

12

JURICIDAD DE LA ARQUEOLOGÍA GUATEMALTECA

Mardoqueo Joel Ajxup Itzep

Podemos obtener los primeros datos del pensamiento legal sobre la arqueología en el momento que surge como actividad más de la sociedad guatemalteca. Ante tal actividad el Estado como poder público le interesó intervenir en la ciencia arqueológica en la medida en que se afectan los monumentos y objetos culturales. Es entonces cuando nacen el conjunto de normas exteriores, bilaterales, coercitivas y heteronomas que el Estado declara obligatorias con el fin de regular la conducta de las personas que activan, no solo en el campo de la arqueología, sino también con el fin de asegurar el orden social.

La primera manifestación que encontramos fue en 1831, cuando fue fundado un Museo que funcionará en la ciudad de Guatemala a cargo de la Sociedad Económica de Amigos del País, donde fueron exhibidos curiosidades antiguas y objetos de arte. En 1846 por Acuerdo presidencial se crea el Archivo General, hoy Archivo General de Centroamérica, donde serían depositados todos los documentos antiguos, demostrando el gobierno su preocupación por el patrimonio cultural de los guatemaltecos.

En el año 1878 se consolida la construcción de un Museo Nacional con sus secciones de etnología y colecciones arqueológicas y una biblioteca y la misma fue cerrada en 1881. Sin embargo el gobierno de Estrada Cabrera emite el Decreto No.583 apareciendo nuevamente el Museo Nacional. Posteriormente el presidente José María Orellana emite el Decreto Presidencial No.791 de fecha 14 de julio de 1922 en donde se crea la Dirección General de Arqueología, Etnología e Historia y Museo Nacional anexo, bajo la dependencia de la Secretaría de Instrucción Pública. A esta dirección se le encomendó las atribuciones de exploración, conservación, inspección, protección de las ruinas, sitios históricos y arqueológicos y monumentos indígenas, en este artículo me refiero al artículo 2o. Se menciona por vez primera los Monumentos Nacionales y faculta a la Secretaría de Instrucción Pública para declarar Monumentos Nacionales las ciudades antiguas o sitios arqueológicos de mayor importancia. La novedad de este Decreto es que en su artículo 6 fue introducido tres puntos que sería su reglamento para conceder permisos de exploración y excavaciones. Lo curioso de este reglamento es que en el numeral 2 permite la repartición de las antigüedades menores u objetos pequeños, fáciles de mover, que sean desenterrados o recogidos por la expedición en el curso de su trabajo. Veamos el texto para mayor ilustración:

El Director del Museo y el jefe de la expedición escogerán el material recogido, alternativamente, teniendo derecho de preferencia el Director del Museo, para la repartición en dos partes. La primera de esta parte quedará en exhibición en el Museo; y la segunda pasará a poder de la expedición, la cual podrá llevársela consigo al exterior, en compensación de sus gastos en la exploración y excavación.

Afortunadamente esta disposición reglamentaria no duró mucho tiempo ya que la misma se modificó con la emisión del Decreto 1376 en donde se consigna en su primer artículo que todos los monumentos y objetos arqueológicos, etnológicos, históricos y de arte antiguo, contenido dentro del

territorio de la República, son propiedad de la Nación y nadie podrá enajenarlos. Prohíbe también hacer excavaciones en los lugares declarados Monumentos Nacionales. Igualmente prohíbe la exportación de objetos arqueológicos, aún cuando fuere de propiedad particular, bajo pena de confiscación y el castigo correspondiente a la infracción de la ley. Se exceptúa los duplicados a que se refiere el inciso anterior (artículo 8o, inciso 3o).

La vigencia de esta ley dura 31 años ya que el 23 de febrero de 1946 el presidente Arévalo emite el Acuerdo Gubernativo No.22 donde constituye el Instituto de Antropología, Etnografía e Historia de Guatemala, como dependencia del Ministerio de Educación Pública, dentro de sus funciones quedó establecido en el único considerando: a) administrar los museos, b) controlar la riqueza arqueológica, c) impulsar los estudios etnográficos, folklóricos e históricos.

Aquí quiero resaltar que en este Acuerdo, inicialmente el Instituto se llamo Instituto de Antropología, Etnografía e Historia de Guatemala, hasta el 25 de septiembre de 1947 cuando fue publicado en el Diario Oficial el Decreto 425 del Congreso de la República, donde en su tercer considerando, artículos 9, 10, 16, inciso c) d) 17 y 19, se estableció legalmente el nombre del Instituto de Antropología e Historia de Guatemala.

