provocase algún daño a estos objetos tendrán que ser sancionados bajo otro tipo penal como daños o delitos urbanísticos y estudiados por la autoridad judicial para verificar su valor (Cruz Astorga, 2016) ⁶⁵.

⁶⁴ Artículo 1, inciso 2 de la Ley 16/1985: “Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico. Asimismo, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes que integren el Patrimonio Cultural Inmaterial, de conformidad con lo que establezca su legislación especial”.

⁶⁵ “Por otro lado -sigue diciendo-, ello no supone el dejar totalmente a un lado la normativa administrativa, no todos los bienes estarán pendientes de dicha valoración judicial: los que estén correctamente catalogados, inventariados o declarados de interés cultural serán objeto material del delito, mientras que en el resto de los casos, el Tribunal será quien decida acudiendo a criterios objetivos, estimando conveniente acudir a la normativa administrativa para que nos proporcione criterios indicativos y esclarecedores del alcance de los bienes portadores de los valores mencionados en el ámbito penal, sin por ello dejar de prevalecer el estudio por parte del órgano judicial del caso concreto de que se trate y las circunstancias específicas que lo rodeen”.

En el caso de México tenemos la Ley Federal sobre Monumentos y zonas arqueológicas, artísticas e históricas, en el que se señala las sanciones para aquellos que destruyen, alteran, comercialice o pretenda retirar del país monumentos arqueológicos, los mismos que pueden ser bienes muebles o inmuebles que formen parte de la cultura mexicana. Las penas para dichos tipos penales varían desde los tres hasta los diez años de pena privativa de libertad.

Así mismo es reconocido en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 la importancia de la protección del patrimonio cultural al declarar de interés nacional la investigación, conservación y legislación sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos por parte del deber y facultad del congreso⁶⁶

Brevemente mencionan en el artículo quinto de las disposiciones generales que estos monumentos arqueológicos, artísticos, históricos son considerados como tales según lo que especifica esa ley o cuando son declarados, ya sea de oficio o a petición de parte al Instituto Nacional de Antropología e historia y al Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura, quienes son los organismos encargados de la protección de tales monumentos. En tal petición se deberá incluir identificación de la persona que promueva tal caso, información sobre el bien o zona de la petición, información de quienes tuviesen interés jurídico sobre el particular e información de las razones por las que se considera que el bien o zona debe declararse como monumento arqueológico protegido por ese país⁶⁷.

Sobre el particular, esta ley menciona bienes muebles e inmuebles declarados como monumentos arqueológicos o artísticos por el instituto correspondiente e incluso según el artículo 14 se regula que los comerciantes de monumentos y bienes históricos deberán registrarse como tales ante el instituto competente, es decir que los bienes mencionados por esta ley deben ser reconocidos como tales siendo incluso que sus propietarios o comerciantes deben registrarse como tales en el registro público de monumentos y zonas arqueológicas e históricos.

⁶⁶ Artículo 73 apartado XXV de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos: (...) “para legislar sobre vestigios o restos fósiles y sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional; así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República, y para asegurar el cumplimiento de los fines de la educación y su mejora continua en un marco de inclusión y diversidad”

⁶⁷ Artículo 5 e incisos siguientes de la Ley sobre Monumentos y zonas arqueológicas, artísticas e históricas. México.

A diferencia de la norma española esta ley no hace diferencia entre bienes inventariados y los que no, siendo que esta ley solamente considera a los monumentos históricos que se encuentran declarados, más no hacen mención de los que no lo están.

En el caso colombiano, la protección al patrimonio cultural también se encuentra contemplado por la Carta Magna de dicho país, en el mismo que se señala que debido a la gran importancia e incidencia en la cultura nacional estos bienes deben ser conservados y valorados⁶⁸.

En el código penal colombiano podemos encontrar el artículo 156 en el que se menciona la destrucción o utilización ilícita de bienes culturales, sin embargo dicha sanción se encuentra bajo una situación de conflicto armado e igualmente se cuenta con un título específico que regula los delitos contra el patrimonio cultural sumergido, este último es considerado uno de los primeros intentos legislativos para la protección de este tipo de bienes. Igualmente en el CP se considera un agravante la conducta ilícita se haya realizado sobre bienes que conforman el patrimonio cultural.

A modo de complementar las acciones descritas en el código penal de ese país, tenemos la Ley N° 397 “Ley general de cultura” en la que se delimita las acciones de las instituciones públicas y más importantes, los estándares básicos para entender el patrimonio cultural en Colombia. Algo que se debe rescatar es que al igual que en las anteriores legislaciones, esta ley exige que los bienes culturales deben ser declarados como bienes de interés cultural como consecuencia de la valoración hecha por la autoridad competente, es este caso el Ministerio de Cultural colombiano y el Consejo de Monumentos Nacionales.

Quiere decir que los bienes culturales se consideraran como parte del patrimonio cultural solamente como resultado del estudio y declaración emitida conjuntamente por el Ministerio de cultura y el Consejo de Monumentos Nacionales como un objeto de interés cultural para esa nación.

La mencionada ley también menciona las faltas que pueden ser cometidas por funcionarios contra el patrimonio cultural, sin dejar de lado la responsabilidad penal que se

⁶⁸ Artículo 72 de la Constitución colombiana: “El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”

le pudiera acreditar. Así tenemos, por ejemplo, que en el inciso tercero del artículo 15 de esta ley se menciona lo siguiente:

“3. Si la falta consiste en la movilización de un bien mueble de interés cultural sin autorización de la autoridad que lo declaró como tal, se impondrá una multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Como se puede observar se reconoce que adicionalmente al código penal, la ley especial también desarrolla tipos de sanciones para quienes comercializan bienes culturales muebles y asimismo destruyen o alteran bienes culturales inmuebles.

PROBLEMÁTICA EN LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO CONTRA PATRIMONIO CULTURAL EN EL PERÚ

En este punto debemos poner en evidencia las fallas que existen en la normativa nacional y en el procedimiento general que dificultan la labor de operadores de justicia para investigar correctamente la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural.

Esencialmente podemos mencionar las actuaciones del Ministerio de Cultura y la Fiscalía de la Nación como las más importantes en cuestión de cómo se maneja la prevención del tráfico ilícito, persecución y recuperación de los bienes culturales. Son estas entidades las que tienen mayor relevancia y de las cuales se desprenden grandes limitaciones, de las cuales hemos detallado algunas a lo largo del presente trabajo.

Sobre el particular ampliaremos otros puntos que aportarán a un mejor entendimiento de los motivos por los que existen limitaciones para la determinación del delito y la recuperación de los bienes culturales comercializados ilegalmente.

2.13. ACTUACIONES DEL MINISTERIO DE CULTURA

El Ministerio de Cultura tiene un rol importante como órgano especializado en la protección del patrimonio cultural de la nación, le corresponde como misión no solo la prevención del tráfico ilícito de bienes culturales sino también la conservación y protección

de los mismos; sin embargo, a pesar de la ardua labor de esta entidad por cumplir con sus objetivos, aún existen grandes problemas que impiden lograr tales fines.

El principal problema es la declaración del bien cultural como parte del patrimonio cultural y la presunción legal reconocida por la Constitución y la Ley N° 28296, tal como hemos estudiado anteriormente nuestra normativa establece una presunción en la que se reconoce que todos los bienes culturales forman parte del patrimonio cultural, esto implica que sin mediar ningún tipo de calificación o evaluación por parte de la autoridad correspondiente podamos reconocer que cualquier bien posee esta singular protección de ser parte del patrimonio cultural.

Se reconoce en ambos cuerpos legales que la declaración es el único medio para confirmar la presunción legal y poder así proveer un régimen de protección especial a tal bien pues después de tal evaluación y reconocimiento por parte del órgano competente, ya no estaríamos ante la presencia de cualquier bien mueble común sino que se trataría de un bien que forma parte de la cultura nacional, el cual nos identifica y reafirma la conciencia nacional.

Sin embargo en la realidad no existe correlación entre el conocimiento que se tenga del bien y la declaración del mismo como patrimonio, el Ministerio de Cultura parece haber olvidado que la determinación del bien cultural como parte del patrimonio no solo es un requisito indispensable sino que es una obligación. La presunción legal es utilizada desmesuradamente como registro del bien, cuando en realidad el registro es producto de la calificación y declaración del Ministerio de Cultura.

La declaración paso a segundo plano, entendiéndose que no es necesario tal evaluación para considerar un bien cultural como parte del patrimonio, empero se trata de un acto administrativo constitutivo de derechos no solamente declarativo pues produce efectos jurídicos sobre quien posea el bien generando obligaciones y derechos sobre el mismo, por lo que le corresponde al Ministerio de Cultura realizar esta declaración y no simplemente registrar los bienes basado en la presunción legal establecida.

Como ya hemos visto, para que un bien sea considerado como bien cultural debe contar con ciertos requisitos siendo uno de los más importantes que trascienda el valor económico y sea considerado capaz de reforzar la identidad y valor nacional, este hecho solo se podrá lograr después de la ardua calificación de la autoridad logrando así entrar en la esfera de protección especial que es ser parte del patrimonio cultural.

El Ministerio de Cultura es el ente responsable de la difusión, protección, conservación, restauración e investigación del patrimonio cultural, para tal fin debe ejecutar acciones que fomenten el correcto desarrollo de la cultura y en el caso específico le corresponde emitir la declaración de patrimonio cultural, el cual persigue los fines de cualquier acto administrativo.

La declaración que emite la entidad puede ser favorable como desfavorable, e igualmente puede presentarse de oficio o a solicitud de parte; es así que en el TUPA encontramos la “inscripción en el registro nacional de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural” en la que el administrado puede presentar esta solicitud a fin que se registre el bien como parte del patrimonio sin embargo no se describe cuáles son los criterios de calificación para determinar en primera instancia si estamos ante la presencia de un bien cultural del patrimonio cultural por lo que la declaración tiene que preceder a la inscripción del bien, tal como lo detalla el artículo 23 del Reglamento de la Ley N° 28296⁶⁹ que señala que la inscripción solo se llevara a cabo en virtud de la resolución de declaración. Igualmente el formulario de inscripción que debe ser llenado señalando simplemente la forma de adquisición del bien, sin exigir ningún otro requisito para confirmar lo redactado en el documento, por lo que cualquier persona podría alterar la verdadera proveniencia del bien.

Se pone en evidencia que no hay lineamientos estandarizados para determinar la importancia del bien y si este califica como parte del patrimonio, sino más bien depende de quién evalué el bien, situación que varía constantemente y que puede generar grandes inconvenientes para quienes buscan identificar un bien cultural como parte del patrimonio

⁶⁹ Artículo 23 del Reglamento de la Ley N° 28296: “La inscripción en el Registro Nacional de Bienes Muebles Integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación se efectuará en mérito a la resolución de declaración, de la cual forma parte la ficha técnica del bien mueble en cuestión”.

cultural y evitar así problemas judiciales cuando existan casos de exportación de bienes culturales o para evitar adentrarse en procedimientos engorrosos.

La falta de la declaratoria, en la realidad, genera que no se cuente con un inventario más completo de los bienes culturales que integran el patrimonio cultural, en gran medida es debido por que prevalece la presunción legal mencionada anteriormente por lo que se entiende que todos los bienes forman parte del patrimonio cultural sin que medie un registro de tal hecho. La falta de inventariado de los bienes culturales produce que los bienes culturales puedan salir del territorio nacional con fines de comercialización y debido a que no se cuenta con información sobre estos bienes los vendedores indican no conocer la originalidad del bien.

La labor de inventariado le corresponde al Ministerio de Cultura y para tal fin se creó el Registro Nacional de Bienes integrantes del Patrimonio Cultural el que está compuesto asimismo por otros registros, entre ellos el Registro Nacional de bienes muebles; este ente se crea para centralizar virtualmente los datos de los bienes culturales reconocidos como patrimonio cultural, para tal fin debe registrarse el bien de manera obligatoria brindando una ficha técnica y el certificado de registro por parte del Ministerio de Cultural para de esta manera contar con información sobre la ubicación, futuras transferencias en la propiedad del bien, conservación, entre otros.

Sin embargo, a pesar de encontrarse regulado y creado un sistema de registro de bienes culturales, dicho registro no es de fácil acceso a la población; tanto la página web del Registro de Bienes culturales muebles como el de la Superintendencia de Bienes estatales no representan un medio idóneo para averiguar la cantidad de bienes muebles registrados o si algún bien en específico se encuentra o no registrado, pues según el manual de procedimientos del sistema nacional de registro de bienes culturales muebles (MINCU, Manual de procedimientos del Sistema Nacional de Registro de bienes culturales, 2016), debemos contar con un usuario y contraseña, la cual es personal e intransferible, para poder ingresar al sistema de búsqueda del SINAR (Sistema Nacional de Registro de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural) y tener acceso a información básica sobre los bienes culturales e incluso a estadísticas.

En el sistema español, tal información se encuentra disponible en sus plataformas virtuales, empero en el caso peruano no se tiene tal publicidad lo que representa una verdadera limitación al derecho de acceso a la información y cultura que reconoce nuestra carta magna, asimismo infringe las normas de transparencia reconocida por la Ley N° 27806 - Transparencia y acceso a la información, la misma que exige a la administración pública proveer información veraz y exacta mediante varios de comunicación.

Este hecho produce dificultades para quienes buscan averiguar si es que el bien cultural se encuentra registrado, pues se puede presentar el caso en el que la documentación de registro se puede extraviar e incluso los aditamentos colados en el bien pueden ser removidos, generando que el poseedor desconozca si se llevó a cabo el registro del bien y como consecuencia puede acarrear una multa administrativa por incumplir la obligación de registrar el bien la cual según el Reglamento General del Procedimiento sancionador por infracciones contra el bienes integrantes del patrimonio cultural de la Nación puede ser del 0.25% de la UIT vigente⁷⁰.

La negativa a brindar información sobre los bienes radica en que se revelaría la ubicación de los bienes y quien es el poseedor o propietario del bien, lo que podría considerarse una violación al derecho a la intimidad, sin embargo lo que se espera y exige del registro no es la revelación de donde se encuentran los bienes muebles pues por su naturaleza se entiende que no permanezcan en un mismo lugar, sino que se necesita conocer información básica sobre el objeto (lugar de origen, tamaño, color, antigüedad, etc.), motivos por el que se reconoció como patrimonio cultural, imágenes, etc. Así los administrados podrán tener una mejor comprensión del objeto sin revelar datos sensibles.

Asimismo la falta de inventario y del acceso a ella dificulta la tarea de demostrar ante organismos internacionales el conocimiento de la existencia del bien, lo cual es un elemento primordial para evidenciar la propiedad del estado peruano sobre el bien y así solicitar la devolución o restitución del mismo en caso se haya encontrado en el extranjero con fines de comercialización.

⁷⁰ Anexo D del Reglamento de Sanciones Administrativas por infracciones en contra del Patrimonio Cultural de la Nación.

En la gran mayoría de casos cuando el bien ya se encuentra en el extranjero y se da parte del mismo al Ministerio de Cultura, dicha entidad recién se da por enterado de la existencia del bien y procede a realizar el informe técnico del bien para evaluar si corresponde o no al patrimonio cultural de la nación. Este hecho es incluso reconocido por la misma entidad a través de su página web, cuando indica que:

“El proceso de repatriación se inicia con la ubicación en el exterior de bienes culturales, posteriormente su identificación y evaluación a fin de determinar si pertenecen al patrimonio cultural de la Nación; a partir de entonces se inician las gestiones para la reclamación, recuperación y posterior repatriación. En esta labor se trabaja en coordinación con entidades como el Ministerio de Relaciones Exteriores, INTERPOL y Ministerio Público” (MINCU, Repatriaciones, 2014).

Dicho procedimiento no es el correcto pues la declaración del bien cultural como patrimonio cultural no se debería realizar después de que el bien se haya encontrado en un país extranjero para ser comercializado, ni mucho menos debería hacerse tal declaración como un acápite dentro del informe técnico pues como ya hemos visto se necesita de la emisión de una resolución como documento legal válido; asimismo el reconocimiento debería realizarse con un peritaje in situ de las piezas y no mediante información e imágenes que remitan las misiones diplomáticas pues de lo contrario está sujeto a cuestionamientos sobre su validez por haberse realizado de una manera poco profesional.

