



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



TESIS

VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL DELITO CONTRA EL
PATRIMONIO CULTURAL Y SU TUTELA EFICAZ EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
CUSCO

AUTOR:

BACH. ESTEFANI TTITO MENA

TESIS PARA OPTAR AL TITULO

PROFESIONAL DE ABOGADO

ASESOR:

DR. ALAN FELIPE SALAZAR MUJICA

CUSCO – PERÚ

2021



DEDICATORIA

A mi madre Julia Mena y a mi padre Juan Tito por haberme forjado como la persona que soy ahora; muchos de mis logros se los debo a ustedes. Me formaron con reglas y con algunas libertades, pero a pesar de ello, me motivaron constantemente para alcanzar mis anhelos.

A mis hermanos Evelin y Denis quienes siempre estuvieron apoyándome con su aliento constante.



AGRADECIMIENTOS

A mi asesor de tesis por brindarme sus conocimientos.

A todos los docentes de la UAC por ser parte de mi vida académica.

Y a personas especiales que forman parte de mi vida la familia Claros Gallegos por acogerme y apoyarme, a Paul E. por compartir tantos momentos gratos a lo largo de mi vida académica y profesional.



RESUMEN

En la presente tesis titulada: Valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural y su tutela eficaz en el Distrito Judicial de Cusco; se aborda el problema recaído en la valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural y del mismo modo como esta permite una tutela eficaz en el Distrito Judicial de Cusco. Pudiéndose hallar en esta investigación que la pericia como medio probatorio, no solo es fundamental para el proceso seguido en los delitos contra el patrimonio cultural, sino que este es un medio probatorio necesario. Ello en merito, a que la designación del perito (persona versada en un conocimiento sobre la materia) permitirá que se determine la existencia de algún daño y en merito a su dictamen pericial, el juez podrá imponer la sanción y su posible medida correctiva.

Es más, se ha determinado en esta investigación, que en la mayoría de los casos (proceso sobre el delito contra el patrimonio cultural) no se toma en cuenta dicha prueba, mucho menos su trascendencia o su finalidad. Por lo que se aprecia de los nueve (9) casos analizados que el juez al momento de emitir una decisión lo único que hace es imponer una pena y una multa, como si esta fuese la medida idónea para poder tutelar el supuesto patrimonio afectado.

Palabras clave:

Monumento Arqueológico, Patrimonio Cultural, Prueba Pericial.



ABSTRACT

In this thesis entitled: Assessment of the expert evidence in the crime against cultural heritage and its effective protection in the Judicial District of Cusco; The problem of the assessment of the expert evidence in the crime against the cultural heritage is addressed and in the same way as this allows an effective protection in the Judicial District of Cusco. Being able to find in this investigation that the expertise as a means of evidence is not only essential for the process followed in crimes against cultural heritage, but that this is a necessary means of evidence. This is due to the fact that the appointment of the expert (person with knowledge of the matter) will allow the existence of some damage to be determined and due to its report, the judge may impose the sanction and its possible corrective measure.

Moreover, it has been determined in this investigation that in most cases (process on the crime against cultural heritage) said evidence is not taken into account, much less its significance or its purpose. From the nine (9) cases analyzed, he appreciates that the judge at the time of issuing a decision all he does is impose a penalty and a fine, as if this were the ideal measure to be able to protect the supposed affected patrimony.

Keywords:

Archaeological Monument, Cultural Heritage, Expert Evidence.



INDICE

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS	3
RESUMEN.....	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCION	10
CAPÍTULO	13
EL PROBLEMA	13
1.1. Planteamiento del Problema.....	13
1.2. Formulación del problema	15
1.2.1. Pregunta general de investigación.....	15
1.2.2. Preguntas específicas de investigación	15
1.3. Objetivos	15
1.3.1. Objetivo general	15
1.3.2. Objetivos específicos	15
1.4. Justificación.....	16
1.5. Delimitación del estudio	17
1.6. Limitaciones	17
CAPÍTULO II	19
MARCO TEÓRICO.....	19
2.1. Antecedentes	19
2.2. Bases teóricas	25
SUBCAPÍTULO I.....	25
VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO PENAL	25
1. El proceso penal peruano	25
1.1. La codificación del proceso penal en el Perú.....	27
1.2. Derecho procesal penal	35
1.3. Sistemas procesales	37



