

LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL, A PROPÓSITO DE UNA RECIENTE MODIFICACIÓN

José Manuel Mayorga Zárate *

El 09 de junio del presente año entró al debate parlamentario el Proyecto de Ley N° 12500, presentado por el congresista Luis Santa María Calderón, con el que se propuso modificar los artículos 228° y 230° del Código penal referidos a la protección penal del Patrimonio Cultural. Luego de una escueta presentación, la iniciativa legal no fue materia de discusión, salvo una precisión terminológica. Fue aprobada por cincuenta y nueve votos a favor, dos abstenciones y ningún voto en contra. La decisión se plasmó en la Ley N° 28567, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 02 de Julio del presente año, sin mayor cobertura de la prensa ni debate académico.

La reciente modificación del artículo 228° del Código penal se centra en dos precisiones; primero sustituye el término anteriormente utilizado de "yacimento arqueológico" por el de "monumento arqueológico" y luego añade el verbo rector "asentarse" junto a los ya existentes, ampliando de ésta forma la hipótesis punitiva del delito. Luego aclaró el tipo subjetivo, indicando que el autor debe proceder conociendo el carácter protegido del monumento arqueológico. En el caso del artículo 230° del Código penal, la modificación consistió en incorporar una agravante en la penalidad prevista para los funcionarios públicos que intervinieran en la comisión del delito.

Sin ser negativa, la reforma es demasiado parcial y sólo abarca dos artículos referidos a la protección del patrimonio cultural pre hispánico, sin ocuparse de los bienes culturales de otras épocas, que actualmente vienen sufriendo una grave depredación; es importante destacar que tampoco se actualizó la descripción típica de la norma penal a los alcances de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

Por tal motivo, el propósito de este artículo es hacer presentes algunas observaciones y reflexiones críticas sobre los delitos contra el Patrimonio Cultural, basadas mayormente en la experiencia directa en el tema, con la esperanza de que puedan servir de motivación para el debate académico que eventualmente conduzca al perfeccionamiento o quizá al replanteamiento integral de la norma.

1. POSTURAS FRENTE A LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO CULTURAL.

La protección penal del Patrimonio Cultural es relativamente reciente y ha merecido opiniones divergentes. En forma introductoria al tema me permito referir dos.

Según el profesor español Francisco Muñoz Conde¹⁾, la incorporación de la protección penal del Patrimonio Cultural en la legislación española, obedeció a la tendencia a incorporar bienes jurídicos de carácter Institucional, colectivo o universal (tales como el medio ambiente, ordenamiento territorial, patrimonio cultural y otros) en contraposición a bienes jurídicos individuales que configuraron el núcleo esencial de los códigos penales decimonónicos.

Dicho autor cuestiona que la tipificación de estos delitos dio lugar en algunos casos a delitos de peligro abstracto que en nada se diferencian de infracciones administrativas, minimizando el carácter de *ultima ratio* de la legislación penal, o tipificando hechos delictivos que ya eran típicos conforme a otros delitos referidos a bienes jurídicos individuales. El autor opina que "hubiera sido mejor que muchos de estos comportamientos hubieran seguido siendo simples ilícitos administrativos o, por lo menos, continuaran formando parte de la legislación especial sectorial en la que tienen mayor justificación; o, en los casos en que el hecho ya de por sí constituye otro delito tipificado en otro lugar del Código penal, que se hubiera añadido simplemente una cualificación que recogiera el mayor desvalor de la incidencia del hecho en un interés de carácter colectivo o social".

Aunque el jurista menciona que la tendencia a la protección de bienes jurídicos institucionales o universales como el patrimonio cultural parece inevitable, advierte el riesgo de que la dificultad de precisar con nitidez los perfiles y contornos de los tipos, recurriendo incluso a figuras de peligro abstracto (anticipando la intervención del Derecho Penal a momentos anteriores a la afectación del bien jurídico), pueda significar la pérdida de identidad del Derecho

* Fiscal Provincial de Turismo y Fiscal Especial para la preservación del Patrimonio Cultural del Cusco.

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. "Principios inspiradores en Nueva Código Penal Español". Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica, Tomo 49, año 1997.

Penal y su conversión en una soft law, es decir haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho Civil o Administrativo.