Al IDAEH, de conformidad con el Decreto mencionado, se le da las funciones de un organismo técnico en asuntos relacionados con la investigación científica de nuestra arqueología e historia y para la protección y conservación de los monumentos, objetos arqueológicos, históricos y artísticos y todos los bienes que constituyen el patrimonio artístico y cultural de la Nación.

A partir de estas fechas el Estado de Guatemala se preocupó por legislar la actividad arqueológica como una actividad científica que estudia el pasado del hombre, no solo para reconstruir la vida de las sociedades extintas, sino también para contribuir al conocimiento total de los procesos sociales y al cambio de los grupos humanos. Por esta razón el Estado empieza a dictar normas de observancia general con el propósito de adecuar la conducta de las personas que se dedican a la arqueología, ya que en los años anteriores existió desorden que propició la salida de muchos bienes arqueológicos fuera del país. No cabe duda que en la época de las investigaciones de Malher, Tozzer, Maudslay, Morley, Thompson y otros, ésta era liberal y sin control legal de parte del Estado, pero hay que reconocer que a partir de esa época ellos contribuyeron grandemente al desarrollo histórico del derecho arqueológico de Guatemala. Esta misma idea se vió reflejada cuando el derecho arqueológico fue elevado a categoría Constitucional por la Asamblea Constituyente de 1945, ya que las pasadas de 1823, 1833, 1871, 1925 y 1933 no mencionan en lo absoluto la riqueza arqueológica del País.

Como vemos que a partir de esta fecha el derecho arqueológico se consagró en las Constituciones de 56, 65 y 85 como garantía social que consiste en la acción de todo guatemalteco por asegurar a cada uno en el goce y conservación de sus derechos. La opresión de un ciudadano en el sentido arqueológico ofende al cuerpo social y la sociedad debe reclamarlo. Cualquier individuo de la sociedad tiene derecho a esta reclamación, porque la opresión de un ciudadano atenta a la seguridad de los demás. Sin embargo la garantía social no existe, si los límites de las funciones públicas no están determinadas por la ley y la responsabilidad de todos los funcionarios no está asegurada. Esta consagración la encontramos en la resolución emitida por el Procurador de los Derechos Humanos el día 9 de enero de 1995, en el caso del puente Lavarreda que une las zonas 6 y 18 de la ciudad de Guatemala y en su CONSIDERANDO II (Sobre los Derechos Culturales). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona y por ende de la colectividad, de participar y gozar de todos los aspectos relacionados con la vida cultural, disfrutando de los beneficios de ésta, siendo uno de ellos, a nuestro criterio, tomar parte en los procesos de recuperación de todos aquellos elementos que constituyen parte inherente de su patrimonio cultural y consecuentemente, factor determinante de su entidad como miembro de una nación.

DEFINICIÓN LEGAL DEL PATRIMONIO CULTURAL

Por definición legal entendemos la proposición clara, exacta y precisa que expone los caracteres genéricos y diferenciales de algo y da a conocer su naturaleza. Entonces veamos la explicación que nos dan las normas jurídicas en cuanto a patrimonio cultural.

La primera definición normativa la encontramos en el artículo 1o. del Decreto 425 donde señala: *Todos los monumentos, objetos arqueológicos, históricos y artísticos del país, existentes en el territorio de la República, sea quien fuere su dueño, se consideran parte del tesoro cultural de la Nación.* Esta norma es muy escueta ya que no incluye otros bienes, como por ejemplo lo que señala el artículo 60 de la Constitución Política de la República de Guatemala y define que forman el patrimonio cultural de la nación los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos del país y están bajo la protección del Estado y el artículo 64 del mismo cuerpo legal establece el patrimonio natural. Estas normas no nos dan mayor explicación del contenido del patrimonio cultural, porque entiendo que este concepto es mucho más amplio para su interpretación, debido a que nuestro país es muy rico en patrimonio cultural y natural.

Para el efecto tenemos el artículo primero de la convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, ratificado por Guatemala el 14 de enero de 1985. Para los efectos de la presente Convención, se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosos o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia. Como vemos, esta norma vigente amplía las definiciones anteriores, sin embargo a juicio personal es todavía corta y para ello traemos los artículos 1 y 2 de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, ratificado por nuestro país el día 10 de noviembre de 1978 y define el patrimonio cultural y natural de la siguiente manera:

A los efectos de la presente convención se considerará "patrimonio cultural y natural":

- *Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia.*
- *Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les de un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.*
- *Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético o científico.*
- *Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas o biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.*
- *Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.*

- *Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.*

Esta norma vigente en nuestro país es muy importante para el derecho arqueológico ya que en ella encontramos la explicación amplia y trae consigo elementos precisos del patrimonio cultural y natural del país.