2. Los medios probatorios en el proceso penal	46
2.1. Medios probatorios y la prueba.....	46
2.2.1 Finalidad y requisitos de los medios probatorios	55
2.3. Tipos de pruebas según el Código Procesal Penal Peruano	56
3. La valoración de la prueba	58
3.1. Concepto	58
3.2. Sistemas de valoración	59
SUBCAPÍTULO II.....	62
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PERU	62
1. El patrimonio cultural	62
1.1. Regulación – según la Ley 28296 y su reglamento DS. 011-2006-ED	63
1.2. Sanciones administrativas	67
1.3. Diferencia entre patrimonio cultural y monumento arqueológico	71
1.3.1. El Patrimonio cultural	71
2.2. Monumento arqueológico	74
2.2.1. Aspectos generales	74
2.2.2. Clasificación de monumento arqueológico prehispánico	75
2. Delitos contra el patrimonio cultural.....	76
2.2.1 Noción de delitos contra el patrimonio	76
2.2.2. Delitos contra el patrimonio cultural.....	76
2.2.2.1 Previsión normativa	77
2.2.2.2. Verbos rectores en la configuración típica	83
3. La previsión constitucional respecto a los delitos contra el patrimonio cultural	85
4. Los delitos contra el patrimonio cultural en el derecho comparado	85
SUBCAPÍTULO III	93
TUTELA EFICAZ DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE CUSCO	93
1. El Distrito Judicial de Cusco.....	93
Resolución directoral que declara como patrimonio cultural las 2900 HAS de Sacsayhuaman	93
2.3. Definición de términos	102
2.4 Formulación de hipótesis	104
2.5 Categorías de estudio	105
CAPÍTULO III	106
MÉTODO.....	106



3.1 Diseño	106
3.2 Población y muestra	107
3.3. Diseño muestral.....	107
3.4. Técnicas para la recolección de datos	107
3.5. Descripción de los instrumentos.	108
3.6. Técnicas estadísticas para el procesamiento de la información	108
CAPÍTULO IV	109
RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS	109
4.1. Resultados	109
4.2. Discusión y contratación de los hallazgos	137
CAPÍTULO IV	145
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	145
5.1 Referencias bibliográficas	145
Bibliografía	145
5.3 Referencias electrónicas.....	148
ANEXOS.....	150
Anexo 1. Matriz de consistencia	150
Anexo 2.	151



ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS

Figura 1: Categoría de bienes inmuebles Ministerio de Cultura.....63

ABREVIATURAS

CPP.- Código Procesal Penal

CP.- Código Penal

NCPP.- Nuevo Código Procesal Penal.

MCC.- Ministerio de Cultura Cusco.

DDC.- Dirección Desconcentrada de Cultura Cusco.

MP.- Ministerio Público.

INC.- Instituto Nacional de Cultura.

UIT.- Unidad Impositiva Tributaria.

UNESCO.- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

PAS.- Parque Arqueológico de Saqsayhuaman.

REPEJ.- Registro de Peritos Judiciales.



INTRODUCCION

La discusión sobre la existencia de una prueba eficaz en el proceso penal, siempre ha sido el debate académico de mayor trascendencia en los últimos años; es más si a ello se aúna el tema del estándar de prueba, complica aún más, el poder establecer uno que disipe a las demás. Empero sin dar razón extremista ni ajustarse a posturas estrictas como el recaído en los sistemas de valoración (tasado), el proceso penal de un tiempo a esta parte se ha ido amoldando a los nuevos enfoques relativos a la actuación probatoria y la prosecución de su fin esencial que es el de generar una clara convicción o certeza sobre un hecho en concreto en el juez.

