

II

39

Delitos contra la cultura: Tráfico ilícito de bienes culturales en México, avances en su protección jurídica

Fecha de recepción: 21 de marzo 2020

Fecha de aceptación: 14 de mayo 2020

Orcid: 0000-0003-0775-7367

Dra. María Elizabeth López Ledesma¹

Facultad de Derecho Abogado Ponciano Arriaga Leija de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí²

Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid.

Mail: elizabeth.lopez@uaslp.mx y elizabeth.uaslp@yahoo.com.mx

México

Sumario: Introducción. I. Bien Cultural: Su Delimitación. II. Tráfico Ilícito De Bienes Culturales. Marco Jurídico De Protección De Los Bienes Culturales; 1. Marco jurídico nacional; 2. Marco jurídico internacional. III Derecho Penal Mexicano Y El Tráfico Ilícito De Bienes Culturales. IV. La Restitución De Bienes Culturales Sanción U Obligación De Los Estados. V. Conclusiones.

RESUMEN:

Resulta claro que los Estados nacionales poseen identidad cultural que los distingue y enriquece dando origen a la multiculturalidad, cada Estado por su parte, es el propietario legítimo de los bienes culturales que conforman esa riqueza, sin embargo, a través de la diversas etapas históricas se han forjado conductas ilícitas suscitadas unas veces por movimientos bélicos, otras por periodos de colonización y actualmente por la delincuencia de organizada, que impactan esta riqueza cultural identitaria nacional de los Estados afectados, dando lugar a la destrucción y/o apropiación ilícita del patrimonio cultural constituido por los bienes culturales.

Este fenómeno de tráfico en México como en otros países de Latinoamérica han visto su origen en el periodo de colonización en el cual sobrevino una conducta ambivalente por parte de los colonizadores: la de destrucción de patrimonio y la otra de apropiación y tráfico ilícito de los mismos; situación que hasta la fecha continua y por diversos medios nos percatamos que bienes

culturales mexicanos se subastan en Europa alegando la licitud de las mismas.

Visto desde el ámbito de los derechos humanos el acceso, disfrute y preservación de la cultura se ve afectado debido a la pérdida de este bagaje cultural histórico que es irremplazable, de esta forma evidenciamos una doble afectación.

PALABRAS CLAVE: tráfico ilícito, bienes culturales, derecho penal, derechos humanos.

INTRODUCCIÓN.

La riqueza cultural mexicana al igual que la de otros Estados americanos es el resultado de la composición multicultural de su población que actualmente habita en su territorio constituyendo a los pueblos indígenas herederos de pueblos originarios cuyo tránsito histórico ha sido de lucha constante para preservar su identidad cultural, que comprende todos los aspectos que conforman su cosmovisión. Estos pueblos originarios que pasaron por la dominación a través de la conquista por los españoles, por luchas de independencia han sobrevivido y siguen en lucha constante por

la preservación de su derecho a la diferencia y a la conservación de su identidad cultural que por ideologías eurocéntricas y asimilacionistas han perdido gran parte de su patrimonio ancestral y siguen viviendo en situación desfavorable dentro de los territorios habitados por la población no indígena a pesar de los avances constitucionales en protección de derechos humanos.

Un ejemplo es la destrucción del patrimonio cultural de pueblos originarios, que se inicia con el periodo de la conquista dándose entonces los primeros ilícitos culturales, esta destrucción fue más allá de daños materiales en sus templos, prohibición de ceremonias religiosas hasta llegar al punto de la apropiación de bienes culturales para ser trasladados a sus reinos, comerciar, poseerlos en colecciones privadas, esta forma de actuar a partir de la época colonial es lo que hoy se denomina como tráfico ilícito de bienes culturales.

Actualmente los estados afectados reclaman esos bienes, lo que ha provocado enfrentamientos con la consecuente disolución de relaciones diplomáticas, sin embargo, este tráfico de bienes no ha

terminado ha sido una conducta continua por lo que los Estados preocupados por ese patrimonio ancestral adquirido a veces lícitamente, sea restituido. El tráfico cultural sigue deteriorando el patrimonio cultural de los Estados afectados, y a pesar de la emancipación del coloniaje, es un problema que se presenta también como producto de guerras a través del denominado como “botín de guerra”.