En el otro extremo los codificadores penales de 1990, en la exposición de motivos de dicho cuerpo legal justificaron la incorporación de estos delitos sosteniendo que "...Dada nuestra riqueza cultural y nuestra tradición milenaria, en el Preámbulo de la Constitución Política se estableció como principio la defensa del patrimonio cultural de la Patria. En el texto de nuestra norma jurídica fundamental se expresa que los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, declarados patrimonio cultural de la Nación, están bajo el amparo del Estado. La Ley regula su conservación, restauración, mantenimiento y restitución. Por ello se hace necesario la represión de conductas depredadoras de los yacimientos arqueológicos prehispánicos, su tráfico ilegal y otras lesivas a dicho bien jurídico".

Con el subrayado en la transcripción anterior, he querido resaltar una aparente incongruencia de la Exposición de Motivos, al asumir que la protección penal se reserva únicamente para los bienes que forman parte del Patrimonio Cultural Prehispánico, lo que resultaría errado a la luz del artículo 230° del Código penal, hecho que sin embargo evidencia una desigualdad de trato respecto al patrimonio cultural post hispánico, del cual se tratará más adelante.

2. LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL COMO TIPOS PENALES EN BLANCO.

Según la doctrina española, los delitos contra el patrimonio cultural son ejemplos de tipos penales en blanco. El autor nacional Javier Villa Stein, señala que "...en la ley penal en Blanco⁽²⁾ el material prohibitivo lo determina otra ley de igual o mayor rango (ley penal en blanco impropia) o de inferior rango (ley penal en blanco propia)"⁽³⁾. Por su parte el autor español Santiago Mir Puig indica que en "estas normas penales en blanco que dejan la determinación de alguna parte específica del supuesto de hecho necesitan de los conceptos a cargo de otras leyes, reglamentos o actos de la administración"⁽⁴⁾.

La autora española Alicia Rodríguez Núñez en su artículo citado, sostiene que al existir una falta de concreción del objeto material en la ley penal, ésta se tiene que remitir a aquellos bienes que hayan sido declarados previamente de interés cultural en los términos previstos por la administración o hayan sido inventariados.

Si bien de la lectura detenida de los artículos respectivos de nuestro Código penal se puede concluir

que también se trata de tipos penales en blanco, considero que la técnica utilizada para redactarlos no ha sido feliz en todos los casos, y ello se presta a equívocos.

En este trabajo se desarrollarán únicamente los artículos 226°, 228° y 230° del Código penal, en el entender de que éstos contienen las figuras penales autónomas del capítulo, siendo que el artículo 227° contiene una agravante para los inductores del delito del artículo precedente, el artículo 229° sanciona la participación de los funcionarios públicos en los delitos y el artículo 230° regula el comiso de los bienes relacionados a los hechos punibles.

Artículo 226°. Atentados contra monumentos arqueológicos. "El que se asienta, depreda o el que, sin autorización explora, excava o remueve monumentos arqueológicos prehispánicos, sin importar la relación de derecho real que ostente sobre el terreno donde aquél se ubique, siempre que conozca el carácter de patrimonio cultural del bien, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa".

3. CONCEPTO DE MONUMENTOS ARQUEOLÓGICOS.

Como se manifestó antes, la Ley N° 28567 sustituyó el término de "Yacimiento Arqueológico" por el de "Monumento Arqueológico".

En las Actas de debate del Congreso de la República consta que el ponente de la Ley, sustentó que la utilización del término "Yacimiento Arqueológico" se prestaba a equívocos, pues en términos usuales yacimiento es el sitio donde se encuentra naturalmente una roca, un mineral o un fósil, mas no alude a evidencias culturales.

Sin embargo la expresión "Yacimientos Arqueológicos" se encuentra consagrada en el artículo 21° de la Constitución vigente, que establece que "Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, ..., son patrimonio cultural de la Nación".

En tal sentido, dado el carácter ordenador de toda norma fundamental, se entiende que el término originalmente utilizado por el legislador penal era válido y debería haber sido tomado en cuenta en todo el desarrollo normativo inferior. Sin embargo, por falta de técnica legislativa, ninguna norma legal de rango inferior utilizó ni desarrolló el término establecido en la Constitución.

De esta forma, se tiene que una norma subalterna como es el Reglamento de Investigaciones Arqueológicas aprobado mediante Resolución Suprema

² RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia "La Protección del Patrimonio Cultural en el Código Penal de 1995", Revista Patrimonio Cultural y Derecho, N° 2, 1998, p.135.

³ VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal Parte General", Ed. San Marcos, Lima-2001, p.140.

⁴ MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal Parte General", VII Ed. BDF, Bs. As. 2004, p.78.

Nº 004-2000-ED, lejos de utilizar la terminología de la carta fundamental, introdujo la definición de "Monumento Arqueológico", en el sentido que se pasa a transcribir:

Artículo 2º.- Los Monumentos Arqueológicos Prehispánicos, con fines de registro, investigación, conservación y protección, se clasifican en:

a. Zonas Arqueológicas Monumentales.-

Son los conjuntos arqueológicos cuya magnitud los hace susceptibles de trato especial en lo que a investigación se refiere, pues su fisonomía debe conservarse por las siguientes razones:

- Poseer valor urbanístico de conjunto.
- Poseer valor documental, histórico-artístico, y/o un carácter singular.
- Contener monumentos y/o ambientes urbano-monumentales.

b. Sitios Arqueológicos.-

Todo lugar con evidencias de actividad social con presencia de elementos y contextos de carácter arqueológico-histórico, tanto en la superficie como subyacentes.

c. Zonas de Reserva Arqueológica.-

Son aquellos lugares que por haber sido investigados intensivamente deben reservarse para el futuro, en tanto se desarrollen nuevas técnicas de investigación. Los investigadores deben sugerir áreas de reserva en los monumentos trabajados. Esta sugerencia se realizará ante el Instituto Nacional de Cultura para su aprobación, previa opinión favorable de la Comisión Nacional Técnica de Arqueología.

d. Elementos Arqueológicos Aislados.-

Son los restos de actividad humana de época Prehispánica que, por situaciones culturales o sociales, se manifiestan en la actualidad de manera aislada o descontextualizada. Están referidos a objetos o parte de ellos, presentes en el paisaje sin asociación a sitios o zonas arqueológicas, teniendo en cuenta que su registro y estudio es también importante para la investigación y la conservación del patrimonio cultural.

e. Paisaje Cultural Arqueológico.-

Son las áreas producidas por la mano del hombre o por la combinación de la misma con la naturaleza que tengan un destacado valor desde los puntos de vista arqueológico, histórico, estético, etnológico o antropológico. Se consideran como tales la infraestructura agraria, es decir, andenes, terrazas, canales y afines; así como las redes viales, los campos de geoglifos y/o petroglifos.

Teniendo en cuenta que la reciente modificación del Código penal obedeció a una aparente inexactitud lingüística, valdría la pena que el autor de la reforma hubiese considerado la acepción usual del término "monumento", considerada por el Diccionario de la Lengua Española⁵⁾, que es "obra conmemorativa, arquitectónica o escultórica/ objeto de arte, literatura o ciencia que se hace memorable/ sepulcro", significado cuya utilización resultaría cuestionable para comprender a los Sitios Arqueológicos, Zonas de Reserva Arqueológica o Elementos Arqueológicos Aislados, pues éstos podrían o no haber contenido "monumentos" en el sentido estricto de la palabra. En tal sentido, habría sido preferible modificar la Resolución Suprema, adecuándola a lo establecido por la Constitución.

4. ASENTARSE O DEPREDAR.

El término "asentarse", introducido por la Ley Nº 28567, podría también resultar insuficiente. En términos usuales, dicho término implica veinte acepciones distintas, de las cuáles únicamente dos refieren directamente al tema: *situarse*; "fundar un pueblo o edificio" y "establecerse en un pueblo o lugar".

Como consta en las Actas del Parlamento del nueve de junio del presente año, el ponente de la Ley fundamentó conocer de cerca la problemática del Patrimonio Arqueológico de la ciudadela de Chan Chan, que fue destruida por personas que luego presentaron escrituras de propiedad expedidas por privados y por la misma Dirección de Reforma Agraria del Ministerio de Agricultura.

La situación sufrida por la ciudadela de Chan-Chan probablemente no se diferencia sustancialmente del impacto que actualmente vienen sufriendo muchos sitios arqueológicos de nuestra región. La mayor evidencia es el Parque Arqueológico de Sacsayhuamán. En nuestro Monumento Arqueológico el mayor problema radica en la venta y cambio de uso no autorizado de tierras, que tradicionalmente tuvieron un uso agrícola o pecuario de baja intensidad, para fines de edificación de viviendas, instalación de caballerizas, restaurantes y otros establecimientos comerciales.