Es de común conocimiento también, que para cada caso en concreto respecto a la comisión de un delito, la existencia de un medio probatorios en base a pesaje, que permita dilucidar a priori la existencia de responsabilidad, frente a otros medios probatorios, y a través de la actuación conjunta, la determinación del objeto (identificación de responsabilidad o su posible exoneración) para el cual este fue introducido al proceso. Sin caer en especulaciones o simplismo, la prueba siempre tendrá un realce en cada caso y siempre ha de establecer un fin esencial por más pequeño que sea.

En los delitos contra el patrimonio se ha adoptado la regla que infiere determinar la existencia primigenia del bien y consecuentemente su afectación, esta regla fue estructurada doctrinaria y jurisprudencial. Si a ello se aúna un medio probatorio eficaz como el llevado a cabo a través de la pericia, este por un lado resultaría idóneo y también costoso. Por lo



que no es posible su uso en todo tipo de proceso contra el patrimonio, ello debido a su trascendencia o la cuantía sobre el bien materia de delito. Caso distinto o contrario sensu, se da en los casos donde se verifique la afectación del patrimonio cultural, ya que de por medio se encuentra un bien que por herencia cultural le pertenece al estado o en suma a todos los ciudadanos.

Es así que el verificativo del uso de la prueba pericial en el proceso penal sobre el delito contra el patrimonio cultural no solo debería ser usado de forma ordinaria sino como una regla, para así determinar la existencia real del daño o afectación. Y de esta forma tutelar el patrimonio cultural. Lo que no se verifica en todos los procesos penales sobre el delito en mención, conllevando a muchas falencias procesales, los mismos que se verifican en esta investigación y que se dan cuenta en las conclusiones y recomendaciones que la bachiller da a conocerlas.

Para dichos efectos esta tesis está compuesta por cuatro capítulos estructurados de la siguiente manera:

En el capítulo I. EL PROBLEMA, se aborda el problema a través del planteamiento del problema, la formulación de los problemas, los objetivos y la justificación.

En el capítulo II. MARCO TEORICO, se desarrolla los antecedentes de la investigación, las bases teóricas; las mismas que fueron desarrollados a través de tres Sub Capítulos (el referido a la valoración de los medios probatorios en el proceso penal, los delitos contra el patrimonio cultural en el Perú, y la tutela eficaz del patrimonio cultural en el Distrito judicial de Cusco.



En el capítulo III. METODOLOGIA, el cual da cuenta que se utilizó tanto el tipo básico, nivel descriptivo - explicativo y enfoque cualitativo; así como las técnicas e instrumentos pertinentes.

En el capítulo IV. LOS RESULTADOS, se da cuenta de los hallazgos, obtenidos tanto de fuente bibliográfica como documental a través de 9 casos recaídos en sentencia sobre el delito contra monumentos arqueológicos.

Por último se da a conocer las conclusiones y recomendaciones.



CAPÍTULO

EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del Problema

En el país, cuenta con un conjunto de monumentos o zonas arquitectónicas de data prehispánica, legado que es de gran interés para la sociedad y más aún si este forma parte plan y proyecto de la economía interna (ya que es fuente de recaudación). El cual es ofrecido al mundo a través del turismo, pudiendo apreciarse a través de datos locales o nacionales la cantidad de turismo interno y externo, siendo Cusco uno de las ciudades con mayor número de centros arqueológicos (Sacsayhuaman, Machupicchu, Qenqo, etc.). Es por ello que existe un ente encargado de su conservación y protección (Ministerio de Cultura) a través de sus direcciones desconcentradas. Si bien existe esta protección se lleva a cabo a través de la Ley 28296 –Ley de Patrimonio Cultural de la Nación; esta es insuficiente, ello debido a que solo contiene sanciones administrativas basadas en multa o demolición, lo que no genera una tutela eficaz, ya que existe constantemente atentados contra los monumentos arqueológicos (destrucción, alteración, etc.) objetivamente demostrados (y que conforme a la naturaleza de la sanción hace imposible que estos se disuadan).