Dada la importancia de estos bienes y su tráfico ilícito, resulta necesario determinar si su marco jurídico de protección es el apropiado para suprimirlo y lograr su restitución cuando esta sea viable. La pérdida de patrimonio cultural constituye un daño a los estados afectados y en algunos caso no solo a los Estados como parte su identidad cultural nacional puesto que va más allá se extiende al plano internacional cuando estos bienes son o deben ser clasificados y protegidos como patrimonio común de la humanidad. La afectación es grave cuando estos bienes pasan a colecciones privadas que impide acceso a los mismos y no son de acceso a la población y Estados interesados en los mismos y sobretodo cuando daña

directamente a los pueblos indígenas autores ancestrales de estos bienes culturales con un significado específico para la recreación, transmisión de ceremonias ancestrales.

Por lo anterior nos proponemos como objetivos los siguientes: determinar si existe un marco jurídico específico dentro del ámbito internacional y nacional que proteja los bienes culturales de México; por otra parte, si se cuenta con estos marcos jurídicos es prudente comprobar si detallan una protección específica referente a la creación cultural indígena por ser este grupo vulnerable el que directamente ha sido víctima del despojo de bienes ancestrales y aquellos de producción actual como los casos en que se les ha plagiado sus modelos y diseños textiles. Y por último, establecer papel que ha representado el derecho penal en la tipificación de delitos culturales como medio coactivo que fortalezca la protección nacional del patrimonio cultural.

La presente investigación se desplegará a través de la metodología explicativa y evaluativa mediante el análisis jurídico documental de los desarrollos

legislativos nacional e internacional así como de la doctrina, para conocer el origen la situación jurídica actual del Estado mexicano. Se ha dividido en títulos que van desde la forma de identificar a los bienes culturales de otros bienes a partir de su concepto, que es el tráfico ilícito, el marco jurídico nacional e internacional de los bienes contra este tráfico, los avances del derecho internacional visto desde los instrumentos ratificados por el Estado mexicano, los avances constitucionales y del derecho penal en materia de cultura y por último, dedicamos el espacio a la restitución de bienes objeto de tráfico ilícito.

I. BIEN CULTURAL: SU DELIMITACIÓN.

Para la comprensión del objeto de nuestro estudio iniciamos con el concepto bien cultural (En adelante BC) lo que a su vez permitirá e identificarlos de otros bienes, podríamos decir no culturales, todo esto relevante para determinar la especial protección que poseen como patrimonio de un Estado y de un grupo de individuos.

Resulta difícil definir a priori a un bien cultural, incluso correríamos el riesgo de incluir un extenso números de objetos, sin

embargo ha sido necesario cerrar el círculo, sobretodo con la finalidad de evitar su tráfico ilícito, es esencial delimitarlo a través de su definición y marco jurídico. La doctrina deja su delimitación a lo que establece la norma y es así que se particulariza el concepto, además de aquellos que resultan necesarios para preservar la herencia cultural específica como se señala a continuación: "...dentro de una óptica particular, con miras a controlar la exportación de objetos culturales considerados como tales según la ley vigente o vistos como esenciales para la comprensión y la preservación de una herencia específica. En otros contextos se entenderá el término de manera diferente". (Askerud P. E., 1999, p. 19)

Por otra parte, siguiendo el criterio de los particularismos jurídicos, positivizados en una norma internacional se cuenta con un concepto objetivo de bien cultural que lo aporta el Convenio sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente (En adelante UNIDROIT), (Ilegalmente, 2019)¹ aunque en 1970 la Convención de la

UNESCO sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales los definen en el artículo 1º. "... se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas 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 y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación.."

Esta Convención remite a un catálogo expreso en el mismo artículo, a diferencia de el Convenio UNIDROIT, cuyo catálogo se sitúa en su anexo en coincidencia con la Convención de 1970; el Convenio UNIDROIT despliega en incisos los bienes culturales: muebles, los de interés zoológico, históricos, arqueológicos y artísticos. Específicamente su artículo 2 señala:

"... por bienes culturales se entenderán aquellos que, por razones

¹ Hacemos notar que no ha sido ratificado por México, sólo fue aceptado el 04 de octubre de 1972.

religiosas o seculares, revistan importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte y la ciencia y que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el anexo al presente Convenio“.