Igualmente, la falta de acceso a la información genera que el poseedor, en virtud de la convención de Unidroit de 1995, solicite una indemnización pues probaría que no supo o pudo saber que el bien era parte del patrimonio cultural reconocido pues no pudo obtener información básica del objeto o de quien pudo haber sido el propietario anterior.

Consideramos que no se debería exigir al administrado registrar los bienes sino más bien solicitar la intervención del MINCU para evaluar el bien y determinar si corresponde o no declarar el mismo como patrimonio cultural pues una vez confirmado que se trata de un patrimonio cultural por defecto el ministerio tendría que registrarlo, así se podría evitar que el propietario no solicite registrar el bien por temor a perderlo a manos del ministerio por que no se cumplió con las obligaciones y deberes que señala la ley.

El asumir que todos los bienes culturales son parte del patrimonio cultural implica la prohibición de su salida del país, lo cual dificulta la tarea de las autoridades pues tienen que analizar cada pieza para confirmar si se trata efectivamente de un bien integrante del patrimonio; resultaría mucho más efectivo que los bienes ya se encuentren registrados y para que así el personal de correspondiente pueda verificar la información completa del bien sería ideal poder contar con el sistema de registro de bienes muebles interconectado con instituciones como SUNARP, Aduanas, Interpol, Ministerio de Relaciones exteriores, etc.

Según el instructivo de procedimientos de control en módulos descentralizados del MINCU existen tres módulos de verificación de los bienes culturales ubicados estratégicamente en el aeropuerto nacional y terminales de carga aérea, en el terminal de almacenamiento de Serpost y el terminal terrestre fronterizo de Santa Rosa en Tacna.

La finalidad de estos módulos es confirmar o descartar la calidad de patrimonio cultural de los bienes que se exportaran, para tal fin el personal debe revisar equipajes, cargas o envíos internaciones para ubicar posibles bienes culturales a través del uso de escáneres y de identificación visual de los pasajeros. Tal como instruye el folleto, ante la sospecha de la posible salida de un bien cultural perteneciente al patrimonio se solicita la presencia de especialistas de los módulos mencionados para que puedan evaluar los objetos y producto de dicho examen se determinará o no si corresponden al patrimonio cultural; de tratarse en efecto de bienes integrantes del patrimonio se procederá con la incautación, posteriormente se levantará una acta de verificación suscrita por los efectivos que participaron en la evaluación y se llevarán los objetos a la sede principal del Ministerio de Cultura a fin de proseguir con el proceso administrativo y penal (MINCU, Instructivo de Procedimientos de control en módulos descentralizados del Ministerio de Cultura, 2013).

Según una noticia publicada a través de la página del MINCU en el 2013 se impidió la salida de 651 bienes pertenecientes al patrimonio cultural a través de los módulos mencionados, en el que podemos encontrar, por ejemplo, la recuperación de una escultura virreinal de San Antonio de Padua y muñecos elaborados con fragmentos textiles pertenecientes a estilos prehispánicos de la costa central del Perú (MINCU, Ministerio de Cultura recuperó en lo que va del año 651 objetos culturales en aeropuerto y Serpost, 2013).

Sin embargo, a pesar del esfuerzo realizado por el ministerio debemos señalar, una vez más, que el fin principal no es evaluar el bien cuando ya se encuentra a puertas de ser exportado sino el contar con un sistema interconectado con el personal de estos terminales en los que se pueda visualizar la declaración del bien como patrimonio y registro del mismo. El sistema de evaluación que mencionamos se presenta a raíz del mal uso de la presunción legal, entendiéndose por este como si todo bien es perteneciente al patrimonio y por lo tanto se registra como tal sin previa evaluación de la autoridad competente.

Igualmente el Ministerio de Cultura imparte charlas o talleres al personal de estos puntos de control para que puedan identificar y reconocer si los bienes muebles que encuentran son pertenecientes al patrimonio cultural (MINCU, Ministerio de Cultura continúa capacitaciones sobre el control de tráfico ilícito el Patrimonio Cultural, 2017), lo cual representa un gran error pues la evaluación para determinar si el bien es parte del patrimonio la debería realizar personal capacitado experto en estos temas como arqueólogos e historiadores de profesión (Gutiérrez Galván, 2012, págs. 162-163)⁷¹ no por personal de seguridad portuaria que no tiene ni el mínimo conocimiento de cómo reconocer la importancia de un bien cultural y más grave aún no tienen la potestad de declarar el bien cultural como tal pues esta labor solo le corresponde al personal del Ministerio de Cultura a través de un estudio e informe riguroso, tal como lo establece el artículo 46 del Reglamento de la Ley N° 28296 que precisa que “toda intervención de bienes culturales muebles debe ser realizada por especialistas en la materia”. De esta manera, se está desvirtuando el propósito de la ley, las funciones y obligaciones del Ministerio de cultura como entidad encargada de proteger y difundir la importancia del patrimonio cultural⁷².

⁷¹ “Cuando analizamos la naturaleza de la declaración expresa de los bienes muebles llegamos a la conclusión que esta es esencial para determinar si un bien debe o no calificar como cultural, porque responde a una evaluación técnica, a cargo de verdaderos especialistas como historiadores, antropólogos, sociólogos, arquitectos, ingenieros, economistas, etc. que comprueben, desde distintos campos, el valor del bien”.

⁷² Sobre el particular, se puede tomar extensivamente el pronunciamiento realizado por el Colegio de Arqueólogos del Perú en el 2009 sobre el proyecto de ley presentado por el Congreso para investir a esta entidad de la capacidad para realizar las declaraciones de patrimonio cultural. En dicho pronunciamiento se indicó que la declaración de Monumentos arqueológicos prehispánicos como bienes integrantes del patrimonio cultural es “un procedimiento técnico y científico que es realizado por Arqueólogos Profesionales, que tienen formación científica en las Universidades, capacitados en temas culturales y son las personas competentes para dicha función. Pretender que dicha declaración como Monumentos esté a cargo del Congreso es usurpar una función que le corresponde al INC por Ley”.

Debemos indicar igualmente que para aquellos bienes culturales que no pertenecen al patrimonio cultural de debe tramitar ante el MINCU un certificado para permitir la salida de dichos bienes, este certificado tiene una vigencia de 45 días es decir que el administrado tendría que tramitar este certificado cada vez que salga del país, si es que los viajes se hacen por un periodo superior a los 45 días, con un objeto que no es parte del patrimonio peruano. Esto nos parece absurdo, en una época de avances tecnológicos no podemos esperar a acercarnos a la entidad, tramitar esta solicitud solo para poder salir del país con un objeto que ni siquiera forma parte del patrimonio cultural. Nos preguntamos además ¿Cómo supone el administrado conocer que el bien no es original si es que el MINCU no lo ha analizado anteriormente para comprobar su procedencia? ¿Deberá realizar de todas maneras todo el procedimiento, es decir gastar dinero y tiempo, solo para conocer que el bien que posee no es parte del patrimonio y que asimismo el certificado que tramitará solo tendrá una vigencia de 45 días?

De igual manera, para realizar este trámite se debe presentar lo siguiente:

- Llenar el formato correspondiente, el cual no solicita adjuntar documentos que comprueben como se obtuvo el bien, solo basta con señalar o marcar si provino por compra, regalo, herencia u otros.
- Pagar por derecho de trámite (equivalente a 0.13% de la UIT o S/. 5.30 soles aproximadamente)
- Presentar dos fotografías a color, de tamaño 9 x 12 cm o 10.5 x 15 cm, tomada en ángulo que permita ver detalles del bien y con fondo neutro.
- Fotocopia del DNI para personas naturales o fotocopia de inscripción en Registros Públicos para personas jurídicas

Según información que la misma entidad pública, la Dirección de Recuperaciones emite un promedio de mil ochocientos (1800) certificados de bienes no pertenecientes al patrimonio por año y en proceso se topan con bienes que si son considerados como patrimonio y por lo tanto no pueden salir del país.

Como podemos ver el MINCU tiene en cuenta un procedimiento para evaluar bienes culturales y demostrar que no forman parte del patrimonio en lugar de tener más

consideración por el registro de los bienes culturales que si pertenecen al patrimonio y para tal fin debe mejorar el sistema de investigación a nivel nacional para ubicar las piezas, realizar expediciones en los principales sitios arqueológicos para así poder registrar los bienes que si forman parte del patrimonio por su importancia cultural, prohibiendo en este lapso que los bienes sean retirados del país así como realizar acotaciones dentro del sistema de registro; de esta forma se evitaría más casos de tráfico ilícito de bienes culturales, resultaría más conveniente prohibir la salida de todo bien cultural que no esté declarado y registrado como patrimonio cultural que realizar trámites para registrar bienes que simplemente no pertenecen.

Finalmente, se debe promover el mejor cuidado de los sitios arqueológicos ya que del expolio de estos se produce la extracción ilícita de bienes culturales, si bien es cierto no es posible contar con seguridad del ministerio de cultura o de la policía nacional en todos los sitios arqueológicos, se debe tener en consideración los principales lugares con gran movimiento cultural en el que las investigaciones aún siguen en proceso.

2.14. ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Como hemos mencionado anteriormente, le corresponde al Ministerio Público el investigar los hechos delictivos y adecuarlos a los tipos penales regulados para de esta manera aperturar el proceso penal, sin embargo en los delitos contra el patrimonio cultural muchas veces se presentan dificultades que impiden procesar y sancionar a los agentes o sujetos activos de los delitos mencionados.

Uno de los principales problemas respecto a la persecución de los delitos contra el patrimonio cultural es que los hechos ilícitos no se ajustan a los tipos penales, especialmente los tipos estudiados relacionados con bienes culturales muebles (Art. 228 y 230 del CP); la manera en la que están redactados los tipos penales en este título imposibilita la encarcelación del comprador, pues en el CP solo se sanciona al comercializador o al huaquero, sin embargo no al último poseedor o comprador de la pieza.

En la mayoría de casos, los compradores de bienes culturales en el extranjero son los últimos en el eslabón de la compra del objeto y según los delitos contra el patrimonio cultural estos sujetos no podrían ser sancionados por que la compra de bienes culturales no está

regulado por estos tipos penales; pocos son los casos en los que el sujeto que posee el bien es el mismo que extrajo el bien cultural de algún sitio arqueológico o institución con fines de comercialización, por lo que su conducta no se adecua al tipo penal.

Según la teoría del delito, los hechos deben cumplir con el elemento de la tipicidad es decir ajustarse al tipo penal regulado, siendo este el indicador para poder hablar de los elementos del delito restantes es decir la antijuricidad y culpabilidad, si es que no se cumple con el requisito de la tipicidad esto será un indicador de que no los hechos tampoco serán antijurídicos y por lo tanto tampoco culpable; en este caso vemos que la gran cantidad de los mismos implican a sujetos que poseen o que desean comprar un bien cultural siendo los terceros o cuartos propietarios del bien y tal conducta de compra o posesión no está regulado por el capítulo de delitos contra el patrimonio.

Es por tal motivo que los fiscales deben hacer uso de otras figuras delictivas como lo es el delito de hurto agravado (Art. 186 del CP) cuyo inciso tercero hace mención a bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural⁷³, este delito implica sustraer el bien del propietario legal, sin hacer uso de la fuerza, con el fin de generar un beneficio económico, o el delito de robo agravado (Art. 189 del CP) cuya pena será no menor de veinte ni mayor de treinta cuando el robo es cometido sobre bienes que integren el patrimonio cultural⁷⁴.

También se hace uso del delito de daño agravado regulado por el artículo 206 del CP que sanciona el daño, destrucción o inutilización de un bien cultural⁷⁵, sin embargo el tipo penal que más se podría adecuar a los hechos descritos anteriormente es el delito de receptación agravada⁷⁶ que sanciona a quien adquiere, recibe, guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de propiedad del Estado (como lo son los bienes culturales que hayan sido extraídos

⁷³ Artículo 186 del CP: “El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido: 3. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.”

⁷⁴ Artículo 189 del CP: “La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido: 4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.”

⁷⁵ Artículo 206 del CP: “La pena para el delito previsto en el artículo 205° será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando: 1. Es ejecutado en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén librados a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas”

⁷⁶ Artículo 195 del CP: “La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de seis años y de sesenta a ciento cincuenta días-multa: 4. Si se trata de bienes de propiedad del Estado destinado al uso público, fines asistenciales o a programas de apoyo social”

ilegalmente según el artículo 10 de la Ley N° 28296) obtenido ilícitamente siendo que agente del delito conocía su origen ilegal.

Si bien es cierto que estas figuras pueden suplir los defectos de los delitos contra el patrimonio cultural, sus fines no son los mismos que los que están desarrollados específicamente en el título VIII pues, por ejemplo, si se utilizará el tipo penal de receptación agravada se trataría a los bienes culturales como simples objetos, restándoles la importancia cultural de la que tanto hemos hablado; igualmente si hablamos del delito de daño agravado tenemos que entender que el objeto dañado tiene algún valor económico por el cual se persigue el delito, sin embargo en el caso de bienes culturales no podemos hablar de un valor patrimonial pues son objetos de trascenden de una cuantificación monetaria, los mismos que tienen como elemento principal ser incuantificables e invaluable en dinero; si se hace uso de este tipo penal estaríamos disminuyendo el valor del bien cultural e igualmente estos tipos penales no hacen mención de declaración de los bienes culturales como patrimonio, situación que como ya sabemos debe cambiar para evitar continuar con la contexto legal actual.

Igualmente el probar la tipicidad subjetiva puede llegar a ser desafiante pues para que el delito sea meramente doloso el agente debe tener previo conocimiento que el acto que está realizando es ilegal, es decir debe conocer que está extrayendo un bien cultural que es parte del patrimonio cultural sin embargo sin el registro es difícil demostrar que el bien pertenecía al patrimonio y sin tal medio el sujeto activo podría argumentar no saber la gravedad de su accionar sin que se pueda indicar que este debía saber sobre la presunción legal regulada en la ley pues como recalcamos ya más de una vez, la presunción legal no prima sobre el registro, pues esta debe ser confirmada y es solo un medio temporal hasta que se cuente con la declaración por lo que sancionar bajo este precepto no sería válido; diferente sería la imputación si es que el bien estuviese registrado y el inventario hubiese estado publicado como se debería.

En el caso final en el que el proceso continuase, si se llegase a condenar al sujeto activo, las penas reguladas por los tipos penales relacionados con bienes culturales muebles oscilan entre dos a ocho años como máximo y siendo el caso en el que el juzgador evaluará las condiciones en las que sucedieron los hechos, si los hechos se adecuan al tipo penal, los

antecedentes penales del imputado, etc. generalmente se establecerá una condena muy baja o simplemente se sancionará con pena suspendida; por tal motivo podemos verificar que los delitos contra el patrimonio cultural no son normalmente sancionados y consecuentemente la población penitenciaria es casi inexistente.

Debemos recordar que el código penal permite modalidades de medidas alternativas, siendo la suspensión de penas privativas de libertad el medio más utilizado (Moreno Chirinos, 2014); esta se caracteriza por sustituir una pena privativa de libertad por una pena limitativa de derechos, que puede ser la prestación de servicios o limitación de días libres, en caso la pena privativa no supere los cuatro años y tiene como requisitos que el comportamiento procesal, modalidad del hecho punible y personalidad del agente permitan deducir al juez que no volverá a cometer un nuevo delito y que el agente no tenga condición de reincidente o habitual⁷⁷.

2.15. CASUÍSTICA Y ESTADÍSTICAS RESPECTO A LOS PROCESADOS PENALMENTE

Sobre este punto debemos precisar que la información obtenida, materia de las estadísticas mostradas en el presente trabajo de investigación, fue recopilada teniendo en cuenta la reserva de los procesos estudiados; sin embargo, con la finalidad de poder probar las hipótesis planteadas y determinar la eficacia en la investigación y encarcelación de los procesados penalmente por la comisión del delito de extracción ilegal de bienes culturales, procederemos a mencionar los siguientes casos:

1. Federico Cia Madariaga:

En mayo del 2015, el Sr. Federico Cia Madariaga, un reconocido comercializador de arte, fue detenido en el Aeropuerto de Ezeiza- Argentina cuando pretendía exportar un lote

⁷⁷ Artículo 57 del CP: El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

de bienes culturales, incluidos lienzos, presumiblemente de origen peruano hacia Estados Unidos.

