

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO
URRELO**



ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA
LA ACTUAL REDACCIÓN DEL DELITO CONTRA
MONUMENTOS ARQUEOLÓGICOS EN COMPARACIÓN CON SU
REDACCIÓN PRIMIGENIA.
UNA PROPUESTA PARA EVALUAR SU PROTECCIÓN REAL

Presentado por:

Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla

Asesor:

Dr. Christian Fernando Tantaleán Odar

Cajamarca – Perú

Octubre – 2018

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO
URRELO**



ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

**LA ACTUAL REDACCIÓN DEL DELITO CONTRA
MONUMENTOS ARQUEOLÓGICOS EN COMPARACIÓN CON SU
REDACCIÓN PRIMIGENIA.**

UNA PROPUESTA PARA EVALUAR SU PROTECCIÓN REAL

Presentado por:

Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla

Asesor:

Dr. Christian Fernando Tantaleán Odar

Cajamarca – Perú

Octubre – 2018

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO
URRELO**



ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

**LA ACTUAL REDACCIÓN DEL DELITO CONTRA
MONUMENTOS ARQUEOLÓGICOS EN COMPARACIÓN CON SU
REDACCIÓN PRIMIGENIA.**

UNA PROPUESTA PARA EVALUAR SU PROTECCIÓN REAL

Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para el
Grado Académico de Maestro en Derecho Penal y Criminología

Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla

Asesor:

Dr. Christian Fernando Tantaleán Odar

Cajamarca – Perú

Octubre – 2018

COPYRIGHT©2018 by
Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

ESCUELA DE POSGRADO

APROBACIÓN DEL INFORME DE TESIS DE MAESTRÍA

**LA ACTUAL REDACCIÓN DEL DELITO CONTRA
MONUMENTOS ARQUEOLÓGICOS EN COMPARACIÓN
CON SU REDACCIÓN PRIMIGENIA.**

UNA PROPUESTA PARA EVALUAR SU PROTECCIÓN REAL

Presidente: Dr. Domingo C. Alvarado Luis

Secretario: Dr. Víctor Hugo Delgado Céspedes

Vocal: Mg. Augusto Quevedo Miranda

Asesor: Dr. Christian Fernando Tantaleán Odar

Es difícil hacer las cosas bien en el poco tiempo del que disponemos, pero, en fin,
esa es la condición humana ¡qué le vamos a hacer!

Jesús Mosterín

AGRADECIMIENTOS

Durante el transcurso de la investigación fueron muchas las personas que me brindaron su apoyo de diversas formas. Esta tesis empezó siendo asesorada por el Dr. Reynaldo Mario Tantaleán Odar, desafortunadamente el escaso tiempo disponible no me permitió cumplir con las exigencias de esta Escuela de Postgrado. A la Dra. Sandra Bringas Flores, por toda su paciencia en búsqueda de la información necesaria, a los doctores Mario Abanto Quevedo y Juan Carlos Tello Villanueva por sus agudas observaciones en cuanto al Derecho Penal. A los Drs. Alonzo Ramírez Alvarado y David Zavaleta Chimbor, por las precisiones metodológicas, igual que a Pablo Cuerva Chávez y a Wilson Llanos. Al Ing. Guillermo Cabrera Rojas por sus precisiones y gráficos, a Nelida Ayay Chilón, por la traducción al quechua, a la familia Zorrilla, a Karina por sus revisiones y consultas, a los bibliotecarios, asesores legales y archiveros de la Dirección de Cultura y del Ministerio Público de nuestra localidad. Y claro, a Katy, por aguantarme y seguir.