El concepto reproducido se allega de criterios religiosos, seculares, al mismo tiempo se sirve de ciencias que dotan de interdisciplinarietà a la materia cultural respecto de los bienes, es decir, convergen en él: la arqueología, historia, prehistoria, literatura, arte y ciencia. Parece un concepto fácil de entender pero resulta ser complejo al momento de que las ciencias aludidas determinen el criterio de “*importancia*”, desde luego sin tomar en consideración aspectos tan importantes como la multiculturalidad que lleva aparejada las diversas cosmovisiones, es así que nos damos cuenta de su complejidad en cuanto a su extensión. Por otra parte, como requisito para ser calificado de bien cultural señala el artículo 2 de la UNIDROIT debe de pertenecer a cualquiera de los enunciados en las fracciones señaladas, en este sentido podemos afirmar que: primero habrá de identificar el bien dentro del anexo de la

Convenio, además de *que es necesario el elemento finalista de ser de: Importancia arqueología, prehistoria, historia, literatura, arte y ciencia.*

Para el año 2020 México aún no ha ratificado este Convenio solo ha firmado la Convención de 1970 sobre Exportación y transferencia ilícita de propiedad de bienes culturales (CETIPBC). La diferencia entre ambas Convenciones radica en la forma de solicitar la restitución: la Convención del 1970 maneja la cooperación internacional, opera principalmente vía diplomática reservando la posibilidad de reclamar fundamentalmente a los Estados partes. En cambio el Convenio UNIDROIT se desarrolla en el ámbito privado abre también la posibilidad de reclamación a los propietarios de bienes culturales robados.

II. TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES.

A partir del interés y estudio de la cultura en el ámbito internacional, se inicia un proceso de reconocimiento de los otros, en especial de los pueblos indígenas a partir de los años

60's, en que se comienza a cuestionar la unificación de los pueblos al Estado que habitan. (Cabedo Mallol, 2004, p. 92) A partir de ello se muestra interés por la adquisición de bienes culturales sobre todo de forma ilícita, en este sentido el tráfico ilícito se inicia con "...el reconocimiento de otras culturas y de diferentes formas expresivas, ajenas a las normas y los códigos del arte occidental, la demanda, especialmente desde Occidente de objetos culturales exóticos está de hecho amenazando el patrimonio cultural de sociedades enteras. Se trata de un problema muy arduo, especialmente en muchos países en desarrollo, carentes de legislación y políticas apropiadas, además de que no disponen de recursos y personal formado para hacerle frente al tráfico a raíz de lo anterior." (Askerud P. , p. 23)

Un esfuerzo de atenuar el tráfico lo constituye el Código de Deontología del Consejo Internacional de Museos ICOM, cuya ratificación compromete a los museos a restituir bienes culturales que se encuentren en exposición y que pertenezca a otro Estado este se señala que el tráfico ilícito de BC se presenta en diversas modalidades: (ICOM, 2019) "Robos en

museos, monumentos, sitios religiosos y otros lugares de conservación públicos o privados; excavaciones ilícitas de objetos arqueológicos, incluyendo excavaciones subacuáticas ; sustracción de bienes culturales durante conflictos armados u ocupación militar; exportación e importación ilícitas de bienes culturales; transferencia ilegal de propiedad de bienes culturales (venta, compra, asunción de la deuda hipotecaria, intercambio, donación o legado); producción, intercambio e utilización de documentación falsificada; y tráfico de bienes culturales falsos o falsificados".

La gama de conductas delictivas es diversa, sin embargo faltaría agregar aquellos bienes culturales obtenidos dentro de periódicos históricos concretos como el colonialismo. México actualmente es miembro categoría 2 de la ICOM, por tanto se compromete a aplicar las disposiciones del mismo Código de Deontología. (ICOM, 2019) Aunque también lo son los países que reciben BC de dudosa procedencia como Estados Unidos y Francia, aunque Inglaterra, no lo es hasta ahora.

1. **Marco jurídico Nacional.**

Dentro del contexto mexicano la negativa de ratificar el Convenio UNIDROIT dificulta dos cuestiones: primero la restitución convencional de los bienes culturales y en segundo lugar a concretar el término de bien cultural para su adecuada identificación, dando lugar a las siguientes cuestiones: ¿cómo distinguiremos jurídicamente cuando estamos en presencia de un bien cultural? para tener la certeza de que estamos en presencia de tráfico ilícito de un BC, asimismo, aplicar correctamente las disposiciones relativas a esta conducta o nos preguntaríamos ¿cómo distinguiremos un bien cultural de aquél que no lo es?