Es así que se ha previsto regular también a través del Código Penal los delitos contra monumentos arqueológicos prehispánicos, previsión, que en suma tiene diversas



contradicciones en su catálogo de supuestos (una especie de ley en blanco); es más, se señala hechos que en la mayoría, ya se encuentran regulados por la Ley 28296 y su reglamento, los que por principio de ultima *ratio* no se debería utilizar o acudir al ente jurisdiccional. De acuerdo a este contexto, se tiene que, en el proceso penal -tras la aplicación del código penal- “sobre el delito de atentados contra monumentos arqueológicos prehispánicos” en suma conlleva a dos situaciones: a). a extralimitarse por exceso de función a sancionar a personas que no cometieron el delito; y b). a no identificar certeramente cual es el medio probatorio eficaz que determine la presunta afectación del delito.

Por otro lado, ya en el proceso, se tiene que el juez, no toma en cuenta de manera certera la utilización de la prueba pericial cuando resuelve el caso, ya sea donde se verifique algún delito contra el patrimonio cultural o se presuma la configuración del delito; ya que este se ciñe a prejuzgar incluso antes de decidir por el simple hecho de verificar algún hecho en las cercanías de algún centro arqueológico. Tal y como se verifica en los alrededores del parque arqueológico de Sacsayhuaman, respecto a los pobladores (comuneros) quienes son sometidos al proceso penal (con el fin de tutelar el patrimonio cultural) acusándolos y derivándolos al juicio oral son sentenciados en base a una prueba que en la mayoría de los casos es inexistente. Es así que es meritable tanto la aplicación como la valoración de la prueba pericial en este tipo de delitos, ya que a través de este, no solo se podrá tutelar de forma eficaz el patrimonio cultural, sino se podrá establecer con certeza -si realmente existió- responsabilidad evitando así sentenciar a un inocente.



1.2. Formulación del problema

1.2.1. Pregunta general de investigación

¿De qué manera la valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural permite su tutela eficaz en el Distrito judicial de cusco?

1.2.2. Preguntas específicas de investigación

- 1º. ¿Cuál es el objeto de la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural?
- 2º. ¿Qué criterios debe adoptar el juez al momento de valorar la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural?
- 3º. ¿Por qué el juez no utiliza la prueba pericial al momento de valorar la prueba en el delito contra el patrimonio cultural?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar de qué manera la valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural permite su tutela eficaz en el Distrito judicial de Cusco.

1.3.2. Objetivos específicos

- 1º. Identificar el objeto de la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural.
- 2º. Determinar los criterios que debe adoptar el juez al momento de valorar la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural.



- 3°. Fundamentar porque el juez no utiliza la prueba pericial al momento de valorar la prueba en el delito contra el patrimonio cultural.

1.4. Justificación

El presente trabajo se justifica en las siguientes razones:

a) Conveniencia

La conveniencia radica en dar solución a un problema social acaecido en los propietarios de bienes muebles que construyen sus viviendas dentro de las zonas declaradas patrimonio cultural; o en las cercanías de la existencia de monumentos arqueológicos del Distrito Judicial de Cusco, quienes son sancionados injustamente, ya que no se demuestra dicha afectación.

b) Relevancia Social

La relevancia social de este trabajo de investigación está constituida no solo por el estudio de la valoración de la prueba pericial, sino también respecto la protección del patrimonio cultural, ya que se tiene en mención casos en las cuales se llegaron a sancionar a pobladores que construyeron sus viviendas dentro de las zonas declaradas como patrimonio cultural y no se demostró realmente con prueba pericial la afectación del monumento arqueológico.

c) Implicaciones prácticas

Las implicancias prácticas están basadas en que luego de realizar la investigación servirá para demostrar en la práctica no solo la deficiencia del sistema, sino que a través de la nula o ineficiente aplicación de la prueba pericial que demuestre la



inocencia de los propietarios en los casos donde se llegó a sentenciar a comuneros de las zonas declaradas como patrimonio cultural por haber construido sus viviendas; y en las que no se llegó a valorar realmente las pruebas idóneas (pericial) que realmente evidenciaron la afectación del patrimonio cultural.

d) Valor teórico

El valor teórico que se obtendrá de esta investigación recaen en el estudio de la valoración de la prueba pericial como una vía eficaz utilizado por el juez para determinar la afectación del patrimonio cultural de acuerdo al bien jurídico protegido en el delito contra el patrimonio cultural sub tipo atentados contra los monumentos arqueológicos del Distrito de Cusco.

e) Utilidad Metodológica

La presente investigación podrá aportar una utilidad metodológica, para futuras investigaciones sirviendo como un complemento a investigaciones afines.