En tal sentido cabe esperar que los Jueces penales interpreten cabalmente el asentamiento como una ocupación humana continua y sin autorización.

Respecto al tema de la edificación, cabe aclarar que como para efectuarla generalmente se requiere excavar cimientos, al haber estado sancionada la excavación antes de la reforma, implícitamente también lo estaba la edificación de inmuebles.

Sobre el tema de la propiedad privada, si bien es

⁵⁾ A partir de ésta, las observaciones terminológicas tomarán en cuenta las definiciones del Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, vigésima segunda edición.

cierto que muchos de los predios en los que actualmente se ubican Monumentos Arqueológicos tienen propietarios con títulos válidos y vigentes -propiedad que es reconocida y respetada por la Ley- es claro que el ejercicio de las facultades inherentes a su derecho se encuentran limitadas tácitamente por diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico y expresamente según lo establecido por la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

Refiriéndose en general a estos bienes, el constitucionalista peruano Enrique Bernalles escribió que *"El hecho que sean patrimonio cultural de la Nación no significa que no puedan estar en propiedad privada. Si significa, en cambio, que esta propiedad tendrá gravámenes y privilegios especiales, distintos a los de la propiedad de otros bienes, precisamente por su calidad de culturales..."*⁶.

Resulta claro que cualquier uso que se pretenda dar a predios privados que a su vez son yacimientos o monumentos arqueológicos debe respetar el carácter protegido y hasta intangible de los mismos, según las normas legales de la materia.

Al respecto, el artículo 3° de la Resolución Suprema 004-2000-ED establece que *"Todos los sitios definidos como Monumentos Arqueológicos Prehispánicos son Patrimonio Cultural de la Nación, por lo tanto son intangibles y están protegidos por el Estado. Entiéndase como Intangible el uso exclusivo del sitio para fines de proyectos o programas de investigación, evaluación y emergencia; asimismo por proyectos de conservación de sitios arqueológicos..."*

Sin embargo, la misma norma modigera el carácter absoluto de la intangibilidad indicada y a renglón seguido aclara que *"Sin embargo, el Instituto Nacional de Cultura podrá determinar áreas de uso restringido, en parte o alrededor de los monumentos, a solicitud de un arqueólogo cuando cuente con la aprobación de la Comisión Nacional Técnica de Arqueología"*.

Como puede verse, aunque funcionarios del Instituto Nacional de Cultura posean atribuciones legales para regular el tema de la intangibilidad, se impone que una Ley Marco desarrolle el tema y establezca principios y procedimientos que minimicen los riesgos de decisiones irrazonables o arbitrarias.

Otra de las conductas punibles refiere a la depredación del monumento arqueológico. En su acepción lingüística usual, "depredación" significa "pillaje", "robo con violencia", "devastación", "saqueo". Jurídicamente la palabra mayormente es

utilizada por el derecho internacional al tratar sobre los crímenes de guerra. En el presente caso, el término debe entenderse como la conducta dirigida a extraer ilícitamente bienes culturales de zonas arqueológicas, conocida vulgarmente como "huaqueo".

5. LA NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN PREVIA PARA EXCAVAR, EXPLORAR O REMOVER YACIMIENTOS ARQUEOLÓGICOS PREHISPÁNICOS.

El artículo 11° de la Resolución Suprema N° 004-2000-ED, establece que *"toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que realice trabajos de evaluación y excavación de sitios arqueológicos o históricos, en terrenos públicos o privados, deberá contar previamente con la autorización del Instituto Nacional de Cultura, previo acuerdo de la Comisión Nacional Técnica de Arqueología"*.

Este extremo del artículo 226° del Código penal hace patente la condición de Tipo Penal en Blanco que tienen los delitos contra el Patrimonio Cultural, de la cual nos ocupamos al inicio.

Por tal motivo, una vez producido un hecho de excavación de apariencia delictiva, le corresponderá intervenir al Instituto Nacional de Cultura como ente encargado de declarar y proteger los bienes que forman parte del Patrimonio Cultural, según lo establecido por el artículo 19° de la Ley N° 28296, a fin de emitir los informes respectivos y asumir sus responsabilidades legales.

6. NECESIDAD DE QUE LA GENTE CONOZCA DEL CARÁCTER DE PATRIMONIO CULTURAL DEL BIEN.

Los tipos de los artículos 226° y 228°, referidos a los bienes culturales pre hispánicos, no exigen que dichos bienes sean previamente declarados como tales.