Dentro del texto constitucional mexicano no existe precepto normativo alguno que aluda a bienes culturales, se deja a otros cuerpos legislativos su conceptualización y por tanto su delimitación, (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) es necesario recurrir a la legislación general, federal y reglamentos para conceptualizar lo que es un bien cultural. Las Aes de referencia son: Ley General de Bienes Nacionales, La Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricos de

1972, y su Reglamento. (Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, 2019)

General de Bienes Nacionales. (Ley General de Bienes Nacionales) en su CAPITULO I de “Disposiciones Generales”, se revela cómo se conforma el patrimonio nacional: Artículo 1º. “El patrimonio nacional se compone de: I. Bienes de dominio público de la Federación, y^[L]_[SEP] II. Bienes de dominio privado de la Federación”. (ICOM, 2019)

Artículo 2º. “Son bienes de dominio público: “...^[L]_[SEP] XI. Los muebles de propiedad federal que por su naturaleza no sean normalmente sustituibles, como los documentos y expedientes de las oficinas; los manuscritos, incunables, ediciones, libros, documentos, publicaciones periódicas, mapas, planos, folletos y grabados importantes o raros, así como las colecciones de esos bienes; las piezas etnológicas y paleontológicas; los especímenes tipo de la flora y de la fauna; las colecciones científicas o técnicas, de armas, numismáticas y filatélicas; los archivos, las fono grabaciones, películas, archivos fotográficos, cintas magnetofónicas

y cualquier otro objeto que contenga imágenes y sonidos, y las piezas artísticas o históricas de los museos; y ...”

En este precepto tenemos implícito los bienes culturales que forman parte del patrimonio cultural de México

La Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas y Artísticas e Históricas (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión), regula y protege el patrimonio cultural de la nación, establece la obligatoriedad para sus propietarios de cuidarlos y conservarlos, así como establece las normas para su restauración, demolición o reconstrucción, regula su comercio y exportación temporal; crea el Registro Público de Monumentos y Zonas Arqueológicas e Históricas y establece la propiedad de la Nación sobre ello, hace referencia a los monumentos arqueológicos como bienes de la Nación inalienables e imprescriptibles como se desprende del 27: CAPITULO III,^[1]De los Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos: “Son propiedad de la Nación, *inalienables e imprescriptibles*, los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles”.

A su vez éstos distinguiendo entre monumentos arqueológicos en su artículo 34 históricos y artísticos en el artículo 35 con una agravante específica: al que ordene, induzca, dirija, organice o financie las conductas descritas en el párrafo anterior, se les incrementará hasta por una mitad las penas antes señaladas”. Establece un régimen para su conservación y delimita qué monumentos corresponden a cada clasificación en su precepto 36. Asimismo, insta conductas prohibidas con respecto al tráfico ilícito de los monumentos señalados con su correspondiente sanción, asimismo el artículo 53 Bis. Acentúa la infracción a disposiciones legales adoptadas en el país de origen de los bienes culturales de que se trate.

En definitiva, las conductas tipificadas en el apartado de la ley de referencia están motivadas por la exportación e importación de bienes culturales aquí denominados como “monumentos arqueológicos”. Con respecto a los monumentos históricos, en su capítulo VII destina una sección a la tipificación de conductas consideradas como ilícitas con su correspondiente sanción: Artículo 47. “Al que

realice trabajos materiales de exploración arqueológica, por excavación, remoción o por cualquier otro medio, en monumentos arqueológicos inmuebles, o en zonas de monumentos arqueológicos, sin la autorización del Instituto Nacional de Antropología e Historia, se le impondrá prisión de uno a diez años y multa de cien a diez mil pesos”. No es un delito de tráfico ilícito pero tiene relevancia en el supuesto que los monumentos culturales se hayan obtenido a través de excavaciones clandestinas, supondría la acumulación en relación al delito de tráfico ilícito.