1.5. Delimitación del estudio

La presente investigación se realizará en la ciudad de Cusco en el periodo de 2016-2019.

1.6. Limitaciones

Se encontraron varias limitaciones específicamente para recabar expedientes físicos y carpetas que se encuentran en proceso en la fiscalía, por la situación de la emergencia sanitaria que el Perú atraviesa por el COVID 19 no se permite el ingreso



a dichas instituciones para recabar pruebas en físico y realizar entrevistas a los jueces y fiscales y otros funcionarios y poder analizarlas adecuadamente.



CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

a. Nacional

Tesis:

Cueva (2018) realizó la investigación ***“PROTECCION PENAL DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL EN RELACION A LA LEY GENERAL DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION TACNA, 2013-2016”***, en la Universidad Privada de Tacna.

La autora llega a las siguientes conclusiones:

- i.** Existe relación indirecta entre la protección penal de los delitos contra el patrimonio cultural y la Ley N° 28296 – Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.
- ii.** Existe relación indirecta entre la protección penal de los delitos contra el patrimonio cultural establecida en el artículo 226 sobre atentados contra monumentos arqueológicos y el artículo II sobre la definición del bien integrante del patrimonio cultural establecido en la ley 28296.
- iii.** Existe relación indirecta entre la protección penal de los delitos contra el patrimonio cultural establecida en el artículo 228 sobre la extracción ilegal de bienes culturales y el artículo 1 y II sobre la clasificación y definición de los



bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación establecido en la ley 28296.

- iv. Existe relación indirecta entre la protección penal de los delitos contra el patrimonio cultural establecida en el artículo 230 sobre la destrucción, alteración o extracción de bienes culturales y el artículo II sobre la definición del bien integrante del patrimonio cultural establecido en la Ley 28296.

Mory (2018) realizó la investigación ***“ANALISIS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO VINCULADO A LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL DEL PERU”***, en la Universidad Cesar Vallejo.

El autor llega a las siguientes conclusiones:

- i. Se ha podido determinar que la protección del Patrimonio Cultural en el Perú, se encuentra amparada en el Artículo 21 de la Constitución Política del Perú, así como en el Título VIII del Código Penal – delitos contra el patrimonio cultural – en sus artículos 226° al 230° y en la Ley General del Patrimonio Cultural – Ley N° 28296, sin embargo la función protectora del ordenamiento jurídico referido no convergen de manera integral, toda vez que existen impresiones y falta de claridad en su contenido respecto a la protección y conservación del patrimonio cultural, evidenciándose la desprotección por parte del Estado y la sociedad, permitiendo que nuestro patrimonio cultural vaya desapareciendo de manera sustancial, considerando que los daños y afectaciones al patrimonio cultural son irreversibles teniendo en cuenta que es un recurso no renovable.



- ii. Se ha podido establecer la limitación que tiene el ordenamiento jurídico vinculado a la Protección del Patrimonio cultural en el Perú, a causa de vacíos legales en su contenido, toda vez que no está regulado la excavación estratigráfica en sitios o zonas arqueológicas, así como la ausencia de regulación y delimitación de los daños o alteraciones contra los bienes culturales, la ausencia de regulación respecto a la conservación traslado o transferencia y la falta de regulación sobre la posesión de bienes culturales que se encuentran en condiciones inadecuadas de cuidado o conservación, situaciones que afectan la protección del patrimonio cultural, permitiendo el tráfico ilícito y extracción ilegal de los mismos.
- iii. Se ha determinado la contradicción del ordenamiento jurídico vinculado a la protección del Patrimonio Cultural en el Perú, en razón de que los artículos 228° y 230° del Código Penal y el artículo 9° de la Ley General del Patrimonio Cultural colisionan entre sí al regular la comercialización y transferencia de un bien perteneciente al Patrimonio Cultural de la Nación, asimismo se advierte una clasificación confusa respecto a los bienes arqueológicos realizado tanto por el Reglamento de Sanciones y el Reglamento de Intervenciones Arqueológicas, situaciones que generan una contradicción normativa conllevando a consecuencias jurídicas discordantes, teniendo en cuenta que nuestro patrimonio cultural ha sido declarado de interés social y necesidad pública, debiendo el Estado garantizar su protección y conservación.