Los lienzos eran buscados por el Ministerio de Cultura peruano y la Interpol Lima, debido a que fueron extraídos ilegalmente del país. De la revisión de la documentación se puede apreciar que algunos de los lienzos contaban con registro, sin embargo estos fueron alterados y retirados con la finalidad de comercializarlos.

El diario La Nación indicó, sobre el presente caso, que el reconocido art dealer argentino habría estado involucrado en varios casos relacionados a la comercialización de bienes culturales, siendo que en agosto del 2001 fue considerado sospechoso por la Interpol Francia, de robar dos cuadros elaborados por Jacob Van Walscapelle y Francesco Foschi, y venderlos posteriormente en Perú a Alberto Proano Rojas y Ricardo Silingardi, quienes negaron conocer el origen fraudulento de los cuadros. (Diario La Capital, 2015)

Asimismo, el presunto comercializador fue parte de otros procesos judiciales con el Estado peruano por la exportación de lienzos como los denominados “Virgen de Cocharcas” y “Sagrada Familia con San Juanito” en los años 2006 y 2014 respectivamente.

Sobre el particular, el Sr. Madariaga preciso que la nota de prensa publicada en mayo del 2015 atenta su reputación y buen nombre en el mercado de arte, negando haber falsificado documento alguno y sobre los cuadros peruanos mencionados anteriormente, indica lo siguiente:

“Respecto del reclamo del Gobierno del Perú que menciona la nota, el cuadro robado al Museo Andrés Avelino Cáceres de Ayacucho, es otra pintura. Pese a ello Perú me lo reclama y por tal motivo inicié un juicio por daños y perjuicios en ese país contra el Instituto Nacional de Cultura del Perú. Del mismo modo en lo referente al cuadro "Sagrada Familia con San Juanito", corresponde señalar que cumplió con todos los procedimientos legales de exportación y de importación, lo cual fue confirmado por la aduana de los Estados Unidos”. (Diario La Capital, 2015)

En atención a la incautación realizada en el aeropuerto de Ezeiza se pudo determinar la originalidad y registro de uno de los lienzos al Juzgado Civil Argentino correspondiente, lo

que coadyuvó a la recuperación de dicho bien, empero el lienzo denominado “Santa Rosa de Lima” no pudo ser recuperado puesto que durante el proceso judicial seguido en Argentina no se pudo comprobar la originalidad del bien por lo que fue devuelto al Sr. Madariaga.

Cabe resaltar, que según la información remitida tanto como el Ministerio Público como la Policía Fiscal contaban con expedientes sobre el particular; sin embargo, no se concretó la investigación preparatoria, quedando hasta la fecha pendiente de investigación por parte de las entidades peruanas.

2. Casa Gerhard Hirsch Nachfolger:

Mediante comunicaciones realizadas por la Misión Diplomática del Perú en Alemania en agosto del 2013, se dio a conocer la subasta de un gran lote de bienes culturales de presunto origen peruano, llevada a cabo por la casa de subasta alemana “Gerhard Hirsch Nachfolger”.

La mencionada Casa de subasta anunciaba, como parte de la venta de bienes culturales peruanos, una selección de ceramios y textiles originales a ser vendidos el 23 de septiembre del 2013. Sobre el mismo la Cancillería peruana exhorto al Ministerio de Cultura a realizar las acciones correspondientes a fin de detener la venta y de igual manera expidió una carta rogatoria de cooperación judicial al Gobierno Alemán.

Sobre el particular, mediante Oficio N° 0513-2013-DRE-DGDP/MC, el Ministerio de Cultura precisó que de las 217 piezas, 123 de ellas eran originales y 170 réplicas. (Ojo Público, 2013)

A pesar de haberse identificado las piezas y de haberse expido las cartas rogatorias y notas verbales correspondientes, el Gobierno Alemán indicó que los datos brindados por las entidades peruanas no son suficientes para disponer la suspensión de la venta y asimismo no se demostró los requisitos solicitados por tal país como justificar la entrada ilegal de los bienes culturales a Alemania después del 2007, año de la suscripción alemana a la Convención de UNESCO del 1979, así como presentar la denuncia por robo con anterioridad a la venta de los bienes; en tal sentido el gobierno alemán no pudo atender las cartas rogatorias pues carecían de fundamentación y relevancia penal.

Finalmente, la subasta fue llevada a cabo y en virtud de la reserva de información manejada por las casas de subastas, no se pudo determinar a los compradores y/o vendedores de los artículos subastados; consecuentemente de los documentos revisados no se cuenta con mayor información sobre el presente caso, quedando pendiente de investigación aún por las entidades peruanas.

3. Fundación Gandarillas

Joaquin Gandarillas Infante fue un famoso coleccionista chileno, quien dedicó su vida a su afición por el arte colonial; a su muerte en el 2014 la familia del mencionado coleccionista creó la Fundación Gandarillas Infante y posteriormente entregó, bajo la figura de comodato, 639 obras de arte colonial que incluyen pinturas, platería, muebles, esculturas y adornos, a la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Sobre los cuadros entregados a la Universidad Católica de Chile, Denisse Espinoza detalla lo siguiente:

“Hay retratos, por ejemplo, de vírgenes que eran ocupadas en los altares y que eran muy populares en la Colonia. La más célebre era la Virgen de la Candelaria con un matrimonio de caciques donantes, ofrendando el Mascaipacha o corona ritual del incario o la Virgen del Rosario, que se venera desde el siglo XVI en el pueblo de Pomata, Perú. Destaca también un cuadro y otras figuras en madera del Cristo de los Temblores, representado en Cuzco y llamado así desde el terremoto que asoló esa ciudad en 1650. En las vitrinas se encuentra un retablo de madera con la Virgen de Copacabana de 1600-1650, una Virgen del Carmen del siglo XVIII tallada en Quito, dos coronas de plata, realizadas al sur de Perú, en el siglo XVII y una escultura del Niño Jesús Triunfante, de la escuela Quiteña, hecho en maguey y pasta dorada, entre 1760 y 1790”. (Espinoza, 2014)

La colección se centra mayoritariamente en obras producidas en Bolivia, Perú y Chile durante los siglos XVII y XVIII; las obras entregadas en comodato comprenden importantes piezas culturales de la escuela cusqueña, que pone en manifiesto un momento clave de unión entre nuestra historia como sociedad indígena y una sociedad española católica.

Sobre el mismo, el Ministerio de Cultura procedió a evaluar los bienes, en especial cinco lienzos de los cuales se determinó su originalidad, denuncias policiales de robo y procesos penales aperturados. Isabel Cruz Amenábar comentó sobre estos reclamos precisando que:

"Como es de público conocimiento, algunos cuadros han sido reclamados por Perú, pero nuestro país -recién en 2014- ratificó la Convención Unesco contra el tráfico ilícito de bienes culturales, que data de 1970. Por otra parte, en los siglos XIX y comienzos del XX era común que estas obras circularan por todo el continente. (...) pero nosotros como familia nos hemos encargado de enfatizar que este es un patrimonio nacional que está en comodato en la UC. Es un patrimonio sin fines de lucro y que esperamos pueda ser apreciado por muchas más personas". (Zaninovic, 2018)

Tanto la Fundación Gandarillas como la Universidad Católica argumentaron que la colección fue obtenida de manera legal, siendo que fueron comprados en los años 1960 y otorgados en comodato por 20 años cumpliendo la normativa de ese país, en tal sentido indicaron no estar obligados a devolver los bienes al Estado peruano.

De los documentos estudiados, se determinó que el proceso penal sigue aún en curso, sin contar con mayor información sobre el mismo. Se puede apreciar, de los antecedentes mencionados, un factor en común, que es el casi nulo porcentaje de procesados penalmente o sancionados por la comisión del delito de extracción ilegal de bienes culturales, por lo que consecuentemente el sentido de la presente investigación cumple con acreditar que existe un vacío legal y una problemática casi sin estudiar sobre un delito que genera pérdidas no solo sociales sino también económicos.

Cabe señalar que, a fin de complementar esta información podríamos citar casos actuales, que si bien es cierto no se encuentran dentro del espacio temporal del desarrollo de este trabajo, cumplen con validar lo mencionado anteriormente. Así tenemos que, recientemente un reportaje de Cuarto Poder, de fecha 27 de enero, reveló casos alarmantes en el Archivo General de la Nación. Documentos históricos que gran importancia cultural son extraídos de dicha entidad, con gran facilidad por funcionarios públicos a fin de ser comercializados a potenciales coleccionistas.

El reportaje muestra, cuidando de no exhibir la identidad del sujeto, a un traficante dedicado al robo y venta de bienes culturales documentales; sobre el mismo indicó que, por ejemplo, la venta de documentos suscritos por José de San Martín tienen un valor de 2.000 a 2.500 dólares y aquellos suscritos por Simón Bolívar oscilan entre 3 a 4 mil dólares. (Perú 21, 2019)

Este reportaje muestra la *modus operandi* para la extracción de bienes culturales documentales, en este caso el traficante indica que los documentos son obtenidos a través de trabajadores internos del Archivo General de la Nación, quienes realizan estas actividades a fin de obtener mayores ganancias que los sueldos que perciben. Posteriormente los traficantes arrancan los sellos de identificación y rastreo de los documentos para que no sean reconocidos por las autoridades, y antes de venderlos (en el mercado negro) restauran el daño con ayuda de especialistas.

Cabe mencionar que una vez vendidos, los documentos no pueden ser ubicados hasta que su posterior venta sea puesta en conocimiento del público por alguna casa de subasta o cuando haya sido descubierto en alguna incautación; es decir, nos encontramos a la merced de casos fortuitos de los cuales no se tiene control por lo que posiblemente, una vez vendidos ya no se vuelvan a rastrear los mismos, resultando en una gran pérdida de nuestra historia solo por finalidades comerciales ilícitas.

De igual manera, el diario Ojo Público señaló con 05 de febrero del presente años que el Congresista Víctor Andrés García Belaunde denunció en una sesión extraordinaria conjunta de la Comisión de Cultura y Comisión de Pueblos Andinos, la sustracción ilícita de patrimonio documental del Archivo General de la Nación. El parlamentario presentó al Presidente de la sesión que obtuvo, del mercado negro, un documento oficial del Presidente de la República Andrés Avelino Cáceres, así como un bando del Presidente José Rufino Echenique de fecha 1 de abril de 1853, precisando que los compró con la finalidad de devolverlos a la entidad estatal correspondiente, sin embargo señaló que teniendo en cuenta de donde provienen tales documentos se debe evaluar inicialmente la destitución de la encargada del Archivo General de la Nación.

Asimismo, el parlamentario Víctor Andrés García Belaunde denunció anteriormente la desaparición de cuatro constituciones políticas del Perú, las mismas que deberían encontrarse en el archivo del Congreso de la República. Entre dichas desapariciones se encuentra la primera Constitución del Perú de 1823.

El congresista aseveró que no se hay control de los bienes culturales o inventarios por lo que no es posible precisar que documentos se encuentran custodiados y en tal sentido no se sabría de la ubicación de los bienes en caso de pérdida. (Legis.pe, 2018)

Sobre el particular, debemos recalcar que la única manera de proteger el patrimonio cultural en nuestro país es a través de la prevención, acciones que se traducen en mantener un inventario actualizado de los bienes culturales, implementar un mejor sistema de vigilancia de los mismos, contar con un establecimiento adecuado para el cuidado, protección y restauración, entre otras operaciones que resultan necesarias a fin de evitar posibles robos y ventas ilícitas de bienes culturales, pues de los casos examinados se puede notar un factor común el cual es la falta de inventario y la falta de identificación de los sustractores.

Podemos citar el caso del robo de libros y manuscritos de la Biblioteca Nacional, en el 2010 se encontraron diversos manuscritos de Andrés Avelino Cáceres en la azotea de la Biblioteca Nacional, después de haber sido sustraídos por empleados de la misma biblioteca que fueron plenamente identificados tal como lo expreso el mismo director de dicha entidad, Ramón Mujica. Sin embargo, después de muchos años finalmente se derivó a la 53° Fiscalía Provincial Penal de Lima, cuya fiscal a cargo especializada en delitos contra el patrimonio cultural y según el Ministerio Público se estaría investigando los hechos por el delito contra la administración pública, en las modalidades de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales en agravio del Estado (Ministerio Público, 2016) y no por delitos contra el patrimonio cultural en particular.

El delito por el cual se está investigando los hechos tiene una condena privativa de libertad no mayor de dos años, cuyo plazo de prescripción extraordinaria seria de tres años, los mismos que ya se habrían vencido. Por tal motivo el director de la Biblioteca Nacional denunció ante la comisión de cultura del Congreso que su institución estaría por perder todos

los juicios en contra de los supuestos autores, pues no se cumpliría con los presupuestos esenciales (América Tv, 2016).

Por lo mencionado vemos que los delitos contra el patrimonio cultural no son sancionados como deberían ya sea por la baja condena o por la manera en la que está redactado el tipo penal que no permite su utilización en casos concretos. En el 2015 el Director de la unidad desconcentrada de Cultura en Lambayeque, Alberto Risco Vega, denunció que al menos cuarenta (40) denuncias por delitos contra el patrimonio cultural fueron sobreseídas debido a que el ministerio público determina que la mayoría de piezas incautadas por la policía son falsas y por lo tanto el proceso penal no prospera. Igualmente señaló que los intervenidos aducen no tener conocimiento de que realizar excavaciones es un acto prohibido debido a que más de 500 huacas no están declaradas y no cuenta con perímetros asegurados y delimitados (Polo Salés, 2015).

Podemos mencionar, igualmente, el caso del manuscrito firmado por José de San Martín que fue sustraído del repositorio del Archivo General de la Nación (AGN). Este documento se encontraba en el repositorio del área colonial de dicha entidad pública hasta el 14 de septiembre del 2018, siendo que posteriormente en virtud de la producción del programa “Sucedió en el Perú” de TV Perú se solicitó analizar el documento para filmarlo, se advirtió que el mismo ya no se encontraba puesto que la hoja manuscrita había sido arrancada del folio.

Sobre el mismo, el procurador público del Ministerio de Cultura, Henmer Alva Neyra, señaló que la investigación que se encuentra en el 53° Fiscalía Provincial Penal de Lima, se encontraba en curso, puesto que la Policía y Fiscalía acudieron a las instalaciones a fin realizar pesquisas, a fin de proseguir con las investigaciones preliminares.

Ante tal escenario, la jefa institucional del AGN comentó que resulta imposible buscar todos los documentos puesto que “Resguardamos 30 mil metros lineales de archivos” (Planas, 2018). Tal declaración solo pone en evidencia la poca preparación e importancia que se le da al cuidado del patrimonio cultural en todos los sentidos, opinión compartida por el ex director de la Biblioteca Nacional del Perú, Ramón Mujica Pinilla, el mismo que precisó lo siguiente:

“La denuncia por sí sola es un saludo a la bandera. Hay más de un usuario del AGN que en los últimos años ha señalado que no se encuentran documentos, pues parecen estar 'en perpetua restauración'. Solo si una institución del Estado realiza sistemáticamente un cotejo de sus bienes culturales en catálogo con sus existencias, se podrá saber a ciencia cierta si hablamos de un robo eventual o de la existencia de una mafia bien organizada” (Planas, 2018).

Sobre la sustracción del manuscrito firmado por José de San Martín, el Sr. Mujica indicó que tal como mencionado manuscrito fue sustraído, durante su gestión también se retiraron manuscritos del Mariscal Andrés Avelino Cáceres, los mismos que fueron encontrados en un basurero en la azotea de la Biblioteca Pública de Lima. Señala el ex director que ocultar los bienes en la basura, empaquetados para evitar su deterioro esta sería la modalidad.

Lamentablemente, el ex director Mujica comentó que el proceso aperturado por la fiscalía respecto al robo de este manuscrito se archivó puesto que no concurrieron los elementos para seguir investigando.

“Para el Poder Judicial peruano, estas no eran preguntas relevantes pues archivó el caso. Como los manuscritos no llegaron a salir del edificio, la Fiscalía argumentó que el delito no se había consumado.