De la misma forma el siguiente artículo constituye otra forma en la que se realice el tráfico ilícito consentido y perpetrado por funcionario público: Artículo 48. “Al que valiéndose del cargo o comisión del Instituto Nacional de Antropología e Historia o de la autorización otorgada por éste para la ejecución de trabajos arqueológicos, disponga para sí o para otro de un monumento arqueológico mueble, se le impondrá prisión de uno a diez años y multa de tres mil a quince mil pesos”. Si los delitos previstos en esta ley los cometen funcionarios encargados de su observancia,

las sanciones relativas se les aplicarán independientemente de las que les correspondan conforme a la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

Artículo 49. “Al que efectúe cualquier acto traslativo de dominio de un monumento arqueológico mueble o comercie con él y al que lo transporte, exhiba o reproduzca sin el permiso y la inscripción correspondiente, se le impondrá prisión de uno a diez años y multa de mil a quince mil pesos”.

Otros presupuestos de tráfico que es a través de la conducta de comerciar y colaborar transportándolo, exhibiéndole o reproduciéndolo los encontramos en los artículos: 50, 51, 52.

El saqueo ilícito se maneja en el Artículo 53 y se le impondrá prisión de dos a doce años y multa de cien a cincuenta mil pesos. Se prevé la reincidencia como agravante en caso de reincidencia en conductas de tráfico y destrucción de los monumentos históricos en el Artículo 54. “A los reincidentes en los delitos tipificados en esta Ley, se les aumentará la sanción desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. La

sanción para quienes resulten delincuentes habituales se aumentará de uno a dos tantos de la que corresponda al delito mayor. Remite asimismo para resolver sobre reincidencias y habitualidad se estará a los principios del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales aplicable en toda la República en materia federal.

El delito de tráfico, destrucción, apoderamiento, reproducción, comercialización, así como su transportación, exhibición resultan las conductas tipificadas como delitos del ámbito de la cultura, además de ser consideradas como delitos en los que el sujeto activo del mismo será considerado como “delincuente habitual”, como se desprende de la lectura del tercer párrafo del artículo 54: “Los traficantes de monumentos arqueológicos serán considerados delincuentes habituales para los efectos de esta Ley. En otro párrafo considera el error de prohibición al determinar que: “la graduación de las sanciones a que esta Ley se refiere se hará tomando en cuenta la educación, las costumbres y la conducta del sujeto, sus condiciones económicas y los motivos y circunstancias que lo impulsaron a

delinquir”.

Es importante hacer énfasis en que para garantizar que esta Ley de Patrimonio se cumpla el artículo 50 se prevé otras sanciones para asegurar que las disposiciones de esta ley se cumplan, por otra parte, delega a otras instituciones aplicar multa en caso de que consideren que se haya violado esta ley: ” Cualquier infracción a esta Ley, o a su Reglamento, que no esté prevista en este Capítulo, será sancionada por los Institutos competentes, con multa de cien a cincuenta mil pesos, la que podrá ser impugnada mediante el recurso de reconsideración, en los términos del Reglamento de esta Ley”.

Asimismo, su reglamento señala conductas de tráfico ilícito de bienes culturales en la modalidad de importación y exportación: nos referimos al Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas. (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2019) Se asigna un capítulo específico el III. De los Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas que en sus disposiciones 32, 33 y 34 prohíbe la exportación definitiva de: los bienes

artísticos de propiedad particular que de oficio hayan sido declarados monumentos; la exportación definitiva de los siguientes monumentos históricos de propiedad particular: I. Los señalados en las fracciones 1, II y III del artículo 36 de la Ley; II. Los que no sean sustituibles; y III. Aquellos cuya integridad pueda ser afectada por su transportación o por variarse las condiciones en que se encuentren; y por último la exportación temporal de los monumentos artísticos o históricos de propiedad particular cuya integridad pueda ser afectada por su transportación o por variarse las condiciones en que se encuentren.

El Reglamento del Decreto que Prohíbe la Exportación de Documentos Originales Relacionados con la historia de México, y de los Libros que por su Rareza sean Difícilmente Substituibles (13 de julio de 1974), es otro cuerpo legislativo que tiene por finalidad evitar que la historia de México inscrita en documentos con un valor histórico esencial se pierda, es el caso de los Códices precolombinos y coloniales que han sido objeto de tráfico ilícito y que se encuentran en bibliotecas europeas. (Zaragoza, 1999, p. 63) Sin embargo el tráfico ilícito traspasa las

fronteras del patrimonio cultural material también existen graves problemas con el inmaterial como lo es el robo de diseños textiles de los pueblos indígenas, ilícito que se enmarca en el ámbito de la propiedad intelectual con injerencia directa en el ámbito del patrimonio cultural, tema este relevante también que rebasa los límites y tema del que tratamos pero que se detalla de forma más amplia en el artículo: La propiedad intelectual de los productos culturales de los pueblos indígenas en México: situación jurídica actual. (López Ledesma, 2019, pp. 95-115)