Dicha situación concuerda con lo establecido en el artículo 21° de la Constitución Política, en cuanto otorga protección a los bienes culturales expresamente declarados como tales y provisionalmente a los que se presumen como tales; igualmente concuerda con el artículo III de la Ley N° 28296, en cuanto establece la presunción legal de que son bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación aquellos que tengan la importancia y significado establecido en el artículo II del mismo cuerpo legal⁷.

Esta situación de presunción de protección a los Monumentos Arqueológicos Prehispánicos resulta

⁶ BERNALLES, Enrique y otro. *"La Constitución de 1993, análisis comparado"*. Editora RAO, 5ta. Ed. Lima, 1999, p. 248.

⁷ Artículo II.- Definición - Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano -material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley.

favorable para evitar la destrucción de aquellos que por negligencia, malicia o desconocimiento no han sido aún expresamente declarados como tales.

En tal sentido, la novedosa introducción de la condición de que el agente deba conocer del carácter de Patrimonio Cultural del bien podría ser mal interpretada por los jueces y aprovechada por quienes atentan dolosamente contra los bienes protegidos.

Para evitarlo, debe entenderse que la necesidad de conocimiento previo introducida por la modificatoria debe remitirse al conocimiento elemental que todo ciudadano promedio tiene del valor e importancia de los Monumentos Arqueológicos prehispánicos, establecida en la Constitución y otras normas generales.

Por el contrario resultaría contraproducente a la presunción legal de protección de la norma, que se exigiera que el agente conozca de alguna norma administrativa o aviso expreso sobre el valor de un Monumento Arqueológico, tanto más cuando éste puede estar recién siendo descubierto.

Si se trataba de evitar una posible responsabilidad objetiva por parte de los agentes, bastaba y sobraba la redacción anterior a la norma, puesto que la solución técnica se encontraba en el artículo 12° de la Parte General del Código penal.

Si una persona realizaba una excavación en un predio cualquiera, no declarado monumento, y accidentalmente encontraba una evidencia arqueológica, e incluso la destruía accidentalmente, no incurría en delito, puesto que el tipo penal bajo comentario era y es eminentemente doloso, y por tanto requiere de la conciencia y voluntad de excavar, explorar o depredar una zona considerada como Yacimiento o Monumento Arqueológico.

En este sentido la modificación introducida al artículo 226° no entraña novedad, y por el contrario puede llevar a confusión respecto de la actual presunción legal de protección de los Monumentos Arqueológicos prehispánicos.

Por el contrario, para evitar que los depredadores clandestinos utilicen la modificación como una puerta de escape a sus responsabilidades, sería conveniente que en un futuro la norma penal comprenda dos consideraciones:

- Una presunción legal de conocimiento por parte de los agentes que ampare las zonas arqueológicas declaradas y protegidas por dispositivos legales debidamente publicados o que se encuentren señalizadas; y
- Una sanción penal para quienes procediendo inicialmente de buena fe y con desconocimiento de que una zona no declarada posee carácter de Monumento Arqueológico, encuentran evidencias de éste tipo y lejos de comunicar inmediatamente del hallazgo al Instituto Nacional de Cultura, o en su defecto a otra autoridad

competente, prosiguen destruyéndolo o alterándolo.

Artículo 228.- Extracción ilegal de bienes culturales. "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, a pena será no menor de cinco ni mayor de diez años".

7. LOS BIENES DEL PATRIMONIO CULTURAL PREHISPÁNICO.

Concordando este extremo del artículo 228° con el artículo 226° cabe preguntarse; acaso los Monumentos Arqueológicos no son también bienes que forman parte del patrimonio cultural prehispánico?. Entendiendo que al interpretar la Ley penal no se deben hacer diferencias donde éstas expresamente no se hacen, la amplitud de la definición de BIENES DEL PATRIMONIO CULTURAL PREHISPÁNICO lleva a que válidamente se utilice éste tipo penal tanto para procesar conductas que atenten contra bienes muebles cuanto bienes inmuebles.

Si la intención del legislador era disgregar distintos tipos de bienes en ambos tipos penales, quizás hubiera sido necesario precisar que el artículo 226° es aplicable a los bienes del patrimonio cultural prehispánico inmueble y el artículo 228° a los bienes del patrimonio cultural prehispánico mueble; o por el contrario, unificar ambos tipos de bienes en un solo artículo más comprensivo.