TABLA DE CONTENIDOS

LISTA DE TABLAS	XII
LISTA DE FIGURAS	XIII
RESUMEN	XIV
ABSTRACT	XV
ASHLITA	XVI
PREFACIO	1
CAPÍTULO I	3
INTRODUCCIÓN	3
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1.1.1. <i>Descripción de la realidad problemática</i>	3
1.1.2. <i>Definición del problema</i>	5
1.1.3. <i>Objetivos</i>	5
1.1.3.1. Objetivo General	5
1.1.3.2. Objetivos específicos	5
1.1.4. <i>Justificación e importancia</i>	6
CAPÍTULO II	9
MARCO TEÓRICO	9
2.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN	9
2.1.1. <i>Antecedentes teóricos</i>	9
2.1.1.1. Doctrinarios de <i>lege ferenda</i>	9
2.1.1.2. Doctrinarios de <i>lege data</i>	10
2.1.1.3. Doctrinarios con soporte empírico	12
2.1.2. <i>Resumen histórico</i>	13
2.1.2.1. Sobre el bien jurídico Patrimonio Cultural	14
2.1.2.2. En el caso peruano	15
2.1.3. <i>Las teorías en el derecho penal</i>	20
2.1.3.1. Teoría General del Derecho Penal	22
2.1.3.2. La Teoría de la Pena	26
2.1.3.3. Teoría del bien jurídico protegido	27
2.1.3.4. La Teoría del Delito	28
2.1.3.5. El papel del derecho constitucional en el derecho penal actual	30
2.1.4. <i>Marco conceptual</i>	31
2.1.4.1. La Eficacia del Derecho Penal	31
2.1.4.2. Protección real	33
2.1.5. <i>Resumen o marco teórico propiamente dicho</i>	37
2.1.6. <i>Hipótesis</i>	49
2.1.6.1. Operacionalización de las variables	50

CAPÍTULO III	52
MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	52
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	52
3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	52
3.3. ÁREA DE INVESTIGACIÓN	53
3.4. POBLACIÓN	54
3.5. MUESTRA	54
3.6. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	55
3.6.1. <i>Método Hermenéutica-Jurídica</i>	55
3.6.1.1. El primer paso: la identificación del texto a interpretar	59
3.6.1.2. El segundo paso: la utilización de los criterios hermenéuticos	60
3.6.1.3. El tercer paso: la recolección de datos	63
3.6.1.4. El cuarto paso: la presentación de la interpretación	64
3.6.2. <i>Método etno-histórico</i>	64
CAPÍTULO 4	66
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	66
4.1. INTERPRETACIÓN HERMENÉUTICA DE LAS DOS VERSIONES DEL TIPO PENAL DEL DELITO CONTRA MONUMENTOS ARQUEOLÓGICOS	66
4.1.1. <i>Elementos en común en las dos redacciones del tipo penal</i>	67
4.1.1.1. Explicando la N1	70
4.1.1.2. Explicando la N2	75
4.1.1.3. Explicando la N3	79
4.1.1.4. Explicando la N4	81
4.1.2. <i>Elemento que fue cambiado</i>	83
4.1.2.1. Yacimiento arqueológico	83
4.1.2.2. Monumento arqueológico	85
4.1.3. <i>Elementos añadidos al tipo penal</i>	88
4.1.3.1. Nueva norma: N5	90
4.1.3.2. El elemento normativo del tipo	92
4.1.3.3. Elemento subjetivo añadido al dolo	92
4.2. INTERPRETACIÓN EN SEDE FISCAL	100
4.2.1. <i>Interpretación sin modificatoria</i>	100
4.2.1.1. Caso 1	100
4.2.1.2. Caso 2	101
4.2.1.3. Caso 3	104
4.2.2. <i>Interpretación con modificatoria</i>	105
4.2.2.1. Caso 4	105
4.2.2.2. Caso 5	105
4.2.2.3. Caso 6	106
4.2.2.4. Caso 7	107
4.2.2.5. Caso 8	107
4.2.2.6. Caso 9	110
4.2.2.7. Caso 10	111

4.2.2.8. Caso 11	113
4.2.3. <i>Resumen de casos y revisión etnohistórica</i>	114
4.3. LA PROTECCIÓN REAL	120
4.3.1. <i>Evaluación de la fórmula abstracta</i>	120
4.3.2. <i>Evaluación de los resultados concretos y discusión</i>	122
4.4. FORMACIÓN DE LAS CONCLUSIONES	129
CONCLUSIONES	132
REFERENCIAS	134
ANEXOS	143
ANEXO 1: REPORTE ESTADÍSTICO DE LA SEDE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CAJAMARCA	143
ANEXO 2: PRUEBA DE CHI-CUADRADO	153
ANEXO 3: PRUEBA DE RANGO CON SIGNOS DE WILCOXOM	156