2. Marco Jurídico Internacional.

Contextualicemos el marco jurídico Internacional relativo a la propiedad de bienes culturales, dado que hemos constatado que México no ha ratificado las dos convenciones cuyo marco de acción idóneo es precisamente el tráfico ilícito de bienes culturales, sin embargo, advertimos si dentro de este marco internacional existen otros instrumentos internacionales vinculantes para reforzar el marco nacional de protección de bienes culturales.

Otros instrumentos con los que la

protección de un BC se fortalece es la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Protocolo relativo a la Convención (La Haya, 1954). Los instrumentos de ratificación de la Convención y del Protocolo se depositaron el 7 de mayo de 1956. Mencionamos también las 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 no ha sido ratificada solo se quedó en etapa de firma.

También el ya mencionado² Código del ICOM, en su artículo 2.2, “Indica que ningún Museo debe adquirir un objeto o espécimen por compra, donación, préstamo legado o intercambio sin que esté seguro de la existencia de un título de propiedad válido.” (Fernández Liesa, 2012, p. 209) Habrá que cerciorarse de que los BC procedentes de los saqueos del colonialismo tengan título de propiedad válido. Consideramos que siguen los esfuerzos desde el ámbito internacional para esta protección de tráfico ilícito, solo falta voluntad

de los Estados por ratificar estos instrumentos y sobre todo la cooperación internacional porque este delito no comporta solo a un Estado, institución privada o individuo es una red compleja de participación en la ejecución del mismo.

III. DERECHO PENAL MEXICANO Y EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES.

El derecho humano a la cultura en México ha iniciado a cobrar importancia a partir de disposiciones constitucionales que en materia de derechos humano se han desarrollado, podemos hablar de un derecho constitucional cultural, derecho internacional de la cultura, derechos humanos culturales, propiedad intelectual de la cultura, sin embargo, dentro del derecho penal que se ocupa de tipificar y sancionar ya en sus respectivos ámbitos sustantivo y adjetivo conductas ilícitas, ¿podremos decir que poseemos un derecho penal que aporta protección al patrimonio cultural mexicano a través de la tipificación de conductas que dañen este patrimonio tales como el tráfico ilícito de bienes culturales, daño al

² *Supra.*, p. 6

patrimonio cultural, o incluso la expoliación como consecuencia de movimientos bélicos?

México como Estado colonizado, ha sufrido de los embates de destrucción, apropiación y exportación ilícita de bienes culturales, lo mismo podemos señalar de los restantes países Latinoamericanos mismos que cuentan con un patrimonio cultural histórico invaluable. Bajo este contexto creemos necesario revisar nuestra legislación penal para determinar si es necesario crear o bien reforzar la protección en el ámbito de la cultura. Después de la lectura del Código Penal Federal mexicano, se concluye que no contiene dentro de su estructura en capítulos el relativo a delitos en contra de la cultura y/o patrimonio cultural. Para llenar este vacío legislativo y no dé lugar a la impunidad de hechos que deterioren el patrimonio cultural, se tendrá que examinar si el tipo de la conducta que daña el patrimonio se adecua a un tipo penal general de los que se encuentran señalados en el código en mención, sin tener una agravante por tratarse de conductas que dañan o destruyen el patrimonio cultural, solo podremos adecuarlos a tipos delictivos

como: Delito contra el patrimonio, contrabando, encubrimiento y daños materiales.

Para salvar esta situación de despojo del patrimonio cultural mexicano de la impunidad habrá que dirigirse a otros instrumentos internacionales. Otra opción es crear un marco jurídico penal que prevea delitos contra la cultura y que señale de forma enfática su restitución y la prohibición de tráfico ilícito, porque el principal daño es que el bien sea objeto de traslado de soberanía en repercusión de lo que hoy se denomina como nacionalismo cultural (Fernández Liesa) o quizá lo que podríamos denominar como soberanía cultural.