Y por lo tanto no habían responsables pese a que sí existían altos funcionarios concretos de la BNP que tenían este archivo bajo su responsabilidad y custodia directa”. (Comercio, 2018)

Las casuísticas presentadas en este trabajo indican la escasa cantidad de casos de delitos contra el patrimonio cultural mueble que cuentan con apertura de investigación preparatoria, siendo que muchos de estos casos son archivados, tal como fue mencionado en el ejemplo anterior. Sobre el particular, otra casuística que podemos citar es el caso sumillado “Janier Aude y otros”; este caso, que se extendió por más de diez años en la justicia argentina, culminó con el retorno de más de 4000 bienes culturales peruanos originales, sin embargo también concluyó en el lado peruano con un proceso penal inconcluso y cerrado.

En el 2001 fue denunciado ante la justicia argentina el inusual movimiento de mercancías procedentes de varios países en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza hacia Buenos Aires, en específico las tiendas anticuarias de la Galería del Sol en el centro de Buenos Aires.

Tal como lo detalla el portal Ojo Público, la policía realizó una exhaustiva investigación que incluyó el allanamiento de las tiendas en la galería mencionadas, concluyendo que tanto el señor Janier Aude como otros, vendían más de 15 mil piezas arqueológicas originales que ingresaron a ese país haciéndose pasar por “objetos de escaso valor comercial”. (López, 2016)

Se determinó, en el proceso judicial civil que se llevó a cabo en Argentina, la originalidad de las piezas peruanas y el Tribunal Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 3 de Buenos Aires ordenó el decomiso definitivo de las piezas que fueron eventualmente devueltas al Perú y otros países debido a que la origen de las piezas determinó que la tenencia de las mismas no le correspondía a Janier Aude sino a los Estados de los cuales provienen los bienes culturales.

Por otro lado, la 53° Fiscalía Provincial Penal de Lima a pesar de haber aperturado las investigaciones sobre el supuesto sujeto activo y otros tres familiares por el delito de extracción ilegal de bienes culturales, se procedió al archivo por falta de pruebas en el 2005.

El portal Ojo Público, que realizó una amplia investigación sobre casos de robo de bienes culturales, reveló como parte de este caso, lo siguiente:

“Lo paradójico es que la única fiscal peruana que investiga los casos de tráfico ilícito de bienes del patrimonio cultural, Magda Atto, no tiene la menor referencia sobre este caso, o no la tenía cuando fue consultada para esta investigación periodística. Quienes sí parecen tenerlo presente son el jefe de la Oficina de Cooperación Internacional y de Extradiciones de la Fiscalía de la Nación, Alonso Peña, y su abogada asistente, quienes nos mostraron un dossier de hojas amarillentas en su pequeña oficina ubicada en el noveno piso del edificio central del Ministerio Público”. (Ojo Público, 2013).

Finalmente podemos citar el caso de Leonardo Patterson, quien es reconocido por ser un importante traficante de arte y bienes culturales a nivel internacional. En agosto del año

2004, el Dr. Walter Alva, Director del Museo Tumbas Reales de Sipán, presentó ante la Policía Fiscal de Lima una denuncia indicando tener conocimiento de la existencia de una colección de obras de arte prehispánico en propiedad de Leonardo Patterson, de nacionalidad costarricense. Esta colección había sido exhibida en Santiago de Compostela en el año 1997, asimismo estas piezas correspondían a las aparecidas en el catálogo de la mencionada exposición denominada “Prehispanic American – Time and Culture (2000 B.C – 1550 A.D)”, publicado en Nueva York.

En fecha similar, el anterior Instituto Nacional de Cultura (INC) informó al Procurador Público del Estado del Sector Educación, que en mérito a la Denuncia de la 18° Fiscalía Provincial Penal de Lima, de fecha 26 de abril del 2005, se abrió proceso penal contra Leonardo Augustus Patterson y Delia Beatriz Podestá Cuadros por los delitos contra el patrimonio cultural, contra los bienes culturales (inducción de atentados contra Yacimientos Arqueológicos) y destrucción, extracción o no devolución de bienes culturales en agravio del Estado.

Con el transcurrir del tiempo, el Perú logró recuperar 273 objetos que reclamaba a Leonardo Patterson mientras estuvieron guardados en una bodega de Santiago de Compostela. Sin embargo, quedaron pendientes de restitución cuatro textiles de las cultura Nazca y Chimú y nueve piezas de prehispánica que, si bien figuraban en el catálogo de la exhibición de 1996, no fueron halladas en la bodega.

La embajada peruana y otras latinoamericanas iniciaron un juicio de corte administrativo para evitar que se levante el embargo y se entreguen las piezas al señor Patterson. Sin embargo en el 2010 el Tribunal Contencioso Administrativo Bávaro de Munich sentenció en contra del Perú al rechazar el pedido de devolución de los bienes culturales incautados a Patterson a falta de legitimación pasiva del Estado peruano. El citado Tribunal señaló que los argumentos presentados por el Perú respecto al expolio de los cuatro textiles incautados, no cumplían con los requisitos establecidos en la Ley de Restitución de Objetos Culturales alemana, al no haber sido expuestos de manera sustancial o hechos creíbles por el Perú; sobre este punto debemos recordar que la Ley alemana respecto a la restitución de bienes culturales es bastante estricta pues se debe cumplir con determinados requisitos que comprueben la propiedad de los bienes a fin de devolverlos al país solicitante, uno de estos requisitos es que

se demuestre ante la Corte correspondiente, que los bienes culturales se encuentren inventariados y que se demuestre su entrada ilegal al Estado Alemán con posterioridad al 2007, año en que ese estado se unió a la Convención de Unesco de 1995.

En el 2013 mediante Resolución N° 071-2013-JUS se resolvió acceder a la solicitud de extradición activa de Leonardo Augustus Patterson, sin embargo la misma no se pudo concretar puesto que no se presentó el cuaderno de extradición en el plazo establecido. En atención a lo sucedido, el Ministerio Público dejó de investigar el caso y fue archivado ese año, por tal motivo los bienes restantes de restitución al Estado Peruano no se han recuperado y el acusado no podrá ser sentenciado puesto el delito habría prescrito.

A lo largo de los casos mencionados, el factor común observado es justamente la problemática descrita al inicio del presente trabajo, la cantidad casi nula de procesados o sentenciados penalmente por este delito es alarmante, debido no solamente a la dificultad de comprobar los requisitos del delito sino también la falta de accionar de las entidades del Estado encargadas de velar por la protección del patrimonio cultural, lo deja en tela de juicio la importancia que se le da a este tema.

Siendo que las penas en los delitos contra el patrimonio cultural pueden llegar a ser muy bajas, el imputado o el juez de oficio pueden implementar cualquiera de las medidas alternativas que reconoce el código penal en su decisión a fin de que el agente pueda cumplir una condena diferente y evitar así el hacinamiento en las cárceles del Perú.

Debido a que la población no tiene conciencia de que realizar actos que involucren bienes culturales es un delito es que se produce el bajo índice de denuncias por delitos contra el patrimonio cultural, el cual es casi nulo. Tenemos que policía fiscal solo realizó solo una intervención en todo el año 2017 (DIRPOFIS, 2017), en el cual se levantaron treinta atestados sin mayores repercusiones sobre el particular.

Igualmente, el INEI reveló datos de los delitos registrados en fiscalías provinciales penales y mixtas en Lima durante los años 2014-2017 en los que se puede verificar que la cantidad de casos registrados respecto a bienes culturales sigue siendo uno de los más bajos (INEI, 2015), muchos de cuales posiblemente hayan resultado sobreseídas por no haberse acreditado de manera fehaciente la imputaciones penales.

Para citar algunos ejemplos más tenemos estadísticas de denuncias por comisión de delitos por robo registrados en comisarías en el distrito de Jaén durante los años 2013-2015 (Comité distrital de seguridad ciudadana, 2015) en que los delitos contra el patrimonio cultural están inmersos dentro de la categoría de “otros delitos” conjuntamente con delitos contra el honor, delitos ecológicos, contra derechos intelectuales, entre otros, siendo el número de denuncias cero durante el estudio de tres años.

Lo mismo sucede en la estadística desarrollada durante los meses de enero a junio del 2015 en las comisarías de San Bartolo, en la que se muestra la inexistencia de denuncias sobre patrimonio cultural (Observatorio Nacional de Seguridad ciudadana, 2015); también se pueden encontrar datos del Instituto Nacional de estadística e informática (INEI) en el que se puede apreciar que no existen denuncias por la comisión de delitos contra el patrimonio cultural en comisarías durante los años 2011 al 2014, solo siendo el 2015 la excepción con 93 denuncias reportadas (INEI, 2016), la misma entidad estableció una estadística respecto a los delitos registrados en fiscalías provinciales penales y mixtas en Lima durante los años 2008-2016, siendo las cifras de los delitos contra el patrimonio cultural bastantes bajas a comparación de los otros delitos (INEI, Delitos genéricos registrados en las fiscalías provinciales penales y mixtas del distrito de Lima 2008-2016, 2016).

Según estadísticas del propio Ministerio Público, las detenciones por delitos contra el patrimonio cultural son solo de 0.01% del total de 31,426 detenidos en Lima durante el año 2014 (Registro Nacional de detenidos y sentenciados a pena privativa de libertad efectiva, 2015), asimismo en estadísticas elaboradas por el Registro Nacional de detenidos y sentenciados a pena privativa de libertad efectiva (RENADESPPLE) los ingresos a establecimientos penitenciarios durante el año 2015 se elevan a 22,762 de los cuales el 14.65% de ellos corresponden a “otros delitos” (RENADESPPLE, 2016) en los que posiblemente se encuentren ingresos por delitos contra el patrimonio cultural, sin embargo no es totalmente seguro que dentro de esta categoría encontremos casos relacionados al tráfico de bienes culturales.

Estos hechos pueden causar la prescripción de la obligación que tiene el estado para investigar hechos criminales o persecución penal (Meini, 2014) pues cuando los bienes culturales son retirados ilícitamente del país, nos encontraríamos a merced de que

eventualmente salga a la luz la venta del bien pues una vez exportado el rastro de ubicación se pierde y esto influye en los plazos para la investigación penal de estos delitos. Como plazo máximo para el delito contra el patrimonio que incluya bienes culturales muebles es de ocho años, es decir que si en este tiempo el Ministerio Público no logra determinar la ubicación del bien, el sujeto activo del delito y no puede llevar a cabo la investigación penal por falta de indicios, ya no se podría juzgar al supuesto culpable incluso cuando este haya confesado el delito.

Debemos señalar también que la falta de fiscales especializados en la materia promueve la situación investigadora actual, por tratarse de un tipo penal especial los fiscales normalmente no tienen conocimiento técnico sobre qué tipo de pericias pueden realizar o cual es la importancia del patrimonio cultural en el Perú.

Todos estos factores conllevan a que los delitos contra el patrimonio cultural queden impunes o que en vista de la poca información que se tiene sobre el particular no se pueda hacer uso de los tipos penales desarrollados en el capítulo correspondiente y por lo tanto no pueda sancionarse como se debiera los atentados contra bienes culturales muebles o inmuebles. Esta situación debe cambiar a fin de que se pueda hacer correcto uso de la Constitución, la Ley de protección al patrimonio cultural y la norma penal.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. MÉTODO

3.2. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

3.2.1. Tipo de Investigación

El presente trabajo es de tipo descriptivo y analítico de corte transversal, pues se pretende describir la realidad jurídico-social relacionada a identificar las causales por las que no se ejecutan las penas en contra de los delitos contra el patrimonio cultural y asimismo

identificar la relación estadística entre las causales y el nivel de procesados en la ciudad de Lima durante el periodo de estudio.

3.2.2. Diseño de Investigación

La investigación es cuantitativa por cuanto se realizará un estudio a base de estadística para medir la relación entre las variables dependientes e independientes a través de encuestas.

3.3. VARIABLES

Variable Independiente: Delito contra el Patrimonio Cultural sobre bienes muebles.

Variable Dependiente: Procesados penalmente por el delito de extracción de bienes culturales muebles en la Dirección de Patrimonio Cultural del Ministerio de Relaciones Exteriores durante los años 2010-2015

3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA

La población de estudio está constituida por 230 expedientes que representan el total de casos por delitos contra el Patrimonio Cultural de la Dirección de Patrimonio Cultural del MRE, los mismos que comprenden casos relacionados a diferentes procesos que involucran bienes muebles e inmuebles.

Mientras que, la muestra está constituida por 217 expedientes que representada una porción representativa de la población mencionada por delitos contra el Patrimonio Cultural en la modalidad de extracción ilegal de bienes culturales de la Dirección de Patrimonio Cultural del MRE durante los años del 2010- 2015.

3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Las técnicas e instrumentos de recolección de datos para el presente estudio se desarrollaron a través de un cuestionario estructurado de los casos por delitos contra el Patrimonio Cultural constituidos en la Dirección de Patrimonio Cultural del Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) durante los años 2010- 2015.

- Se solicitó la autorización a la Dirección General para Asunto Culturales (DAC) del MRE.
- Se coordinó con la Ministra Encargada de la Dirección de Patrimonio Cultural.
- Se solicitó el consentimiento del Embajador de la DAC.
- Se realizó la toma de datos de los expedientes abiertos y cerrados relacionados al patrimonio cultural de la DPC dentro de los años 2010-2015.
- Se garantiza el anonimato y confidencialidad de los funcionarios diplomáticos y administrativos que fueron parte de las gestiones.

3.6. TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO DE DATOS

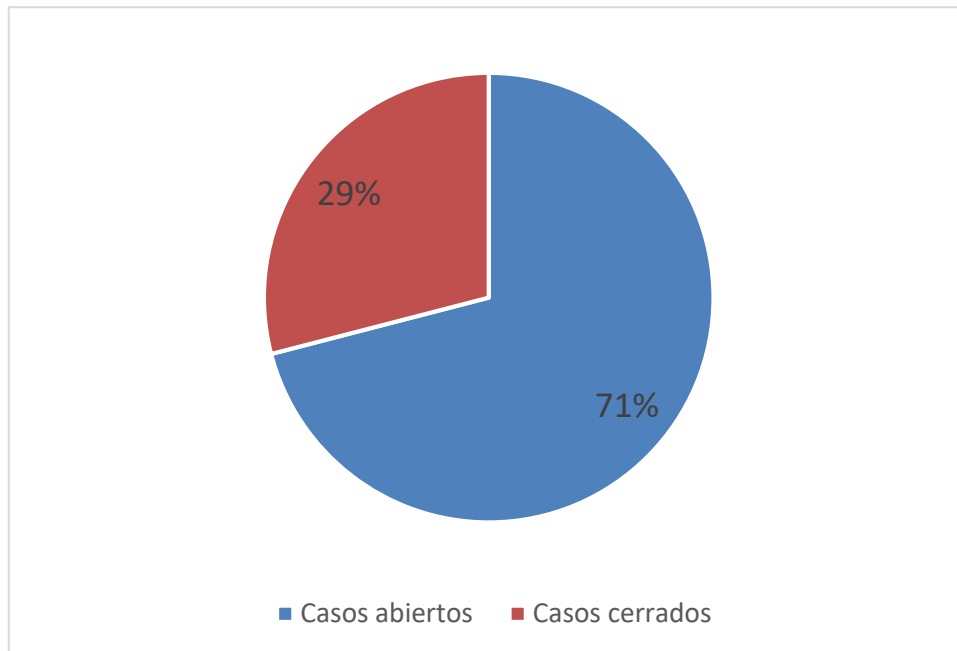
Una vez aplicado el instrumento para la recolección de datos, se realizó estadísticas simples para medir la cantidad de procesados penalmente por delitos contra el patrimonio cultural.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Gráfica N° 1

Totalidad de casos en la Dirección de Patrimonio Cultural (MRE) durante 2010-2015