Mendoza (2016) realizó la investigación “**SANCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUESTAS POR EL MINISTERIO DE CULTURA Y LA VULNERACION DEL**



***DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS ADMINISTRADOS EN LA PROVINCIA
DEL CUSCO 2015-2016***, en la Universidad Andina del Cusco.

El autor llega a las siguientes conclusiones:

- i.** El derecho de propiedad a lo largo de los años ha ido cambiando y adecuándose a las diferentes limitaciones de orden legal hacia la propiedad, pero últimamente las normas limitativas referentes a la propiedad, están afectando la naturaleza jurídica del derecho de propiedad y le quita parte de sus atributos. Se llegó a determinar, a través de los instrumentos de investigación, que las sanciones administrativas afectan propiamente el derecho de propiedad; su afectación está claramente establecida porque muchos de las sanciones son asuntos totalmente manejables y que no ameritan para que sean sanciones como tal. El ministerio de cultura se ha dotado de un poder único, al tener el rango de ministerio, que hace que los administrados no gocen de las mismas condiciones dentro de un proceso regular, siendo totalmente vulnerables; es más la autoridad administrativa se vuelve juez y parte dentro de un proceso administrativo sancionador teniendo clara ventaja frente al administrado.
- ii.** Para analizar la proporcionalidad de las sanciones del presente trabajo, se tiene que observar, que por su naturaleza, existen dos sanciones que interesan para la presente investigación: sanción pecuniaria y la demolición. Pudiendo estar “in situ” se observó que no existe proporcionalidad alguna entre una sanción administrativa y la falta porque de los resultados obtenidos en el trabajo de campo se obtuvo que más del noventa por ciento de administrados no realiza obrar nuevas sino que en su mayoría realizan mejoras de sus propiedades,



construcciones para proteger su propiedad o ampliaciones dentro de su propiedad y siendo la mayor parte de administrados, ciudadanos que no tiene los medios económicos para poder asumir la multa o aun peor, ver como una parte de su inmueble es destruida todo por no tener una “autorización”.

- iii. A través de los resultados de campo se pudo determinar que las sanciones administrativas no sirven como medio para preservar y defender el patrimonio, porque en las propiedades –materia del presente trabajo- y en sus alrededores no se encontró con algunos restos arqueológicos que preservar; sino que, los mismos están en las cercanías de los complejos arqueológicos.

b. Internacional

Morales (2013), realizó la investigación “*ANÁLISIS JURÍDICO CRÍTICO DEL DOLO Y LA CULPA EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN*”, en la Universidad de San Carlos de Guatemala - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

El autor llega a las siguientes conclusiones:

- i. En la actualidad, el Código Penal no regula el dolo y la culpa en forma específica, de manera que este no responde a dogmáticas penales modernas, de hecho, con lo cual se deja de juzgar con procesos reales.
- ii. De la lectura de varias leyes que están relacionadas con el tema de esta investigación, se concluye que no hay en el poder legislativo una visión integradora para la creación de leyes y reglamentos que promuevan la



sistematización en verdaderos códigos, leyes y reglamentos que agilicen la reforma concreta que incluyan el dolo y la culpa.