Asumiendo que nos encontramos frente a un tipo penal orientado a proteger los bienes culturales muebles, sería conveniente que el tipo penal establezca algún criterio para disgregar si brinda protección a cualquier evidencia cultural mueble prehispánica o sólo a aquéllas que reúnan características o valor especial. Si se ha optado por hacer un tipo penal en blanco, sería conveniente que la misma norma remita la calificación del valor de los bienes culturales muebles a la entidad competente, vale decir el Instituto Nacional de Cultura.

Finalmente, de la lectura del tipo penal no resulta claro si la protección penal se extiende a los bienes culturales inmateriales, dado que éstos también son pasibles de destrucción o alteración. Al respecto es importante destacar que las tradiciones orales, las costumbres, la música y la danza que sustentan la identidad y la memoria colectiva de los pueblos, ha sido violentadas en distintas épocas de nuestra historia nacional y mundial, por lo que se hace imperativa su protección.

8. LA DESTRUCCIÓN Y LA ALTERACIÓN.

El término "destrucción" no se presta a mayores

equívocos. En su acepción relativa a bienes materiales implica "Reducir a pedazos o cenizas algo material u ocasionarle un grave daño". En lo que respecta a bienes inmateriales significa "deshacer, inutilizar algo no material".

Por su parte, la palabra "alterar" tiene un significado más difuso. En sus acepciones relacionadas a bienes materiales puede ser "cambiar la *esencia o forma de algo*/ trastornar o perturbar, *inquietar/ estropear, dañar, descomponer*". Tampoco existe una utilización o desarrollo exclusivo del término en algún campo del derecho.

La vaguedad de la forma en que se utiliza el término induce a varias conjeturas, por ejemplo: ensuciar una pared prehispánica con residuos humanos constituiría una alteración relevante penalmente?; quizá lo sería repintar o recubrir la superficie de un bien expuesto a la intemperie?; en puridad del idioma, la propia restauración vendría a ser una alteración?⁽⁸⁾.

En tal sentido, este extremo de la norma debe ser corregido y precisado, deslindando las alteraciones positivas de las negativas, las alteraciones superficiales y pasajeras de las profundas y perennes, y las que son totalmente dolosas y clandestinas de las que son el producto de intervenciones negligentes.

9. LA COMERCIALIZACIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO CULTURAL PREHISPÁNICO.

La redacción del artículo en este extremo proyecta la errónea idea de que el comercio de los bienes de patrimonio cultural prehispánico se encuentra absolutamente prohibido.

En tal sentido, llama la atención que la última modificación introducida al Código penal no haya concordado su contenido a lo dispuesto por la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, publicada en el Peruano el 22 de julio del 2004.

En el artículo 9 de dicho texto legal, se expresa claramente que: "9.1. Dentro del territorio nacional, el bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación puede ser transferido libremente bajo cualquier título, con observancia de los requisitos y límites que la presente Ley establece".

A renglón seguido, la indicada norma establece algunas limitaciones a la transferencia de los bienes, señalando que toda transferencia debe ser puesta en conocimiento de los organismos competentes bajo sanción de nulidad, que el Estado tiene preferencia en la

transferencia onerosa de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación bajo sanción de nulidad y que está prohibido que se vendan separadamente los bienes integrantes de una colección o que tengan estrecha vinculación entre sí, salvo autorización de la entidad competente.

En tal sentido, una próxima modificación de la norma penal, deberá precisar que sólo se sanciona a quien comercializa bienes del patrimonio cultural prehispánico, contraviniendo lo dispuesto por las normas legales sobre la materia.

Una segunda observación refiere a lo restrictivo de término utilizado en el tipo penal. Comercializar es "dar a un producto condiciones y vías de distribución para su venta/ poner a la venta un producto".

Lo anterior implica desde ya que los compradores se encuentra exentos de la tipicidad. Pero, no son tan responsables del comercio ilegal quienes compran ilícitamente bienes del patrimonio cultural prehispánico como quienes los venden?, no son ciertos comerciantes y coleccionistas quienes mediante su demanda robustecen la oferta del mercado negro?

Es un error que el tipo penal sea tan restringido y excluya desde ya a quienes justifican económicamente la actividad de depredación que cometen los agresores del patrimonio cultural, por tanto resulta imperativo que la norma comprenda también a quienes adquieren los productos del delito.