Hasta ahora el derecho penal no ha aportado un marco de regulación que permita afianzar la protección, para ello habrá que acudir a la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas y su reglamento (Cámara de Diputados, 2019), sin embargo, consideramos imperioso que se incorpore un apartado específico en la legislación penal en la que se tipifiquen delitos contra el patrimonio cultural mexicano, todo ello debido a la importancia trascendental que

implica para la preservación de la identidad cultural y del patrimonio cultural mexicano y de todo aquél patrimonio declarado por la UNESCO como patrimonio cultural de la humanidad.

IV. LA RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES SANCIÓN U OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS.

Dentro del ámbito internacional del derecho internacional de los derechos humanos y de los pueblos indígenas, se ha dado inicio al desarrollo doctrinal del tema de las reparaciones históricas cuando se afecta los bienes ancestrales de los pueblos indígenas, el énfasis sin embargo, se ha dado en lo que respecta a territorios, lo cual no significa o impide que las reparaciones puedan aplicarse a bienes culturales objeto de tráfico ilícito.

Existe la posibilidad de resarcir un bien cultural a través de su restitución, cuando la diplomacia o aplicación del Convenio UNIDROIT no se materializa, es decir que la “restitución” puede operar cuando éstos se encuentren en poder de un Estado extranjero. Es así que el

concepto de reparación y restitución histórica convergen como solución al tráfico ilícito de bienes culturales. El tema tratado por el autor Felipe Gómez Isa, le denomina “Derecho de los pueblos indígenas a la reparación por injusticias históricas”, (Gómez Isa, 2010, p. 7) dando relevancia a las ilegalidades del pasado histórico dentro del discurso de las teorías de la justicia que ya no sólo se basan en la simple solución de conflicto determinado, sino que vas más allá de la reparación, si es posible a la reconciliación desde la perspectiva de las víctimas, es decir a la justicia restaurativa. (Gómez Isa, p. 8)

Este derecho a la reparación lo deducimos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), cuyos preceptos 11 y 12 señalan la reparación por injusticias históricas, se hace referencia a la restitución de bienes culturales, específicamente se reconoce

a los pueblos indígenas la potestad de mantener y proteger sus manifestaciones pasadas entre otras. Señala a su vez, mecanismos eficaces, que los Estados deben adoptar. En consecuencia esta Declaración pugna por el nacionalismo cultural. Aunque no es vinculante y forma parte del *soft law*, los estados de *Buena fe* en lo que respecta al tráfico de bienes culturales deben ser copartícipes de su aplicación respetando el principio de autodeterminación de los pueblos y de respeto a la soberanía de los Estados, ambos principios de Derecho Internacional Público.

V. CONCLUSIONES

La trascendencia de los bienes culturales no solo como patrimonio cultural de los Estados sino a la par del patrimonio cultural de la humanidad han contado con un sistema de protección jurídica basada en relaciones diplomáticas desde sus inicios, mostrándose débil, prueba de ellos son los bienes culturales de origen mexicano que se

encuentran en museos internacionales, casas de subasta y colecciones privadas. El avance en su protección proviene del sistema universal de derechos humanos en específico del derecho internacional de la cultura con la creación y adopción de la Convenio UNIDROIT y de la UNESCO de 1970 que han aportado un marco importante de respaldo a los Estados víctimas del tráfico ilícito que lamentablemente no es vinculante para México en tanto no la ratifique.

Por otra parte no contamos con un marco jurídico específico dentro del ámbito internacional y nacional que proteja los bienes culturales mexicanos con énfasis en bienes procedentes de pueblos indígenas ancestrales y no ancestrales, se cuenta con un marco general disperso en diversos cuerpos jurídicos que crean la necesidad de dirigirse a diversos campos jurídicos de los derechos humanos tales como: derecho penal, derecho a la cultura, derecho de los pueblos indígenas. Asimismo no detallan una protección específica para la creación cultural indígena, cuya necesidad opera por ser este grupo vulnerable el que directamente ha sido víctima del despojo de bienes ancestrales y de producción actual

como los casos en que se les ha plagiado sus modelos y diseños textiles.

Después de la lectura del Código Penal Federal mexicano, nos hemos cerciorado que no cuenta con un capítulo específico de delitos contra la cultura y/o patrimonio cultural. Para llenar este vacío penal se tiene que adecuar el tipo de conducta que daña el patrimonio a un tipo penal general dentro del Código para su sanción ejemplo al delito contra el patrimonio, contrabando, encubrimiento o daños materiales.