- iii.** Actualmente la redacción del espíritu de la ley no es rígida, ya que permite plantear la posibilidad, de que el sujeto activo de un ilícito relacionado al patrimonio cultural salga airoso de un delito contra el patrimonio cultural al convencer a los operadores de justicia, y a toda costa que su actuar se realizó por culpa y no con dolo y así obtener un beneficio legal.
- iv.** La normativa jurídica vigente, no es lo suficientemente amplia y garante, para proveer de una protección efectiva y eficiente a los bienes culturales; lo que ha permitido su depredación, con el consiguiente daño a la identidad de la cultura y la nación.



2.2. Bases teóricas

SUBCAPÍTULO I

VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO PENAL

1. El proceso penal peruano

a. Antecedentes

Los antecedentes del proceso penal peruano se dan desde tiempos inmemoriales, pero se puede establecer un parámetro inicial a partir del conocimiento de las relaciones de las personas en sociedad o el conocimiento real de la existencia de tales sociedades. Este conocimiento en el país se da a partir de las relaciones en el incanato (aunque se niegue la existencia de otras sociedades primitivas).

Conforme lo señala Catacora citado por Ore (2016) el proceso penal:

Durante el incanato, el proceso era iniciado de oficio, existía la confesión por tortura y no había apelación de la sentencia. Así, señala “(...) el acusado de un delito era capturado y puesto a disposición del inca o del curaca; el juzgamiento se llevaba a cabo en un solo acto con asistencia de testigos. El juicio terminaba con la sentencia que era inmediatamente ejecutada. (p. 59)

Es más a “lo largo de la conquista, se produjeron numerosos conflictos en materia de jurisdicción; dada la coexistencia de dos tipos de sociedades: una conformada por españoles y otra conformada por indios” (p.59).



Es así que en la coyuntura antes referida, era complicado que existiera una aplicación de la justicia igualitaria para todos los justiciables y de la misma forma un procedimiento favorable a la defensa del imputado ya que la aplicación de métodos crueles para la confesión fueron recopilación de las leyes de india en sus diferentes modificaciones realizadas en los años 1567 y 1805 no suficiente con ello se vulneraban los derechos desde el inicio de la investigación hasta la culminación del juzgamiento.

Es más sobre el proceso penal Ore Guardia (2016) refiere que:

Las leyes de las indias se caracterizaba por el predominio de la escritura y secreto de los procesos, en especial en la fase de la investigación, la adopción de torturas para arrancar la confesión, la ausencia de debate, la limitación de la defensa, la aceptación de pruebas y la represión no en función del delito, sino en función del autor. (p.60)

Es inminente entonces que la forma de llevar a cabo una investigación en aquellas épocas era tan maliciosa y cruel que los juzgadores no entendían el trato igualitario ante la justicia, más bien optaban por realizar distinciones según los rasgos, estatus y costumbres por quien cometía el delito. Es así que por tanta injusticia que se practicaba en nuestro sistema penal peruano, se puso en práctica el modelo de la constitución de Cádiz de 1812, quien abordaba un pensamiento liberal favorable en alguna medida a nuestro sistema, lo que a su vez introdujo un nuevo ideal de libertad e igualdad y una tendencia a la humanización de la justicia penal.



Más adelante, la luz y una nueva idea se introdujeron por José de San Martín, quien establece que las leyes, ordenanzas y reglamentos contrarios a las ideas de libertad e independencia quedaban derogados. Fue así que poco a poco iba mejorando nuestro sistema penal dándose la regulación de los tribunales de justicia así de esta forma llegamos a nuestra primera constitución del Perú, promulgada el 12 de noviembre de 1823, donde se trató de reconocer la existencia de jurados para el juzgamiento lo cual no tuvo una gran acogida y un buen resultado puesto que, no llegamos a desarrollar en su gran magnitud dentro del sistema de juzgamiento ya que aún imperaba la justicia común.