Las definiciones expuestas son legales, es decir en ellas encontramos la intención que tuvo el legislador y las definió así para ilustrarnos su contenido de cada uno de sus partes y poder interpretarlo en mejor forma. Sin embargo, al comparar las normas jurídicas transcritas vemos en unos muy escuetas y en otros muy extensas y que en las mismas normas aparecen definidos el patrimonio cultural y natural que dificultan aún más su interpretación y como contribución personal defino el patrimonio cultural de la siguiente manera: *Como el conjunto de objetos y cosas arqueológicas, históricas, artísticas y paleontológicas que tengan un valor excepcional desde el punto de vista de la ciencia y de la cultura para nuestro país.*

OBJETOS, COSAS O BIENES CULTURALES

En nuestra legislación vigente del patrimonio cultural y natural, menciona objetos, cosas y bienes, que son los elementos de protección del Estado, pero no debemos de confundir cuando en la norma menciona indistintamente, quizá el legislador se equivocó al confundir, ya que son conceptos muy diferentes, veamos porqué: por *bienes* entendemos todos los objetos que por útiles y apropiables, sirvan para satisfacer las necesidades del hombre. Los *objetos*: todo lo que tiene existencia sensible, lo que los sentidos humanos pueden percibir; y *cosas*: comprende todo lo existente de manera corporal e incorporeal, natural o artificial, real o abstracto; y aún cuando puede existir o ser concebido. Reduciendo nuevamente su ámbito la idea de *cosa*, ésta, ya de modo exclusivo en la esfera de lo jurídico, expresa lo material como una casa, una finca, el dinero, una máquina; frente a lo inmaterial como los derechos de crédito, una obligación o una facultad, sin embargo en la práctica de la vida se llega a una identidad entre bien y cosa, sinónimos como objeto de la relación jurídica.

En nuestra legislación del patrimonio cultural no se debió incluir la palabra *bien*, ya que los objetos arqueológicos no están en el comercio de los hombres de conformidad con el artículo 60 de la Constitución al prohibir su enajenación, por esta razón el legislador Constituyente se equivocó, ya que en esta norma el Estado sustrajo del comercio de los hombres, no es *bien*, porque en nada aprovecha y no debe ser objeto de apropiación. En el artículo 121 inciso f) de la Constitución encontramos: *Que los monumentos y las reliquias arqueológicas son bienes nacionales de uso no común*. Alguien podría creer al leer estas líneas que contradigo mi posición; a simple vista sí, pero son bienes para el Estado de un valor histórico cultural, es el Estado quien ejerce el dominio sobre estos bienes, en cambio para el hombre es una cosa u objeto sin valor y fuera de su comercio por lo que no se adecuaba dentro de su concepto de bienes, por no ser apropiadas ni pueden satisfacer necesidades.

De conformidad con la doctrina, los bienes se clasifican en:

- 1) Por sus cualidades físicas o jurídicas:
 - a) Por su naturaleza
 - b) Por su determinación
 - c) Por su posibilidad de substitución
 - d) Por las posibilidades de uso repetido
 - e) Por la posibilidad de fraccionamiento
 - f) Por su existencia en el tiempo
 - g) Por su existencia en el tiempo y desplazamiento

2) Por la conexión de unos con otros:

- a) Por su constitución y contenido
- b) Por la jerarquía de su relación
- c) Por la suceptibilidad de tráfico
- d) Por el titular de su propiedad
- e) Por el carácter de su pertenencia

Dentro de esta clasificación, las cosas del patrimonio cultural y natural las incluimos por la suceptibilidad de tráfico, en virtud de que están fuera del tráfico mercantil de los artículos 443 y 444 del Código Civil.

TIPOS DE DELITOS ARQUEOLÓGICOS

Vimos en el capítulo anterior que los objetos o cosas arqueológicas están fuera del comercio de los hombres, pero esta disposición no siempre se cumple, siempre se dan los tráficos que la ley llama ilegales; pero antes veamos qué tipos de delitos arqueológicos hay en la legislación guatemalteca. Primeramente quiero invocar el principio de legalidad que consagra el artículo 17 de la Constitución que reza: *No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificados como delito o falta y penados por la ley anterior a su perpetración*. Esto nos quiere decir la existencia de una pena, supone una ley penal anterior; esto es, que nadie puede ser penado por una acción anterior a la vigencia de una ley penal.