Otra opción viable dentro de la legislación es acudir a la ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas y Artísticas e Históricas que regula y protege el patrimonio cultural de la nación, establece la obligatoriedad para sus propietarios de cuidarlos y conservarlos, así como normas para su restauración, demolición o reconstrucción, regula su comercio y exportación temporal; crea el Registro Público de Monumentos y Zonas Arqueológicas e Históricas y establece la propiedad de la Nación sobre ello, hace referencia a los monumentos arqueológicos como bienes de la Nación inalienables e

imprescriptibles adolece, sin embargo de obtener la restitución de los bienes.

La dispersión normativa de ilícitos culturales, provoca la confusión al momento de determinar la responsabilidad de las personas que participan en ellos, aún más si se trata de determinar la competencia federal, estatal y municipal que es otra cuestión a resolver al saber que la competencia jurisdiccional en materia de cultura es concurrente.

El derecho penal es una disciplina que puede mediar en gran medida para frenar en México el tráfico ilícito, tipificando conductas y añadiendo tal vez una capítulo de delitos culturales por la trascendencia del tema cultural como derecho humano individual y colectivo garantizado en nuestra constitución y que para su viabilidad requiere de protección legislativa, es decir, se requiere que el Estado instituya un marco adecuado aunque la Ley federal y su reglamento sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas y Artísticas e Históricas, incorporó delitos relativos al tráfico ilícito. Consideramos que en México la defensa de su propio patrimonio cultural es tibia, deja cuando mucho a la diplomacia la resolución

de conflictos originados por el tráfico ilícito de bienes culturales y la restitución de los mismos es omisa en todas las disposiciones normativas analizadas a excepción del Convenio UNIDROT, pero que no es vinculante para México.

Bibliografía

Cámara de Diputados. (2019). *Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas*. Recuperado el 15 de 02 de 2019, de Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión: www.diputados.gob.mx

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (s.f.). Recuperado el 15 de 01 de 2020, de www.diputados.gob.mx.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (2019). www.diputados.gob.mx. Recuperado el 13 de 12 de 2019

Cabedo Mallol, V. (2004). *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. España, Valencia: Universidad Politécnica de Valencia.

Ley General de Bienes Nacionales. (2019). *Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión*. Recuperado el 23 de 2 de 2019, de www.diputados.gob.mx

Consejo Internacional de Museos. (20 de 01 de 2019). *ICOM*. Recuperado el 2019, de <http://icom.museum/programas/lucha>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (s.f.). www.diputados.org.mx. Recuperado el 12 de 01 de 2020

López Ledesma, M. G. (2019). La propiedad intelectual de productos culturales de los pueblos indígenas en México: situación jurídica actual. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 18 (18).

Askerud, P.

Askerud, P. E. (1999). *La prevención del tráfico ilícito de bienes culturales. Un manual de la UNESCO para la implementación de la Convención de 1970*. (V. Valembos, Trad.) México, DF, México: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (s.f.). *Naciones Unidas*. Recuperado el 18 de 12 de 2019, de www.nu.org

Fernández Liesa, C. *Cultura y derechos humanos*.

Fernández Liesa, C. (2012). Cultura y derecho. *Cuadernos Democracia y derechos Humanos* (8), 209.

Gómez Isa, F. (2010).

Gómez Isa, F. (2010). *El derecho de los pueblos indígenas a la reparación por injusticias hitóricas*. (IDECA, Trad.) Perú, Perú: Cuadernos IDECA.

Ilegalmente, C. s. (2019). *UNESCO*. Recuperado el 12 de 03 de 2019, de <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/>

ICOM. (20 de 01 de 2019). *Consejo Internacional de Museos*. Recuperado el 20 de 01 de 2019, de <http://icom.museum/programas/lucha-contra-el-trafico-ilicito>

ICOM. (2019).

ICOM. (2019).

Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas arqueológicas, A. e. (2019). *Cámara de Diputados del H. Congreso Federal*. Recuperado el 20 de 02 de 2019, de www.diputados.gob.mx

Zaragoza, V. (1999). *Códices coloniales. Arqueología mexicana: códices coloniales* (38), 63.