LISTA DE TABLAS

Tabla	Descripción	Pág.
Tabla 1:	La protección real del tipo penal 226	35
Tabla 2:	Operacionalización de las variables	51
Tabla 3:	La hermenéutica jurídica en el contexto de estudio	58
Tabla 4:	Las dos versiones del tipo penal	67
Tabla 5:	“Depredar” según el DRAE en las cuatro últimas ediciones.....	71
Tabla 6:	“Explorar” según el DRAE en las cuatro últimas ediciones	78
Tabla 7:	“Escavar” según el DRAE en las cuatro últimas ediciones.....	79
Tabla 8:	“Remoción” según el DRAE en las cuatro últimas ediciones	82
Tabla 9:	“Asentarse” según el DRAE en las cuatro últimas ediciones.....	91
Tabla 10:	El elemento subjetivo distinto al dolo en el hurto.....	97
Tabla 11:	Comparación de los elementos subjetivos destinados al dolo.....	99
Tabla 12:	Reúnen de bienes afectados y resultado final	114
Tabla 13:	Evaluación de las dos versiones del tipo penal 226	121
Tabla 14:	Categorización de los datos estadísticos del Ministerio Público	123
Tabla 15:	Categorización de los casos estudiados.....	126

LISTA DE FIGURAS

N° Figura	Descripción	Pág.
Figura 1.	El óptimo de protección	36
Figura 2.	Relaciones Derecho Penal – Política Criminal – Criminología.	38
Figura 3.	La teoría del bien jurídico protegido en el Derecho Penal.	39
Figura 4.	Sistema del Marco Teórico.....	43
Figura 5.	Del Marco Teórico a la contrastación.	49
Figura 6.	Diseño de investigación	53
Figura 7.	Distrito Judicial de Cajamarca.....	54
Figura 8.	El contexto hermenéutico en la interpretación jurídica.....	60
Figura 9:	Esquema de la versión original del Art. 226.	68
Figura 10.	Espiral de aumento en el deterioro del bien jurídico patrimonio cultural.....	77
Figura 11.	Estructura actual del delito contra el patrimonio cultural prehispánico.	89
Figura 12.	Piedras extraídas de los muros del Monumento de Huacaloma..	102
Figura 13.	Maquinaria pesada dentro del Monumento de Huacaloma..	113
Figura 14.	Huacaloma en 1979.....	115
Figura 15.	Vista Satelital Actual del Complejo Huacaloma	116
Figura 16.	Se muestra la evolución del Monumento	119
Figura 17.	Comportamiento del número de denuncias.	125

Resumen

Los estudios del delito contra el patrimonio cultural se han desarrollado desde la exégesis y hermenéutica jurídica y, los pocos estudios de carácter empírico son descriptivos y no permiten evaluar adecuadamente la protección real de este tipo penal. Aprovechando que su redacción original ha sido modificada, en esta investigación se determinó la protección real que ofrece la actual redacción del tipo penal, cometido contra monumentos arqueológicos del Código Penal Peruano, en comparación con su redacción primigenia. Luego de interpretar hermenéuticamente ambas redacciones del artículo 226, evaluar las carpetas y expedientes encontrados que versen sobre este delito antes de la modificatoria y posterior a ella, y de comparar las evaluaciones anteriores con los criterios de la propuesta de medición, se llegó a concluir que la nueva redacción del tipo penal del delito contra monumentos arqueológicos pre hispanos, no ha generado una mejor protección del bien jurídico. Por el contrario, la protección penal *abstracta* se ha inclinado hacia el individuo. Sin embargo, pese a esta primera evaluación, los datos hacen ver que ambas versiones del artículo protegen de igual forma al bien jurídico, por cuanto no se ha establecido una diferencia significativa en los periodos estudiados.

Palabras Clave: Protección penal, bien jurídico protegido, patrimonio cultural, eficacia del derecho penal, etnohistoria en el derecho penal.

Abstract

The studies on the crime against cultural heritage have been carried out from the legal exegesis and hermeneutics and, the few empirical studies are descriptive and do not permit an appropriate evaluation of the real protection of this criminal offence. Taking advantage of the fact that its original wording has been modified, in this research it is determined the real protection the current wording of the criminal offence committed against archeological monuments in the Peruvian Criminal Code offers, in comparison to its original wording. After a hermeneutic interpretation of both wordings of article 226, an evaluation of the files and records found about this crime before the modification and after this one, and, after comparing the previous evaluations to the criteria of the measuring proposal, it was concluded that the wording of the criminal offence of crime against pre-hispanic archeological monuments has not generated better protection of the legal asset. On the contrary, the *abstract* protection under criminal law has been inclined to the individual. However, in spite of this first evaluation, the data show that both versions of the article protect in the same way the legal asset, since there has been no significant difference in the periods studied.

Keywords: Protection under criminal law, legal asset protected, cultural heritage, efficacy of criminal law, ethno-history in the criminal law.