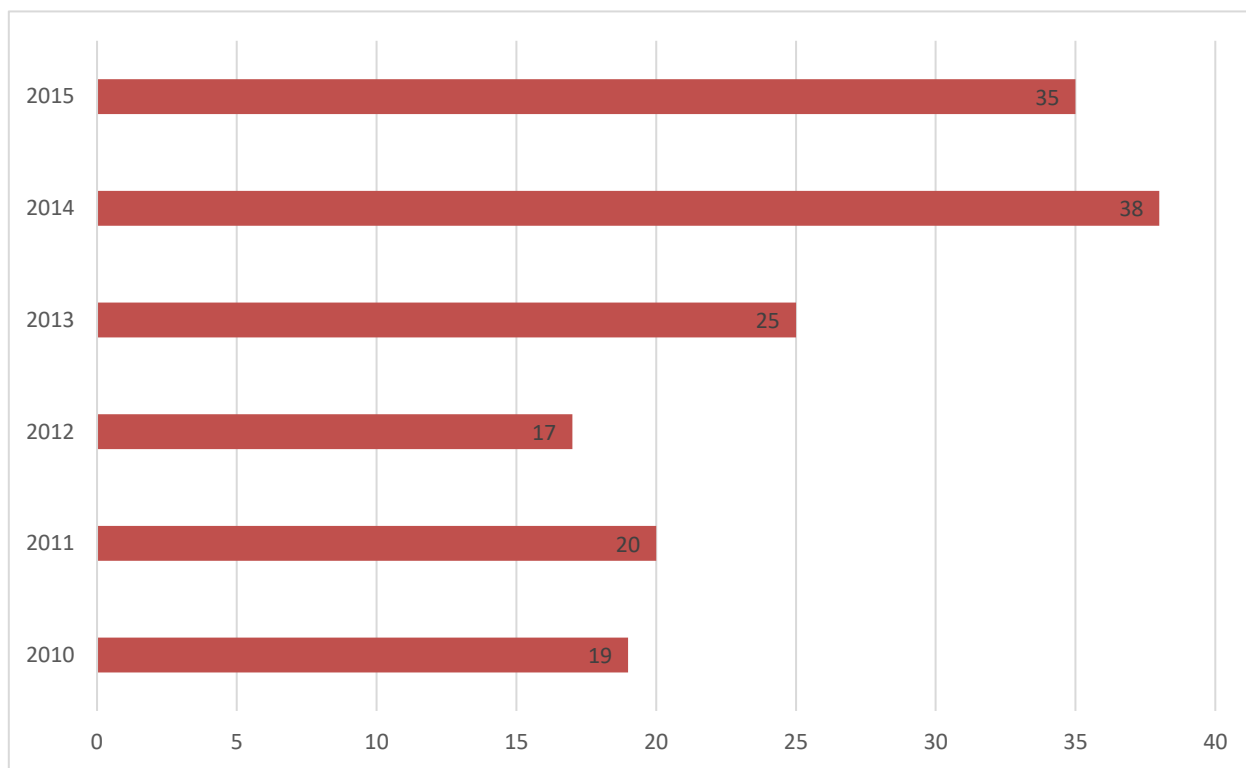


Sobre la cantidad de casos tenemos que, de la totalidad de casos el 71% (154) permanecen a casos en proceso es decir abiertos; solo el 29% (63) se encuentran cerrados. Podemos observar que los casos abiertos, es decir aquellos en los que el proceso de investigación, información o recuperación de los bienes culturales aún siguen pendientes, sobrepasan en gran cantidad a los cerrados, identificados así porque las piezas se recuperaron y fueron entregadas al Ministerio de Cultura.

Debemos rescatar además que existen casos en proceso que datan desde mucho antes de la fecha de muestreo de este trabajo, incluso de principios del año 2000 o anterior.

Gráfica N° 2

Cantidad de casos abiertos por año en Dirección de Patrimonio Cultural (MRE) durante 2010-2015

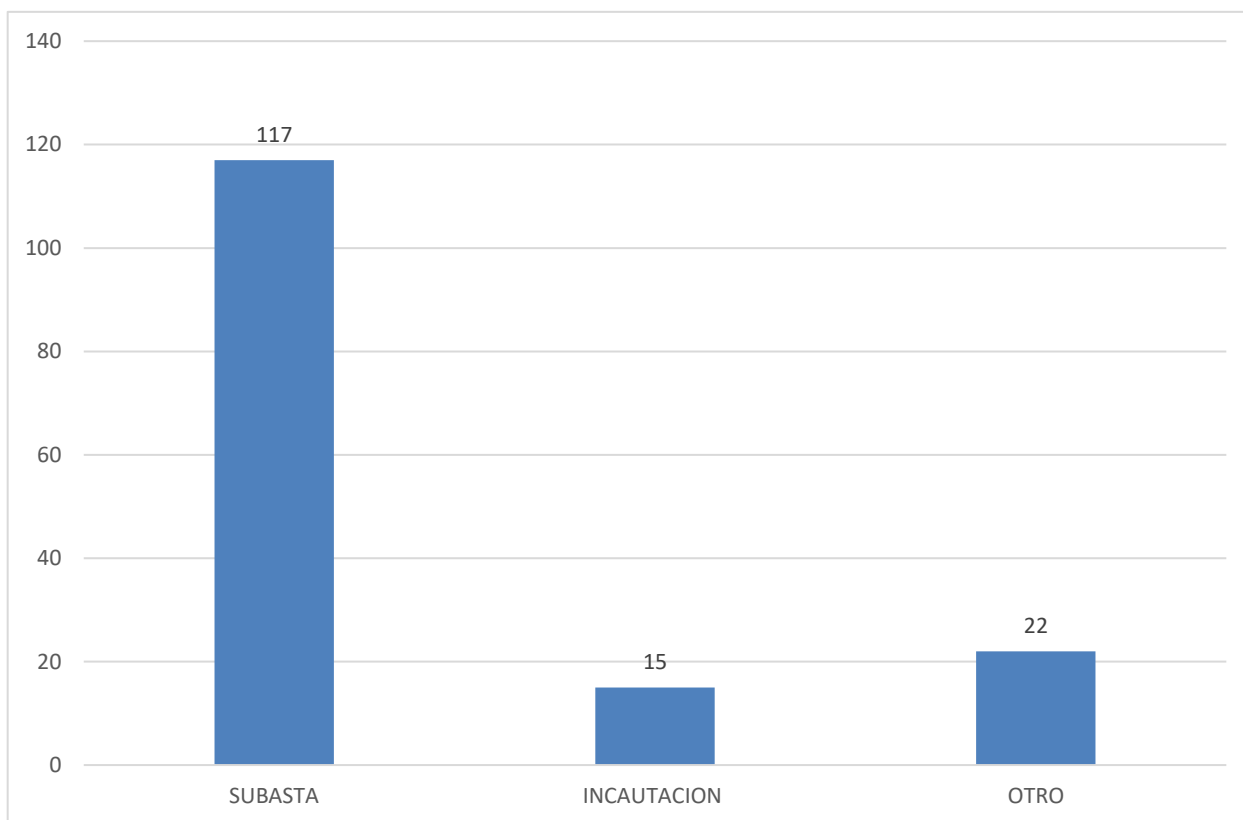


En relación a la cantidad de casos abiertos por año, tenemos que en el año 2014 se abrió la mayor cantidad de carpetas, específicamente 38 carpetas y en menor cantidad en el año 2012 con 17 carpetas del total de 154 casos abiertos estudiados dentro del período seleccionado.

Las carpetas estudiadas cuentan con información sobre las coordinaciones entre el gobierno y autoridades peruanas y sus homólogos en el extranjero, canalizado siempre a través del Ministerio de Relaciones Exteriores como lo señala la Ley de Patrimonio Cultural de la Nación N° 28296 en su artículo 63.

Gráfica N°3

Tipos de casos abiertos durante el 2010-2015 en la Dirección de Patrimonio Cultural (MRE) durante 2010-2015



De los casos abiertos investigados se puede determinar que 117 de ellos corresponden a casos de venta de bienes culturales llevados a cabo por casas de subastas en el extranjero, muchas de ellas de gran renombre como la Casa Zemanek-Münster en Alemania, Casa Binoche & Giquello en Francia, Casa de subastas Sotheby's en Estados Unidos, entre otras. Están comprendidas en la misma, la puesta en venta de bienes culturales en sitios online como Mercado Libre, Ebay, Todo colección, etc.

Cabe recalcar que en los casos en los que participa una casa de subasta es mucho más difícil detener la venta de los bienes pues no solo se debe probar la originalidad de las piezas sino también la propiedad del Estado peruano sobre las mismas, identificando la entrada con fines ilícitos al país de los bienes culturales para así demostrar ante las autoridades

correspondientes y las casas de subastas que la posesión o propiedad de los dueños es ilegal, habilitando así el pedido de restitución de las piezas al Perú.

Lamentablemente en muchos de los casos no se puede comprobar el derecho de propiedad sobre los bienes por lo que quedan a la espera de que se presente nueva información relevante para continuar con el caso; por tal motivo las carpetas quedan sin resolverse, es decir abiertas.

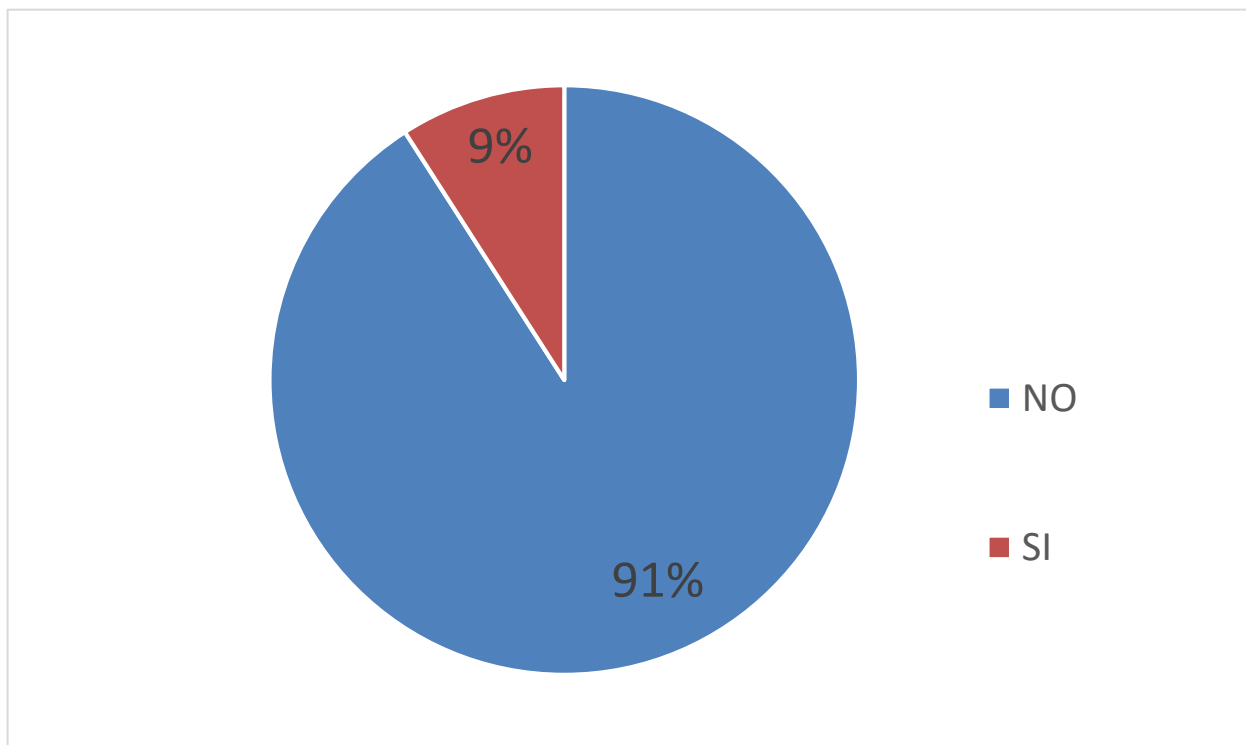
Solo 15 casos de la totalidad de casos abiertos, se produjo por incautación de los bienes, esto sucede cuando el sujeto es interceptado por agentes policiales, aduaneros u otros en el momento en el que se procuraba ingresar el bien al extranjero. En estos casos se le solicita la información y documentación correspondiente que se demuestre la posesión o propiedad lícita de los bienes, si no se llegase a comprobar la misma se procede a la incautación.

Posteriormente se informa a las autoridades peruanas que identifiquen y prueben que las piezas son propiedad de estado, en este caso todavía se encuentra pendiente el procedimiento.

Los casos comprendidos bajo la denominación otros comprende a exposiciones o exhibiciones relacionadas con museos o colecciones privadas, en las que las Misiones Diplomáticas comunican la posesión de posibles bienes culturales para luego iniciar con las gestiones a fin de solicitar la restitución de las piezas que fueron identificadas como originales.

Gráfica N° 4

¿Los bienes culturales se encuentran registrados?



Como se puede observar solo el 9% de los casos abiertos estudiados presentan bienes culturales registrados como patrimonio cultural anterior a la fecha de la comisión del supuesto delito. Este es un número alarmante ya que muestra que a nivel nacional se está dejando de lado el registro de las piezas, siendo esto uno de los requisitos más importantes al momento de solicitar la restitución de las piezas en el extranjero.

Debemos recalcar que los gobiernos extranjeros, en virtud de la Convención de Unesco de 1970 y el Convenio Unidroit de 1995 hacen un llamado a los estados partes a registrar los bienes dentro de su ámbito, siendo una de las pruebas más solicitadas para amparar los pedidos a nivel internacional.

Nuestra legislación no es aplicable en el extranjero, por aplicación espacial, por lo que no se puede argumentar la validez de la presunción legal establecida en la Ley N°28296; esto no

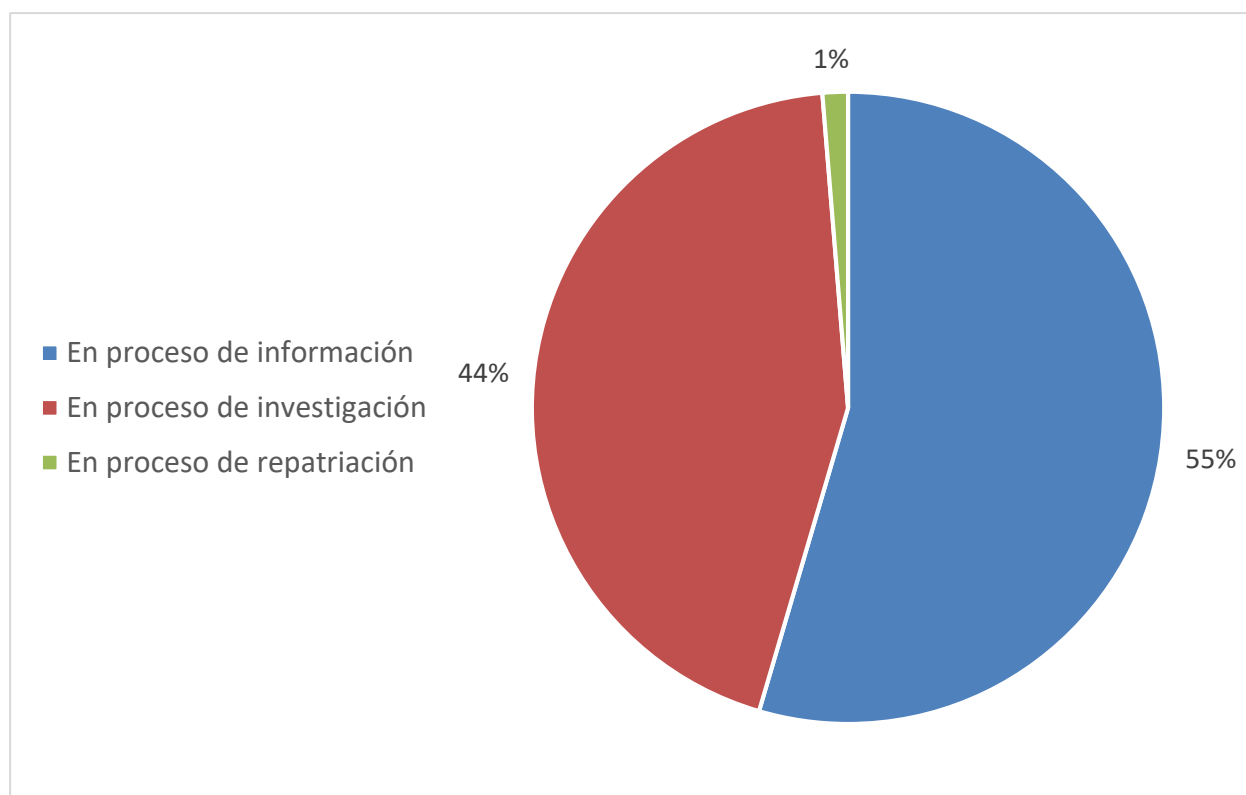
es argumento válido para sustentar nuestros pedidos de restitución a modo supletorio al registro de los bienes culturales.