Este principio está vinculado con la tipicidad, pues sólo la ley puede crear delitos, pero la existencia de la tipicidad, también llamada figura delictiva, no significa que se puede aplicar a acciones anteriores a la promulgación de la ley penal. Entonces señalamos que la tipicidad es un presupuesto necesario, porque es la ley quien debe definir qué acción es delictiva, llena una función delimitativa de las acciones de los hombres y para eso no hay mejor forma de darles el calificativo de tipos a las figuras delictivas que aparecen en el Código Penal y otras leyes como la que nos ocupa en este trabajo; ahora bien, traemos la antijuricidad para aclarar más nuestra idea porque la antijuricidad es lo contrario a derecho y es juicio de valor sobre el resultado de la acción. Y, finalmente, la culpabilidad es otro elemento del delito, se presenta en dos formas: la culpabilidad a título de dolo que significa la voluntad, previsible o representación psíquica y se ejecuta el acto (artículo 11 del Código Penal) y la culpabilidad resultado de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia negligencia o impericia (artículo 12 Código Penal).

Ahora veamos los tipos penales que trae el Decreto 425 del Congreso de la República que en su artículo 20 dice: *La destrucción, deterioro o daño de monumentos u objetos arqueológicos o históricos, de poblaciones típicas o pintorescas o zona de ellas, o de lugares de belleza natural, constituyen delito o falta sancionada con pena de cinco días de prisión simple a tres años de prisión correccional, segun la gravedad del hecho*. En el texto aparecen las palabras destrucción, deterioro o daño; debemos interpretarlo como sinónimos, porque precisamente la naturaleza de este delito que el daño consisten en la destrucción, deterioro o menoscabo de una cosa corporal que le quite o disminuya su valor de cambio o de uso, mediante la cual ésta queda parcial o totalmente inutilizable. La cosa objeto del daño ha de ser de pertenencia ajena, en este caso el dueño es el Estado, porque decíamos que los bienes del patrimonio cultural pertenecen al Estado. Las cosas aquí protegidas son tanto inmuebles como muebles.

Estas consideraciones que hacemos nos remiten al delito de daño, artículo 278 del Código Penal: *Quien de propósito destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo deteriorare, parcial o totalmente, un bien de ajena pertenencia, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales* y el artículo 279 inciso 1o. señala el daño agravado cuando recayere en ruinas o monumentos históricos, o si fuere ejecutado en bienes de valor científico,

artístico o cultural. Estas dos normas vigentes señalan el mismo tipo penal de daño y no existe contradicción entre ellas y lo que sí es cierto, cuál norma sería aplicable a un caso concreto, pues el juez aplicará la norma más favorable al reo.

La exportación de monumentos u otros objetos arqueológicos, históricos y artísticos ... es delito que debe reprimirse con pena de seis meses de arresto mayor a cuatro años de prisión correccional ... es otro tipo penal que trae el 425 en el artículo 21o. Como nota especial de este delito es precisamente sacar ilegalmente cosas u objetos del patrimonio cultural fuera del país sin la debida autorización (véase los artículos 4o. y 9o. del Decreto 425 del Congreso).

Recordemos que uno de los motivos que determina el surgimiento del derecho son los fenómenos económicos, sociales, políticos y culturales y en los últimos días se ha intensificado los actos de robo y hurto de bienes históricos, religiosos y artísticos en las diferentes Iglesias del país y por esta causa el Congreso de la República emitió el Decreto No.36-94 que lo llamó *Ley penal de protección al patrimonio histórico y artístico del país*, en donde encontramos siete tipos de delitos o figuras delictivas, las dos primeras se refieren al hurto y robo de objetos sacrílegos cuya pena es de 12 y 20 años de prisión correccional para cada caso. No cabe duda de que el legislador consideró mas drástica la pena para estos tipos de delitos, ya que no fijó un mínimo ni un máximo como el los otros delitos del Código Penal, lo cierto es que el objeto materia del delito sea destinado al culto, sea sagrada o no y en la norma trae una lista de cosas que se destinan a la actividad religiosa, profana o histórica. Es oportuno aquí establecer una diferencia entre hurto y robo y para ello nos vamos a los artículos 246 y 251 del Código Penal: Quien tomare, sin la debida autorización, cosa mueble, total o parcialmente ajena, será reprimido de 6 meses a 4 años. En el robo como requisito para su tipificación la existencia de violencia anterior, simultánea o posterior a la aprehensión, como vemos en el hurto no hay violencia y en el robo sí lo hay.