Ashlita

Chapaptinchiq dañaqkunata, kuntra unay yach'ashanchiqpata. Chaymi kananmanta rikarisha ikigisis irminiwtika juridika kamachiwaqninchiq, suq ashla yach'aqkunam taqshita, chayshinam mana atinchiqchu quyta balurta difinsapaq kay faltakunapata. Chaymanta kay rurashanmi mudakasha arunpi siñalaranmi difinsanta, chay iskritura kananqam kastiqakun chay ancha unay wasikunapaq, chay kudigu shutiqwan kastiganan llaqtapi. Chaymi kutijanchiq punta rurashanwan chaymantam piskanchiq suq pulla yach'ashanta suqpa ukun irminiwtika ishkey iskriturawan artikulu ishkey pach'ak ishkey ch'unka suqtayuq (226), suq balurta papilkuna tarishanta, rimaptin kay kastigupa amaraq kanpyaptin, chaymantapis. Rurashun pulla pulla punta balurisyunninta. Chay munashan midinawan ch'ayamuranmi ushyakaq mushuq iscritura kastigaq kuntra. Chay unay wasikunapa, mana kashpa allín liykuna. Tikrashpa, mana llamkashpam risha suq runawan. Chayrakum kay punta balurasyunwan rikachisha ishkey iskriturakuna artikulunwan washan ishkandín piryudu yach'akushanchiqpi.

Kabli rimaykuna. Washaq pinal allin juridiku washakuq, patrimunyu kultural atiq ruraq dirichu pinalpa, itnuistoria dirichu pinalpi.

PREFACIO

Siempre he considerado que una investigación, una vez hecha, puede adecuarse luego a los reglamentos internos de cada universidad, por cuanto existe una clara diferencia entre la metodología y los que han sido llamados «protocolos de investigación» (que han ido en aumento en nuestro medio). En esta ocasión he tenido la oportunidad de comprobar tal afirmación, pues la estructura de la tesis que acá presento ha seguido la reglamentación del Protocolo de la EP-UPAGU. Para bien o para mal esa es la «ley», y dado que se trata de una maestría en derecho, le corresponde al jurista interpretarla en favor de la investigación. De modo tal que en las páginas siguientes me he ajustado al reglamento vigente, incluso sin compartir la terminología y las divisiones adoptadas por la EP-UPAGU. (Con la venia del jurado y a solicitud mía, debo especificar que en algunos aspectos me he separado de este reglamento. En específico, aclaro que la formalidad en la citación de textos, tablas y figuras ha sido realizada según los lineamientos del manual de la *American Psychological Association*, en su sexta edición, presentados en su *Concise Rules of APA Style* y el contenido de la sección denominada «conclusiones» ha sido redactado tomando en consideración las características dadas por *The Chicago Manual of Style*, de ahí que las recomendaciones formen parte de ellas y no se las haya separado).

Creo que existen muchas deficiencias en nuestro medio sobre lo que debería ser una tesis de maestría en derecho. Es más, no están claros los límites entre una tesis de título, maestría y doctorado, esto puede deberse al uso desmedido de los manuales de metodología surgidos en y para otras ramas del saber humano, pues

han generado una serie de dificultades en la investigación jurídica, que han traído como consecuencia que las tesis en derecho sean unos «engendros académicos», para usar el calificativo que ya les había dado Carlos Ramos Núñez. No es el lugar de esclarecer las deficiencias señaladas, es más, no creo que mi tesis sea ejemplo de algo, únicamente es producto de –como afirma Mosterín, en el epígrafe elegido– del *poco tiempo del que disponemos* por nuestra condición humana.

Pero he tratado de presentar una alternativa teórica que permita evaluar si el cambio de redacción de los tipos penales en general y del tipo penal del artículo 226 en especial, ha tenido algún efecto en la práctica en la protección penal. No he querido presentar solo el recojo de datos ni propuestas de *lege ferenda*, que son las formas de las tesis en derecho en nuestro medio. He tratado de ir más allá y articular los conceptos teóricos del derecho con el funcionamiento del sistema de justicia, es decir que la práctica final puede explicarse por la articulación de conceptos pre-establecidos dentro del derecho. En este sentido, los datos solo adquieren su papel al momento de contrastar las hipótesis producidas en el marco teórico propuesto y no son el centro de la investigación.

Tampoco se presentará una propuesta de *lege ferenda*, por cuanto este tipo de investigación requiere hacer uso de otros razonamientos y técnicas que no han sido puestas en prácticas en esta tesis, ya que, sin caer en el positivismo jurídico, quería conceptualizar la pureza de la metodología jurídica y no recurrir a la política jurídica.