Es responsabilidad del Ministerio de Cultura el registrar los bienes culturales que forman parte del patrimonio cultural, luego de su correspondiente evaluación, como lo establece el artículo 14 y subsiguientes de la mencionada ley.

Esta situación debe cambiar a fin de poder recuperar la mayor cantidad de bienes que se encuentran en el extranjero con fines de comercialización.

Gráfica N° 5

Causas relacionadas a los procesos abiertos en la Dirección de Patrimonio Cultural durante 2010-2015



El presente gráfico muestra el motivo por el que los presentes casos se encuentran abiertos, siendo identificados en su gran mayoría por encontrarse en proceso de información es decir,

en curso de obtener cualquier tipo de información que coadyuve el pedido en primera instancia a los gobiernos extranjeros para la restitución de las piezas que fueron identificadas como originales.

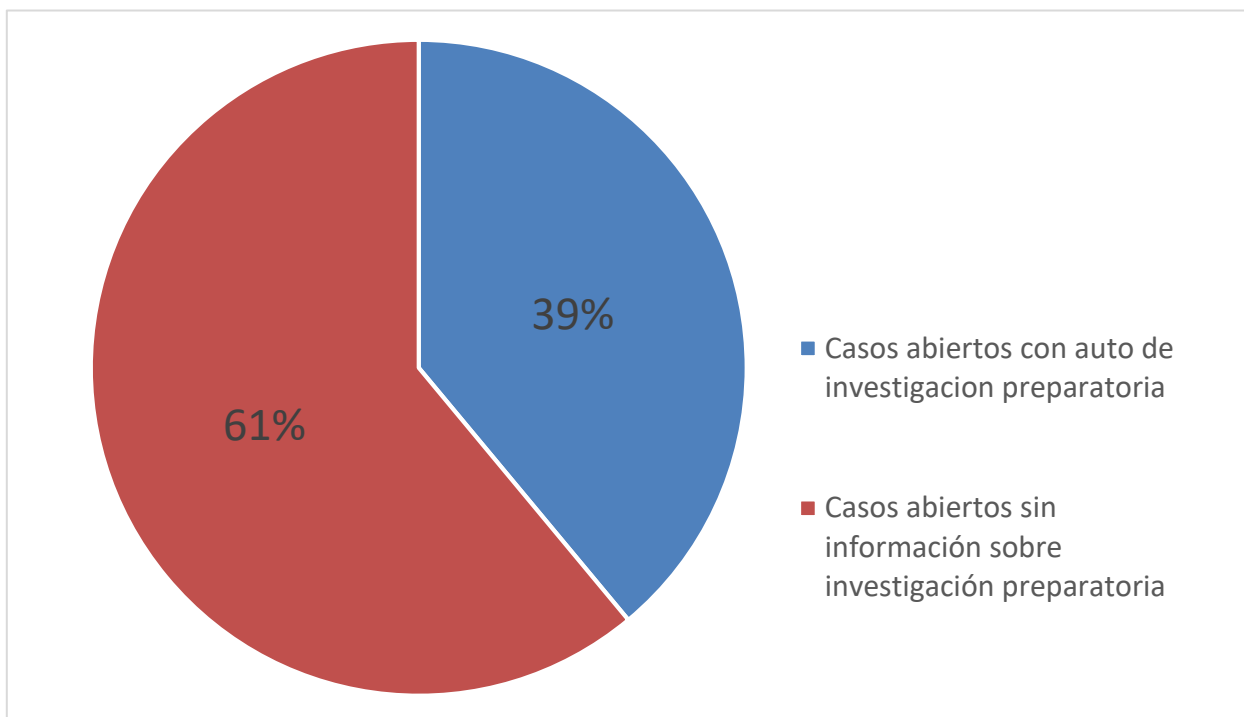
Siendo la primera instancia las negociaciones diplomáticas realizadas por los pedidos hechos por las misiones diplomáticas a las autoridades del gobierno extranjero mediante notas diplomáticas o directamente a las empresas que subastan los bienes.

En el caso de proceso de investigación, determinado con el 44% está caracterizado por que se tiene conocimiento que existe un proceso penal o de investigación a nivel nacional o internacional; en estos casos la Fiscalía tiene conocimiento sobre el caso en virtud a las denuncias realizadas por la procuraduría del Ministerio de Cultura y por las solicitudes de asistencial judicial internacional interpuestas por esta ante sus homólogos en el extranjero para de esta manera coadyuvar al proceso de investigación en el Perú, siendo esta la diferencia entre ambas categorías.

Finalmente, los procesos de repatriación representado por el 1% está caracterizado por que los procesos de recuperación fueron asertivos y se está a la espera del retorno de las piezas al Perú, sin embargo como podemos ver el porcentaje de esta categoría es extremadamente bajo por lo que podemos entender que en la mayoría de casos abiertos no se están obteniendo la recuperación de los bienes culturales, por lo que más de 300 bienes categorizados como originales por el Ministerio de Cultura no llegan a retornar al Perú.

Gráfica N° 6

Número de casos abiertos que cuentan con auto de investigación preparatoria en la Dirección de Patrimonio Cultural (MRE) durante los años 2010-2015



En este gráfico podemos observar que de la cantidad total de casos abiertos, es decir 154, solo 60 de ellos cuentan con auto de apertura de la investigación preliminar o preparatoria, en el resto de casos no se comunica sobre alguna denuncia o inicio del proceso de investigación.

Esto se traduce en el bajo índice en relación a la investigación de delitos contra el patrimonio cultural, lo que se complementa y ratifica con los datos estadísticos mencionados en el capítulo anterior en que se demuestra que la persecución de estos actos es bastante baja a comparación de otros delitos.

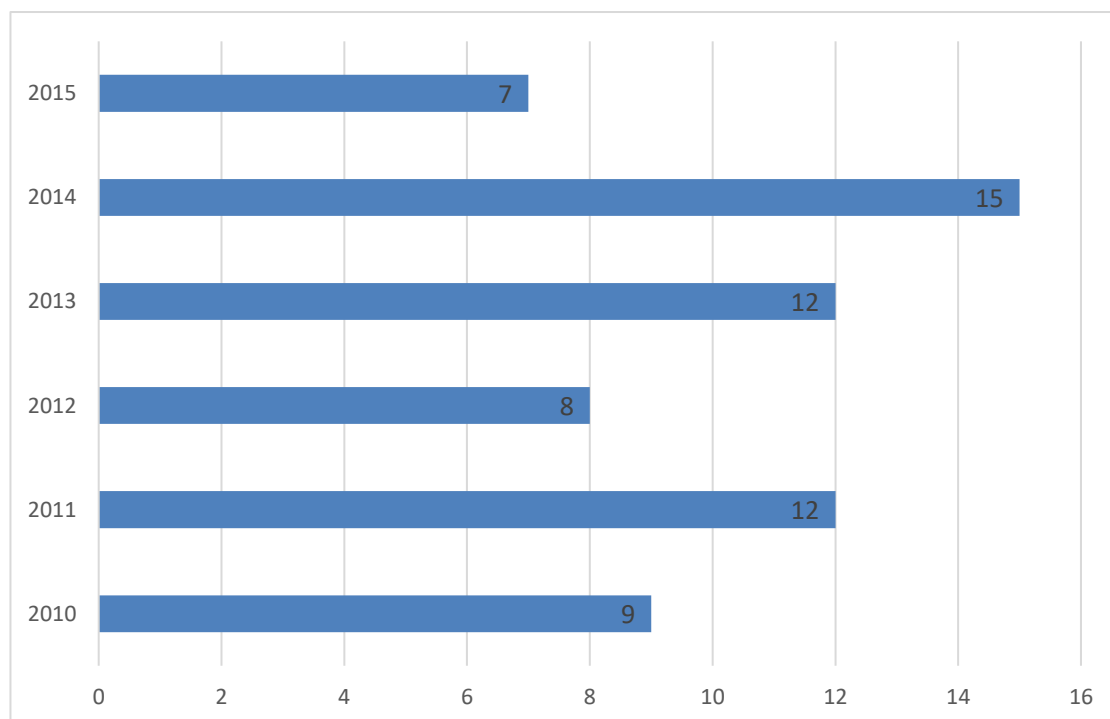
Cabe señalar que en ninguno de los casos estudiados se cuenta con información respecto a sentencias emitidas por el Poder Judicial, ni condenatorias ni exculpantes de la acción. Solo

en dos casos fuera del lapso de estudio escogido de muestra avances de tipo judicial, siendo uno de ellos un caso de incautación en España durante el año 2007, en el que la Fiscalía formaliza la acusación, solicitando pena privativa de libertad y el pago de una reparación civil a favor de estado peruano.

Y el caso contra Leonardo Patterson, citado anteriormente, un famoso comerciante de antigüedades, quien fue encontrado en posesión de más de 200 piezas peruanas en el 2004 por autoridades españolas; en este caso se cuenta con una sentencia del poder judicial e incluso un pedido de extradición, el cual no se llegó a concretar por falta de pruebas y presentarse extemporáneamente; cabe señalar que el caso Patterson aún sigue vigente, estando casi 15 años en proceso.

Gráfica N° 7

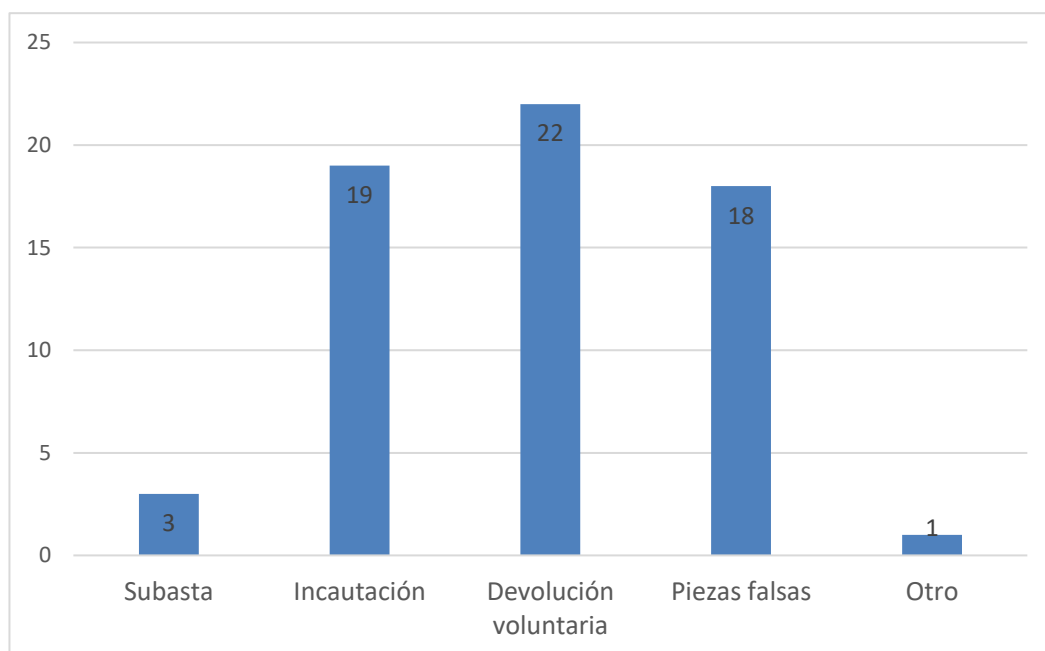
Cantidad de casos cerrados por año en la Dirección de Patrimonio Cultural (MRE) durante 2010-2015



Este gráfico muestra la cantidad de casos cerrados o archivados, los mismos que se caracterizan por que las piezas fueron recuperadas y entregadas al Ministerio de Cultura. La totalidad de casos cerrados son 63, siendo el 2014 el año en que se produjo la mayor cantidad de casos cerrados y el 2015 el menor con 7 expedientes cerrados.

Gráfica N° 8

Causas relacionadas al cierre de los casos en la Dirección de Patrimonio Cultural (MRE) 2010-2015



Podemos observar aquí los motivos por los cuales los casos se encuentran archivados; una de las causas principales es la devolución voluntaria de ciudadanos extranjeros al estado peruano de bienes culturales que fueron identificados como originales por el Ministerio de Cultura. Debemos indicar que a pesar de ser un dato esperanzador pues implica que son 22 casos en los que bienes culturales que retornaron a nuestro país, la devolución voluntaria no tiene mayor repercusión judicial pues no se apertura ningún procedimiento en contra de quienes devolvieron la pieza; esencialmente el estado peruano recupera piezas por la libre

decisión de personas de devolver las piezas más no porque se hayan ganado procesos judiciales.

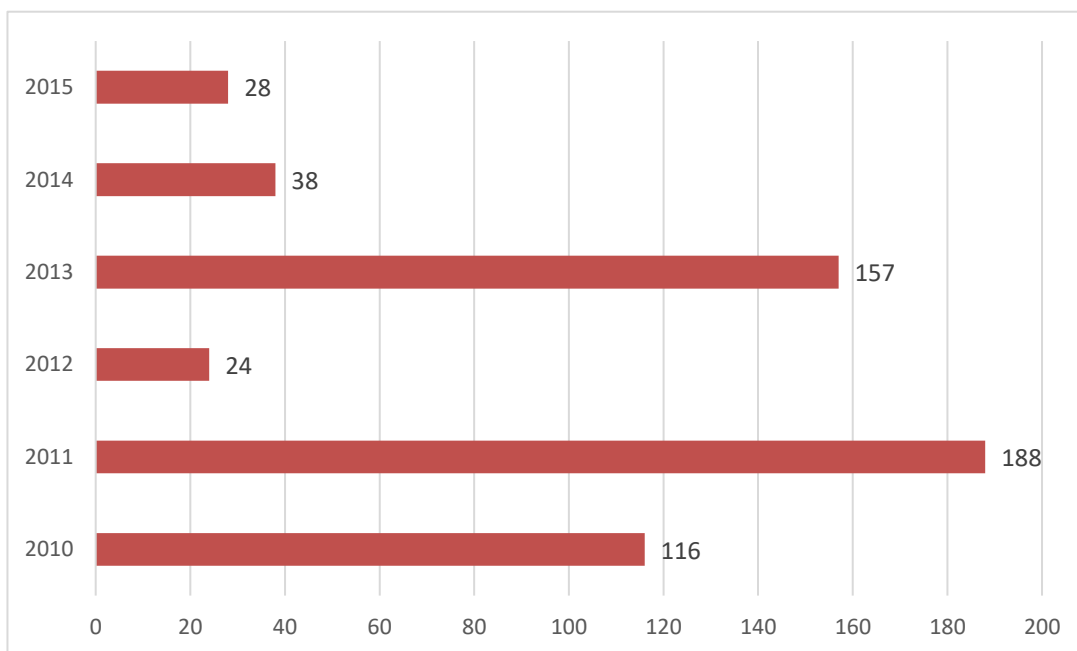
Sin embargo, la siguiente causa de restitución es por incautación que se caracteriza por que las autoridades extranjeras retuvieron bienes que no cuentan con documentación que valide su origen lícito y gracias a coordinaciones entre el Ministerio de Cultura y el Ministerio de Relaciones exteriores se pudo confirmar la propiedad del estado peruano sobre las piezas y luego se procedió a la repatriación de las mismas.

Un número alarmante es la cantidad de casos cerrados por tratarse de bienes falsos o réplicas, se tratan de expedientes en los que el Ministerio de Cultura determino que no se trataban de bienes originales y por lo tanto se cerraron sin lograr su repatriación. Solo los bienes culturales originales y que forman parte del patrimonio cultural pueden ser repatriados.

Respecto a las subastas solo 3 casos pudieron devolverse los bienes por coordinaciones en el exterior, sin que medie mayor información sobre el proceso policial de investigación y finalmente la categoría otro que cuenta con un solo caso en el que se logró la repatriación de la pieza.