Afortunadamente, en la mayoría de los casos los compradores de los indicados bienes no quedan totalmente libres de responsabilidad penal, en virtud del artículo 194° del Código penal, que sanciona la receptación⁽⁹⁾. Aunque la pena por éste tipo penal es mucho más benigna que aquella prevista por el artículo 228° de nuestro Código penal (de uno a tres años versus de tres a ocho años de pena privativa de libertad, mas ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa), ello es preferible a la impunidad.

10. EXTRACCIÓN DEL PAÍS Y NO RETORNO CONFORME LA AUTORIZACIÓN QUE FUE CONCEDIDA.

Nuevamente, en virtud de una inadecuada redacción, actualmente se podría entender que toda extracción de bienes culturales se encuentra prohibida. El tipo penal debe precisar el carácter ilícito de la extracción, para devenir en punible.

⁸. Se han presentado casos en que el propio INC ha denunciado a sus propios funcionarios y ex funcionarios, invocando éste tipo penal, debido a restauraciones inconvenientemente efectuadas.

⁹. Artículo 194°.- Receptación. El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenga de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y, con treinta a noventa días multa.

Igualmente sería conveniente que la norma penal se remita a la legislación de la materia, que expresamente regula las condiciones de la extracción del país y devolución de los bienes culturales.

II. AGRAVANTE PARA FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS CON DEBERES DE CUSTODIA.

La agravante contenida en este extremo resulta positiva, pero hubiera sido mejor que se hiciera extensiva no sólo a este artículo, sino a los artículos 226° y 230°. Quizá la mejor forma hubiera sido modificar el artículo 229°, referido a la participación de Funcionarios Públicos en los delitos cometidos en Capítulo Único del Título VIII del Código penal.

Artículo 230°.- Destrucción, alteración o extracción de bienes culturales. "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".

Si bien la redacción del tipo objetivo del delito se asemeja sensiblemente a la del artículo 228°, destaca como diferencia la utilización del término "sin autorización", que parecería ser común para las conductas punibles consistentes en destruir, alterar, extraer del país o comercializar bienes culturales no prehispánicos.

En tal sentido, interpretando la norma a *contrario sensu*, resulta razonable considerar que ciertos bienes integrantes del patrimonio cultural no prehispánico pueden ser legalmente alterados, extraídos del país o comercializados conforme a autorizaciones debidamente justificadas que emita la autoridad competente. Sin embargo resultaría extraño suponer que la misma autoridad competente, cuyo deber es la conservación del patrimonio, pudiera expedir una autorización para su destrucción. Dicha posibilidad no se encuentra recogida

por Ley N° 28296, por lo que devendría en un error que sería conveniente aclarar en la redacción de la norma.

12. LA DECLARACIÓN PREVIA DE LOS BIENES DEL PATRIMONIO CULTURAL NO PREHISPÁNICO.

Este punto resulta sin duda el más sensible y criticable de la normatividad actual, en cuanto respecta a la protección de los bienes del patrimonio cultural no prehispánico.

Para el autor de estas líneas, resulta totalmente arbitraria e injustificada la distinción que hizo el legislador penal entre bienes del patrimonio cultural no prehispánico de aquellos posteriores.

El artículo 21° de la constitución de 1993 no establece ninguna diferencia de jerarquía o valor entre los bienes que forman parte del patrimonio cultural. Tampoco lo hace la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

Con la exigencia de la declaración previa de los bienes del patrimonio cultural post hispánico como requisito indispensable para activar la hipótesis punitiva, la protección penal de estos bienes se ha dejado librada a la buena fe de los propietarios o a la diligencia de las entidades competentes. Lamentablemente, experiencia de éstos años ha demostrado que ambos supuestos suelen ser escasos.

Nuestro país posee una gran riqueza de bienes culturales no prehispánicos que aún no se hallan registrados, en tal sentido esta exigencia viene posibilitando el tráfico impune de valiosos bienes de arte colonial, el mismo que explica la proliferación de robos sacrilegos, especialmente en la región alto andina de nuestro país. Según información de la prensa, los delincuentes no escatiman en llegar incluso al asesinato para cumplir sus propósitos.

A modo de conclusión me permito sugerir una reforma integral de los delitos contra el Patrimonio Cultural que los integre coherentemente a la legislación especial de la materia y que sin despojarlos de su carácter de tipos penales en blanco minimice la posibilidad de