En el segundo párrafo del artículo en mención encontramos los otros cinco tipos de delitos penales: A las personas que a sabiendas *adquieren, enajenan, exporten, trafiquen o alteren* en cualquier forma dichos objetos, o similares, la pena a imponer será de 10 años de prisión correccional. No debemos perder de vista que la condición para constituir el delito, la persona debe ser de su conocimiento que el objeto es de contenido religioso e incluso su procedencia. Estos delitos pueden cometer, tanto la persona que vende como el que compra y finalmente hay que explicar una diferencia entre enajenar y traficar puesto que algunas veces nos confunde, ya que ambos términos tienen el contenido de venta; *enajenar* es el modo de traspasar la propiedad y traficar el que vende cosas ilegales o comercia con objetos fuera del comercio de los hombres y *alterar* es cambiar la sustancia del objeto para que sea calificado como delito.

En todos los tipos penales que vimos, al encuadrar una acción humana en ellos, ya conocemos que hay un sujeto activo del delito y es quien ejecuta la acción, un sujeto pasivo del delito y es quien sufre las consecuencias y el derecho jurídicamente protegido es aquí el patrimonio cultural de nuestro país.

DERECHO ARQUEOLÓGICO VIGENTE

Debemos partir de la base que la creación del IDAEH en 1947 obedeció a que el Estado dispusiera institucionalmente de un organismo técnico cuya función consistiera en proteger los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos. En aquella época implicó una decisión política de asignar determinadas funciones a una estructura gubernamental para que las desarrollara con la especialización y capacidad muy pronta requerida. Por esta razón surge el conjunto de normas imperativas-atributivas que en una época pasada y en Guatemala, la autoridad legalmente constituido declara obligatoria. Pero al hacer un examen retrospectivo vemos que estas normas nunca son positivas, en el sentido de que son vigentes pero que efectivamente no se cumplen y no se aplican. Quizá las normas son buenas alguien decía, pero las personas encargadas no las aplican.

Otro factor es que en la última década, el IDAEH lo han politizado y los partidos políticos lo han visto como un botín, por ende llegan directores mediocres administrativamente hablando; no debemos perder de vista que en nuestra sociedad impera la cultura de la violencia y la corrupción y el IDAEH no se ha escapado de este mal endémico. Otro factor que no debemos olvidar: el recurso financiero ha ido en detrimento en cada ejercicio fiscal. Pero también hay que reconocer que se ha caído en complicidad de la destrucción del patrimonio cultural al no haber tenido el coraje de denunciar los delitos que a diario cometen personas individuales y jurídicas.

Nuestra legislación quizá no es la mejor del mundo, tampoco la peor, pero si es necesario introducir reformas necesarias como lo son tipificar delitos, las excavaciones, tenencias y posesiones ilegales; legislar adecuadamente los monumentos que están por encima de la propiedad particular, aquí cabe mencionar que nos falta nacionalismo en un concepto de unión que debiera tener nuestro país con las poblaciones pasadas, en este aspecto puede señalarse la necesidad de crear conciencia nacionalista guatemalteca para que no se destruya el patrimonio cultural, sino que cuidemos y solo así no tendríamos la necesidad de accionar ante los tribunales.

Aunque también es cierto que hasta la presente fecha nadie ha sido condenado por hurto, robo y destrucción o exportación del patrimonio cultural, quizá se debe a la indiferencia e incapacidad de las autoridades del IDAEH para liberar sitios arqueológicos a través de las investigaciones y otorgar permisos provisionales a investigadores mientras que la papelería esté en trámite; estos criterios deben de desaparecer en la costumbre administrativa ya que no tienen ningún asidero legal. A todo esto debemos de agregar el desconocimiento del derecho arqueológico en las Universidades y en los tribunales del país.

Un aspecto importante que no existe en nuestra legislación, es la responsabilidad del Estado, no solo en cuanto a enunciar la obligación de proveer a la arqueología de un apoyo adecuado, sino que éste resulte de políticas arqueológicas bien definidas.

CONCLUSIÓN

- 1) En los guatemaltecos no hay una conciencia clara para proteger el patrimonio cultural.
- 2) Hay una ignorancia total de parte de los guatemaltecos a las leyes del patrimonio cultural.
- 3) La destrucción del patrimonio cultural se debe a que la mayoría de la población no es nacionalista.
- 4) Las acciones y omisiones de delitos arqueológicos no son denunciados a los tribunales de justicia.
- 5) En los delitos arqueológicos hay autores y cómplices; en este último debemos incluir el IDAEH.