Gráfica N° 9

Cantidad de piezas recuperadas por año en la Dirección de Patrimonio Cultural (MRE) durante 2010-2015



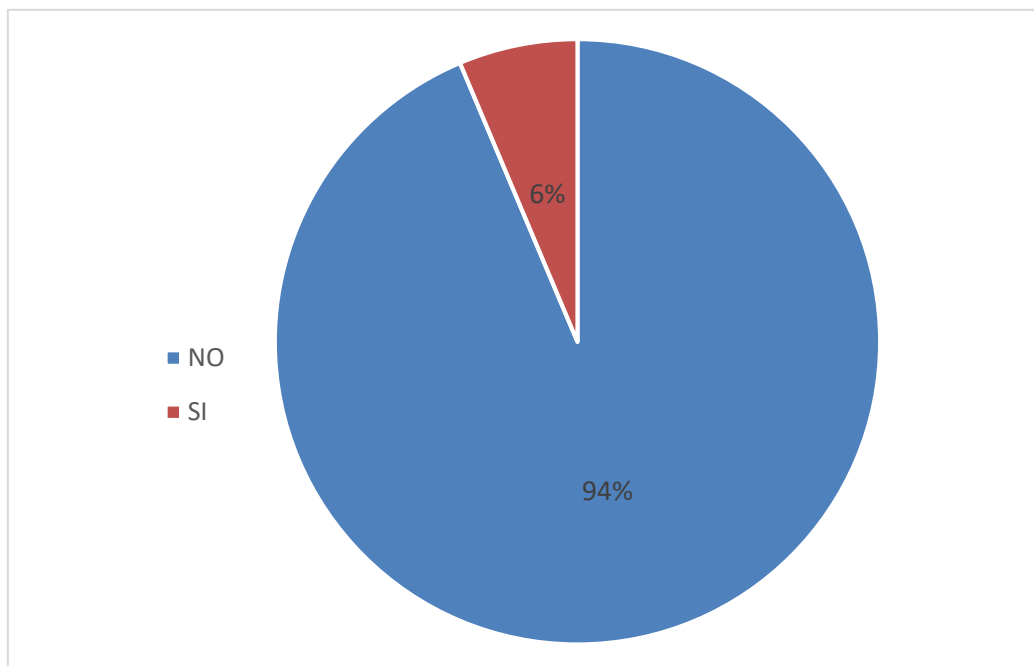
En este gráfico podemos observar la cantidad de piezas que fueron recuperadas durante el periodo de estudio; en el 2011 se recuperó la mayor cantidad de bienes culturales, la gran mayoría provienen de un solo caso en que la policía británica devolvió 123 piezas textiles.

Continúa el año 2013 con 157 bienes recuperados, la gran mayoría de estos provienen de un caso de incautación en Argentina en el que se demostró la originalidad de las piezas y el juez dispuso la repatriación al estado peruano de las mismas.

Cabe señalar que no se incluyó en este muestreo el caso contra Janier Aude en Argentina, en el que se recuperó más de 4000 piezas después de un largo proceso civil en ese país, pues este caso inicio en el 2007, dos años antes del periodo de estudio.

Gráfica N° 10

¿Se encontraban registrados los bienes culturales recuperados durante el 2010-2015?

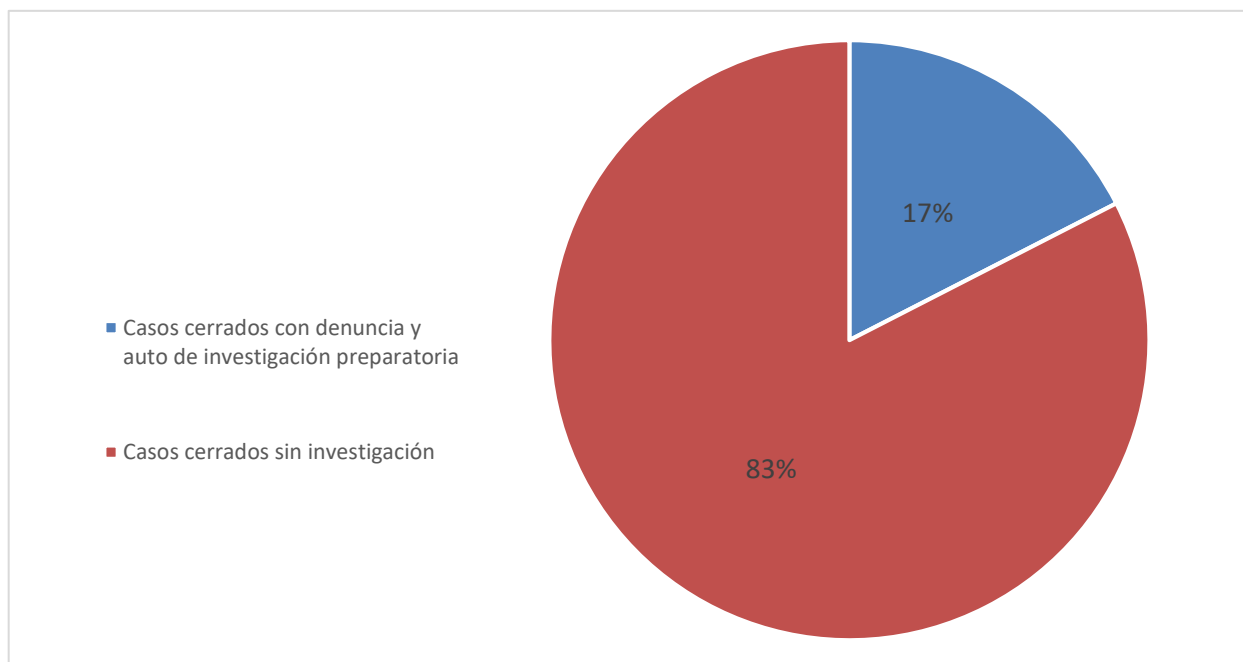


Al igual que en el gráfico relacionado con el registro de bienes culturales, podemos ver que en casi la totalidad de los casos, 94%, los bienes no se encuentran registrados. En este caso solo el 6% de los casos cerrados contaban con bienes culturales reconocidos como patrimonio cultural antes del conocido el proceso.

Como fue mencionado con anterioridad, el Ministerio de Cultura no debe guiarse enteramente de la presunción legal establecida en la ley y debería encargarse como autoridad administrativa correspondiente, analizar, declarar y registrar los bienes culturales que forman parte del patrimonio, siendo su principal tarea.

Gráfica 11

Casos cerrados que contaron con denuncia e investigación preparatoria en la Dirección de Patrimonio Cultural (MRE) durante los años 2010-2015



Siendo 63 la totalidad de casos cerrados, según el estudio podemos concluir que en solo 11 casos se contaban con información de Fiscalía sobre el procedimiento de investigación. En ninguno de los casos estudiados se observó que la investigación se formalizara o que se contará con una sentencia del Poder Judicial.

Los casos de delitos contra el patrimonio cultural deben ser debidamente sancionados como establece la ley; sin embargo, como podemos ver en casi ninguno de los procesos se sanciona como debería ser a pesar de estar regulado por el código penal.

Los resultados concuerdan con las estadísticas mencionadas en el capítulo anterior sobre la poca o casi inexistente cantidad de reos en cárcel condenados por delitos contra el patrimonio. Resulta de vital importancia modificar varios aspectos de nuestra legislación y de procedimientos para poder lograr el cumplimiento de la sanción penal correspondiente y la recuperación de los bienes culturales integrantes del Patrimonio cultural.

CONCLUSIONES

- La falta de investigación sobre el tema cultural en el país, la falta de actualización de la norma penal y administrativa relacionada a la persecución de este delito, la evidente malinterpretación de la presunción legal sobre el patrimonio cultural, la falta de presupuesto de las entidades públicas, la falta de cuidado y protección de los sitios arqueológicos, el deficiente control en las fronteras, entre otros, son algunos de los motivos por el cual no se llega a procesar a los sujetos activos de este delito pues como hemos podido observar de la discusión de los resultados, no se tiene conocimiento de algún caso en que exista una condena emitida por el Poder Judicial o incluso una formalización de acusación por parte de la Fiscalía por la comisión de algún delito contra el patrimonio cultural durante los cinco años de estudio.

Por otro lado, resulta evidente que las sanciones penales incluidas en nuestro código penal no son una herramienta adecuada para lograr la encarcelación de los sujetos activos y consecuentemente de la reducción en la incidencia del delito contra el Patrimonio Cultural pues estas no se ajustan a la realidad pues no reconocen a los verdaderos agentes del delito ni se tiene en cuenta cómo es que verdaderamente se ejecuta estos actos contra el patrimonio cultural; no se puede esperar contar con una norma penal adecuada siendo esta producto de un análisis de escritorio y no de campo.

Finalmente, una de las grandes causas que impiden la recuperación de bienes culturales en el exterior es la falta de pruebas que demuestren la propiedad del bien cultural al estado peruano en virtud a un registro o inventario, por lo que a nivel administrativo el Ministerio de Cultura debe mantener actualizado el registro pues es su función principal en este aspecto. No se puede continuar con la realidad mostrada en los gráficos correspondientes al registro de los bienes, pues no coadyuvan a la posición peruana para recuperar los bienes culturales peruanos además que en mucho de los casos que hemos revisado los bienes culturales no eran originales, lo que provoca que toda la comunicación y análisis de las piezas sea considerada como una tarea de la cual se podía prescindir si es que los bienes hubiesen estado registrados como réplicas.

RECOMENDACIONES

Se recomienda principalmente el cambio de la Ley N° 28296 mediante un proyecto de ley en los siguientes extremos:

- Eliminar la presunción legal establecida en el artículo tercero del Título Preliminar, en la que se señala que todo bien cultural es parte del patrimonio cultural sin importar su condición o análisis, para que de esta manera solo la evaluación y registro del objeto sean los medios correctos para considerar un bien cultural como parte del Patrimonio Cultural.
- Unificar y correctamente conceptualizar los términos de bienes culturales y Patrimonio cultural, a fin de que no crear confusiones al momento de aplicarlo supletoriamente pues como ya hemos visto existen diferencias entre ambos.
- Modificar la denominación del antiguo Instituto Nacional de Cultura al Ministerio de Cultura
- Eliminar el artículo 17 y modificar el artículo 7 inciso 2 a fin de mencionar que la obligación de registrar los bienes culturales integrantes del patrimonio cultural y réplicas en primera instancia le corresponde al Ministerio de Cultura, después del análisis competente, más no al propietario.
- Modificar el artículo 15 para especificar que el Registro Nacional de bienes integrantes del Patrimonio Cultural debe ser un sistema ordenado, de acceso público y virtual.
- Modificar el artículo 10 con el fin de mencionar que el estado peruano, a través de sus entidades públicas, protege y defiende la restitución de los bienes culturales de quien fuese propietario de los mismos, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales que pueda afrontar quien le corresponda.
- Modificar el artículo 18 en el que se señala que se presume la adquisición ilícita de quien no cumpla con los requisitos y trámites establecidos para la venta de un bien cultural integrante del patrimonio, pues como es conocimiento la mala fe no se puede presumir sino que se debe probar.

- Modificar el artículo 20 pues limita el libre ejercicio de los particulares a ejercer su derecho de propiedad sobre los bienes culturales al prohibir la venta en partes o a restaurar los bienes, siendo que debería reafirmar la obligación del propietario de dar a conocer a la entidad competente las acciones a realizar y de mantener el bien en la mejor calidad posible.
- Modificar el artículo 23 a fin de incluir la evaluación o examinación del bien por parte del Ministerio de Cultura para la protección completa de los bienes muebles.
- Eliminar el inciso a del artículo 49 pues no es posible sancionar administrativamente al propietario de un bien por no solicitar el registro debido a que el registro es una obligación y facultad del Ministerio de Cultura, quien solo debe registrar el bien después de analizarlo y declararlo expresamente como patrimonio cultural.

Por otro lado, se recomienda a nivel penal la modificación del código penal mediante un proyecto de ley en los siguientes extremos:

- Modificar los artículos 228 y 230 de este cuerpo legal a fin de unir ambos conceptos sin hacer distinción sobre la antigüedad del bien cultural.
- Imponer penas más drásticas.
- Exigir previamente la declaración del bien cultural como parte del patrimonio cultural.
- Implementar la figura de los sitios de venta o casas de subastas como sujetos activos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

Congreso de la República. (2015). “Constitución Política del Perú”. Biblioteca del Congreso de la República. Lima.

Díez Soto, Carlos Manuel. (2017). “Lecciones de introducción al derecho patrimonial”. España.

Ferrero, Luis. (2001). “Pensándolo bien”. Editorial Universidad Estatal a distancia. Costa Rica

Lumbreras, Luis Guillermo (2005). “Arqueología y sociedad”. Instituto de Estudios peruanos. Lima

Peña Cabrera, Alonso. (2014). “Derecho Penal- Parte Especial”. Tomo III. Idemsa. Lima.

Peña Gonzales, Oscar y Almanza Altamirano, Frank. (2010). “Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso”. Editorial Apecc. Lima.

Ubi lex Asociados. (2010). “Diccionario de Latín Jurídico”. Lima.

Tesis

Camps Mirabet, Núria. (2000). “La protección internacional del patrimonio cultural”. Tesis para obtener el título de doctor en derecho, Universidad de Lleida. España.

Caspeta Gómez, Fátima Rosario. (2008). “Consideraciones jurídico-penales en torno a los delitos que atentan contra el patrimonio cultural mexicano”. Tesis para obtener el título de licenciado en derecho. México.

Gutiérrez Galván, Ángela. (2012). “Tratamiento legal y valoración económica de los bienes muebles de patrimonio cultural de la Nación”. Tesis para obtener el grado de bachiller. Lima.

Martínez Rodríguez, Encarnación. (2015). “El delito de daños al Patrimonio Histórico”. Tesis Doctoral. Granada, España.

Rivera Díaz, Johanna Andrea. (2014). “Robo y tráfico ilícito de Bienes Culturales”. Tesis de Licenciatura en Arte. Santiago de Chile, Chile.

Tuero Ochoa, Karelin. (2013). “Los delitos contra el patrimonio cultural: delimitación de los ámbitos de responsabilidad penal y administrativa”. Tesis de Postgrado PUCP. Lima.

Revistas

Fernández Cruz, Gastón. “Interpretación al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano”. Revista Derecho y Sociedad. Lima.

Jiménez Mostazo, D. Antonio y Alvarado Rodríguez, Pedro. (2005). “Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (II). Significado del principio ne bis in idem”. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988-X, vol. XXII. España

Majar, Daniel. (2004). “El derecho administrativo sancionador”. Ed. Ad Hoc. Lima

Manlio Frigo. (2004). “Bienes culturales o patrimonio cultural: ¿Una “batalla de conceptos” en el Derecho Internacional?”. Revista Internacional de la Cruz Roja

Neme Villareal, Martha Lucía. (2009). “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. Revista de Derecho Privado. N°17. Colombia.

Núñez Pérez, Fernando. (2009). “La aplicación del principio non bis in ídem en el delito de manejar en estado de ebriedad: ¿Cuál es la consecuencia si el primero que interviene es el derecho administrativo sancionador y posteriormente pretende intervenir el derecho penal?”. Rae Jurisprudencia, Jurisprudencia penal y procesal penal. Lima.

García- Corrochano, Luis. “La violación de los derechos patrimoniales de los particulares y pretensiones internacionales”. Lima.

Meini, Iván. “Sobre la prescripción de la acción penal”. Foro Jurídico, PUCP. Lima.

Rodríguez Moro, Luis. (2011). “Algunas críticas e incongruencias en la regulación penal de los delitos sobre el patrimonio histórico”. Revista de Derecho Penal y Criminología, Vol. XXXII. España.

Varón, de la Puente, Lizarzaburu, Álvarez- Calderón y Diez Canseco. (2013). “El patrimonio cultural en el Perú y el Mundo”. Revista de Derecho Internacional. Themis. Lima.

Artículos

Cruz Astorga, José Antonio. “Delitos contra el patrimonio cultural: análisis desde una perspectiva formalista”. España.

García Calderón, Jesús María. (2006). “La relación del patrimonio histórico en el derecho penal”. Curso: “La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales”. Madrid, España.

Moreno Chirinos, Jaime Alberto. “La conversión de pena: problemática”. Lima

Vaca Andrade, Ricardo. (2018). “Delitos contra el patrimonio cultural en el Ecuador”. Ecuador.

Páginas Web

ONU. (1966). “Acta de la Conferencia General, 14.a Reunión”. Recuperado de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114048s.pdf>

Federal Law Gazette. (2007). “Act implementing the UNESCO Convention of November 14, 1970 on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property and Implementing Council Directive 93/7/EEC of March 15, 1993 on the Return of Cultural Objects Unlawfully Removed from the Territory of a Member State”. Recuperado de: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=230663

Naciones Unidas (ONU). (1945). “Carta de las Naciones Unidas”. Recuperado de: <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>

Centro de Información México, Cuba y República Dominicana de las Naciones Unidas (CINU). (2017). “La importancia del patrimonio cultural”. Recuperado de: <http://www.cinu.org.mx/eventos/cultura2002/importa.htm>

Código Civil francés. (1804). Recuperado de:

https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf

Código Penal Peruano. (1991). Recuperado de:

http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf

Constitución de los Estados Unidos de América. (1787). Recuperado de:

https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/usconstitution_spanish.pdf

Constitución española. (1978). Recuperado de:

<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). Recuperado de:

<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>

Constitución Política de Colombia. (1991). Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

UNIDROI. (1995). “Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”. Recuperado de: http://www.lacult.unesco.org/docc/UNIDROIT_Sp.pdf

CRESPIAL. (2018). “¿Quiénes Somos?”. Recuperado de: <http://www.crespial.org/es/Seccion/index/1/Crespial>

ICOM. (2007). “Lista Roja de antigüedades peruanas en peligro”. Recuperado de: http://icom.museum/fileadmin/user_upload/images/Redlists/Peru/RLP_espanol.pdf

Instituto de Andalucía del Patrimonio Histórico. (2018). “Que es patrimonio cultural”. Recuperado de: <http://www.iaph.es/web/canales/patrimonio-cultural/>

Interpol. (2016). “13º reunión del grupo de trabajo de Interpol de Expertos en Bienes culturales robados Lyon (Francia)”. Recuperado de: <https://www.interpol.int/Crime-areas/Works-of-art/Conferences-and-meetings>

Ministerio de Cultura. (2018). “Dirección General de Defensa del Patrimonio Cultural”. Recuperado de: <http://www.cultura.gob.pe/defensapatrimonio>

Ministerio de Cultura del Perú. (2011). “¿Qué es patrimonio cultural?”. Lima. Recuperado de: <https://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/paginternas/tablaarchivos/04/1manualque espatrimonio.pdf>

Ministerio de Cultura del Perú. (2015). TUPA. Recuperado de:

<http://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/atencionciudadano/tablaarchivos/06/formatotupadelmcconsolidadofinalaprobado04-02-2015.pdf>

Ministerio de Cultura del Perú. (2016). “Manual de procedimientos del sistema nacional de registro de bienes culturales muebles”. Recuperado de:

<http://transparencia.cultura.gob.pe/sites/default/files/transparencia/2016/12/resoluciones-directorales/rd40.pdf>

Ministerio de Cultura del Perú. (2013). “Instructivo de Procedimientos de Control en módulos descentralizados del Ministerio de Cultura”. Recuperado de:

<http://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/paginternas/tablaarchivos/2015/05/instructivo deprocedimientosdecontrolde modulosdescentralizadosdelministeriodecultura.pdf>

Ministerio Público. (2015). “Registro nacional de detenidos y sentenciados a pena privativa de libertad efectiva 2014-2015”. Recuperado de:

http://www.mpf.n.gob.pe/Docs/0/files/revista_2015.pdf

National Geographic. (2015). “Here are the ancient sites ISIS has damaged and destroyed”. Recuperado de:

<https://news.nationalgeographic.com/2015/09/150901-isis-destruction-looting-ancient-sites-iraq-syria-archaeology/>

OEA. (1976). “Convención de San Salvador”. Recuperado de:

http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_C-16_Convencion_Defensa_Patrimonio_Arqueologico.asp

Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura. (1964). “Recomendación sobre las Medidas encaminadas a prohibir e impedir la exportación, importación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”. Recuperado de:

http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13083&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura. (1995). “Proyecto de convenio sobre bienes culturales robados e exportados ilícitamente de Unidroit”. Recuperado de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001013/101322So.pdf>

RENADESPPLE. (2016). “Revista estadística 2015-2016”. Recuperado de:

<https://www.mpfm.gob.pe/Storage/modsnw/pdf/4996-x9Ib7Nm1Jz6Lc2S.pdf>

Tribunal Constitucional. (2010). EXP. N.º 03706-2010-PA/TC. Recuperado de:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03706-2010-AA.html>

Tribunal Constitucional. (2005). EXP. N.º 1492-05-PA/TC. Recuperado de:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01492-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional. (2003). Exp. N.º 018-2003-AI/TC. Recuperado de:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>

Tribunal Constitucional. (2002). Exp. N.º 2050-2002-AA/TC. Recuperado de:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>

UNESCO. (2018). “Listas del patrimonio cultural inmaterial y el Registro de mejores prácticas de salvaguarda”. Recuperado de:

<http://www.unesco.org/culture/ich/es/listas>

UNESCO. (2018). “Patrimonio Cultural Inmaterial”. Recuperado de:

<http://www.unesco.org/culture/ich/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003>

UNESCO. (2011). “Eshuva, Harákmbut sung prayers of Peru’s Huachipaire people”.

Recuperado de: <http://www.unesco.org/culture/ich/es/USL/-00531>

UNESCO. (2003). “Convención para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial”.

Recuperado de: <http://www.unesco.org/culture/ich/es/convenci%C3%B3n>

UNESCO. (1970). “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”. Recuperado de:

<http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/text-of-the-convention/>

UNESCO. (1954). “Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado”. Recuperado de:

http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

UNODC. (2009). Reunión del grupo de expertos sobre la protección contra el tráfico de bienes culturales. “Protección contra el tráfico de bienes culturales”. Recuperado de:

https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/UNODCCCPCJEG12009CRP1S.pdf

Leyes

Decisión 588. (2004). “Sustitución de la Decisión 460 sobre la protección y recuperación de bienes del patrimonio cultural de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)”. Recuperado de: <http://www.sice.oas.org/trade/JUNAC/decisiones/DEC588s.asp>

Decreto Legislativo N° 1053. (2008). “Ley General de Aduanas”. Recuperado de:

<http://www.sunat.gob.pe/legislacion/procedim/normasadua/gja-03.htm>

Decreto Supremo N° 076-2005- RE. (2005). “Reglamento Consular”. Recuperado de:

<http://www.rree.gob.pe/elministerio/Documents/Reglamento%20Consular%202005%20ACTUALIZADO%20NOV2012.pdf>

Decreto Ley N° 22680. (1979). “Aprueban la convención sobre protección de bienes culturales”. Recuperado de:

<https://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/22680-sep-18-1979.pdf>

Ley N°28296. (2004). “Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación”. Recuperado de:

https://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/94/PLAN_94_LEY%20N%C2%BA%2028296_2008.pdf

Ley N° 29357. (2009). “Ley de Organización y funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores”. Recuperado de:

<http://www.rree.gob.pe/elministerio/Documents/LEY29357.pdf>

Ley 16/1985. (1985). “Ley del Patrimonio Histórico español”. Recuperado de:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>

Ley federal sobre monumentos y zonas arqueológicas, artísticas e históricas. (1972). Recuperado de:

https://www.ucol.mx/content/cms/13/file/federal/LEY_FED_SOBRE_MONUMENTOS.pdf

Reglamento General del procedimiento administrativo sancionador por infracciones contra bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación. (2018). Recuperado de:

<http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/reglamento-de-sanciones-administrativas-por-infracciones-en-anexo-rd-no-000005-2016-dcs-dgdp-vmpticmc-1376333-1/>

Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura. (2013). Recuperado de:

<https://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/archivosadjuntos/2013/07/rof2013.pdf>

Reglamento de Organización y Funciones de la SUNAT. (2017). Recuperado de:

<http://www.sunat.gob.pe/institucional/quienessomos/igo/rof/2017/ROF-SistematizadoAgo-2017.pdf>

Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. (2010).

Recuperado de:

<http://transparencia.rree.gob.pe/index.php/2-planeamiento-y-organizacion/21-instrumentos-de-gestion/211-reglamento-de-organizacion-y-funciones-rof/vigente/9518-decreto-supremo-n-135-2010-re-18-12-2010/file>

Reglamento de Sanciones Administrativas por infracciones en contra del Patrimonio Cultural de la Nación. (2016). Recuperado de:

<http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/reglamento-de-sanciones-administrativas-por-infracciones-en-anexo-rd-no-000005-2016-dcs-dgdp-vmpticmc-1376333-1/>

ANEXOS

1. Matriz de Consistencia
2. Instrumento
3. Constancia de asistencia al MRE para la recolección de datos

MATRIZ DE CONSISTENCIA

“PROBLEMÁTICA RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL EN LA MODALIDAD DE EXTRACCIÓN ILEGAL DE BIENES CULTURALES - PROCESADOS PENALMENTE EN LA DIRECCIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DURANTE LOS AÑOS 2010-2015”

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES
<p>Problema Principal:</p> <p>¿Por qué motivos los presuntos sujetos activos del delito de extracción ilegal de bienes culturales no fueron procesados penalmente?</p>	<p>Objetivo General:</p> <p>Determinar los motivos por los cuales los presuntos sujetos activos del delito de extracción ilegal de bienes culturales no fueron procesados penalmente.</p>	<p>Hipótesis General:</p> <p>La identificación del autor, es el motivo por el cual los presuntos sujetos de activos del delito de extracción ilegal de bienes culturales no fueron procesados penalmente.</p>	<p>Variables de la investigación:</p> <p>Variable independiente:</p> <p>Delito contra el Patrimonio Cultural sobre bienes muebles.</p>	<p>Para la variable independiente:</p> <p>-Índice de registro o inventariado de los bienes culturales integrantes del patrimonio cultural según el artículo 228 y 230 del CP.</p> <p>-Tipos de comercialización de bienes culturales integrantes del Patrimonio Cultural</p>

<p>Problema Secundario:</p> <p>¿Por qué existen deficiencias en la investigación penal y encarcelación de los presuntos autores del delito de extracción ilegal de bienes culturales?</p>	<p>Objetivos Específicos:</p> <p>Establecer porque existen deficiencias en la investigación penal y encarcelación de los presuntos autores del delito de extracción ilegal de bienes culturales.</p>	<p>Hipótesis Específica:</p> <p>La redacción de los tipos penales, esto es Artículo 228 y 230 del Código Penal, genera deficiencia en la investigación penal y encarcelación de los presuntos autores del delito de extracción ilegal de bienes culturales.</p>	<p>Variable dependiente:</p> <p>Procesados penalmente por el delito de extracción de bienes culturales muebles en la Dirección de Patrimonio Cultural del Ministerio de Relaciones Exteriores durante los años 2010-2015</p>	<p>Para la variable dependiente:</p> <p>-Casos que se encuentren jurisdiccionalizados mediante auto apertorio de instrucción.</p>
--	---	--	---	--

INSTRUMENTOS

GUIA DE ANALISIS DOCUMENTAL PARA CASOS ABIERTOS

Número de Expediente: _____

Estado del Expediente: _____

Fecha de Inicio: _____

VARIABLE INDEPENDIENTE

1. Identificación del Sujeto Activo:

2. Identificar la nacionalidad del Sujeto Activo:

3. ¿Cuál es el tipo de obtención del bien cultural⁷⁸?

- a) Subasta
- b) Incautación
- c) Otro

4. ¿Cuál es la relación del sujeto activo con el bien cultural?⁷⁹

- a) Poseedor
- b) Propietario
- c) Vendedor

⁷⁸

- a) Subasta: Puesta en venta del bien cultural por medio de una Casa de Subasta con sucursales.
- b) Incautación: Posesión de bienes culturales por parte de personal autorizado en terminales terrestres o aéreos, portuarios, etc.
- c) Otro: Venta de bienes culturales por plataformas virtuales

⁷⁹

- a) Poseedor: Tenedor de un bien cultural, sin contar con un título de propiedad sobre el mismo.
- b) Propietario: Posesión de un bien en virtud de un título de dominio.
- c) Vendedor: Intermediario entre el comerciante y comprador del bien cultural.

5. ¿Cuántos son los bienes por comercializar?

6. En virtud del Informe Técnico emitido por el Ministerio de Cultura referente a este expediente. ¿Cuántos bienes son originales, es decir parte integrante del Patrimonio Cultural de la Nación?

7. En virtud del Informe Técnico emitido por el Ministerio de Cultura referente a este expediente. ¿Cuántos bienes son réplicas, es decir que NO forman parte del Patrimonio Cultural de la Nación?

8. ¿Los bienes culturales del presente expediente se encontraban registrados por el Ministerio de Cultura como Patrimonio Cultural?

- a) Si
- b) No

VARIABLE DEPENDIENTE:

1. De la evaluación del presente expediente. ¿Se cuenta con auto apertorio de instrucción?

- a) Si
- b) No

2. ¿Por qué motivo el expediente se encuentra en proceso?⁸⁰

- a) Se encuentra en proceso de investigación
- b) Se encuentra en proceso de información
- c) Se encuentra en proceso de repatriación

3. ¿Existe pronunciamiento judicial sobre el presente caso?

- a) Si
- b) No

4. Observaciones:

⁸⁰

- a) Proceso de Investigación: Referido a la existencia de un proceso jurisdiccionalizado en el Perú o en el extranjero que aún se encuentra en etapa de investigación, con miras a la restitución del bien o del procesamiento del investigado.
- b) Proceso de Información: Referido a la espera de mayores detalles sobre el caso por parte de entidades peruanas o extranjeras, no media información sobre procesos judiciales de alguna naturaleza.
- c) Proceso de Repatriación: Referido al proceso de retorno de los bienes culturales en virtud de una decisión judicial, negociación por parte de las Misiones Diplomáticas o Devolución Voluntaria.

GUIA DE ANALISIS DOCUMENTAL PARA CASOS CERRADOS

Número de Expediente: _____

Estado del Expediente: _____

Fecha: _____

VARIABLE INDEPENDIENTE

1. Identificación del Sujeto Activo:

2. Identificar la nacionalidad del Sujeto Activo:

3. ¿Cuál es la relación del sujeto activo con el bien cultural?

- a) Poseedor
- b) Propietario
- c) Vendedor

4. ¿Cuántos bienes culturales forman parte de este expediente?

5. ¿Se recuperaron bienes culturales? Especificar.

6. En virtud del Informe Técnico emitido por el Ministerio de Cultura referente a este expediente.

¿Cuántos bienes son originales, es decir parte integrante del Patrimonio Cultural de la Nación?

7. En virtud del Informe Técnico emitido por el Ministerio de Cultura referente a este expediente.

¿Cuántos bienes son réplicas, es decir que NO forman parte del Patrimonio Cultural de la Nación?

8. ¿Los bienes culturales del presente expediente se encontraban registrados por el Ministerio de Cultura como Patrimonio Cultural?

- a) Si
- b) No

VARIABLE DEPENDIENTE:

1. De la evaluación del presente expediente. ¿Se cuenta con auto apertorio de instrucción?

- a) Si
- b) No

2. ¿Cuál fue la causa del cierre del expediente?

- a) Subasta
- b) Incautación
- c) Devolución Voluntaria
- d) Réplicas de bienes culturales
- e) Otro

3. ¿Existe pronunciamiento judicial sobre el presente caso?

- a) Si
- b) No

4. Observaciones:

CONSTANCIA

En atención a la Carta N° 019-2018-FDCP/UPNW en la que solicita el apoyo de esta entidad a fin de brindar información para la culminación de la tesis elaborada por la Srta. Katherin Patricia Borda Manyá, identificada con DNI N° 73307365, se informa que la mencionada señorita estuvo asistiendo a la Dirección de Patrimonio Cultural del Ministerio de Relaciones Exteriores durante los días 04 al 25 del mes de junio del 2018 para tal finalidad.

Muy atentamente,



Ministra Ruth Saif
Encarga de la Dirección de Patrimonio Cultural
Ministerio de Relaciones Exteriores