1.1. La codificación del proceso penal en el Perú

a. Código de enjuiciamiento en materia penal de 1863

Conforme se tiene en el país, la manifestación de un sistema procesal primigenio se pudo verificar en el código de enjuiciamiento penal de 1863. Ore (2016) señala que :

Recién en 1863 se produjo una manifiesta labor codificadora con el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal, el cual marca la consolidación de nuestra independencia normativa procesal. Este Código era de corte inquisitivo y estuvo inspirado en el Reglamento de España de 1835 y el Código de José II. Se aplicó con relativa eficacia en Lima, pero no al interior del país, Donde las condiciones de infraestructura y los recursos técnicos y humanos no eran satisfactorios. (p. 61)

Según el autor, las notas más importantes de este Código fueron:

- El proceso estuvo conformado por dos etapas: sumario y plenario. El sumario estuvo dirigido a descubrir la existencia del delito y la persona del delincuente; el plenario



tenía como finalidad comprobar la culpabilidad o inocencia del acusado, condenándolo o absolviéndolo.

- La acusación constituía el fundamento para iniciar el proceso. Era planteada por el Ministerio Fiscal a excepción de los delitos contra la honestidad, honor, lesiones leves, que pertenecían a la esfera personal del afectado.
- Existió la llamada *reversibilidad* de la acción, en virtud de la cual se castigaba al denunciante con la misma pena que correspondía al delito, si se demostraba que la denuncia era maliciosa.
- La jurisdicción era ejercida por jueces jerárquicamente organizados: juez de paz, Juez de primera instancia, Corte Superior y Corte Suprema.
- El proceso se iniciaba con el auto cabeza del proceso, primer antecedente de auto de apertura de instrucción del Código de Procedimiento Penales.
- La investigación tuvo carácter eminentemente escrito, secreto, no contradictorio y dirigido al descubrimiento de la verdad.
- La prueba se clasificaba en plena y semiplena, según el grado de convicción que aseguraba. Así, varias pruebas semiplenas configuraban una prueba plena. La valoración de la prueba era tasada.
- Cuando se presentaban vacíos legales, se aplicaban de manera supletoria, las disposiciones del Código de Enjuiciamientos en materia civil.
- La actividad recursiva se apreció a través de medios impugnatorios como la apelación, la consulta y el recurso de nulidad.



b. Código de procedimientos en materia criminal de 1920

Dentro de la codificación peruana se tuvo también el código de procedimientos en materia criminal de 1920, que a diferencia del anterior (1863) este “fue preparado por Mariano H. Cornejo y se aprobó por Ley N° 4019, el 2 de enero de 1920, durante el gobierno de Augusto B., el código rigió de manera efectiva a partir de junio del mismo año”. (Ore, 2016, p. 62)

Este código tuvo un carácter acusatorio mixto y sus notas más importantes fueron:

- La acción tenía carácter público y era ejercida por el Ministerio Fiscal, a excepción de aquellos procesos que se iniciaban a instancia de la parte ofendida o en los casos en los que procedía la acción popular.
- El proceso se dividía en instrucción y juicio, La instrucción era considerada como una etapa preparatoria del juicio, mientras que el juicio oral público y contradictorio era considerado el eje del proceso.
- Se privó de la facultad de fallo a los jueces, es decir, que los jueces de primera instancia no sentenciaban, su labor se limitaba a investigar. El juzgamiento de los delitos y crímenes estaba reservado a los tribunales.
- En el proyecto de este Código se incorporó al jurado y se estableció que el juzgamiento de los crímenes así como de los delitos de imprenta serian de su competencia. Sin embargo, luego del debate en el Congreso se consideró conveniente Suprimir el libro relativo al jurado.
- En materia probatoria se dio un gran giro al concebir la prueba desde una perspectiva más garantista. Se determinó que solo los hechos y elementos debatidos en el juicio oral podían ser considerados medios de prueba, con excepción de aquellos casos en



los que por imposibilidad o enfermedad algún testigo no pudiera asistir a la audiencia.

- Se estableció que la sentencia debía fundarse solo en el debate público.

c. Código de procedimientos penales de 1939

La larga tradición codificatoria del país, también hace referencia a la existencia del código de procedimientos penales de 1936 “elaborado sobre la base del Código de 1920 y con la finalidad de adaptar su estructura y contenido al Código Penal de 1924 a 1933 se promulgó por Ley N° 9024, el 23 de noviembre de 1939 y entro en vigencia desde el 18 de marzo de 1940” (Ore, 2016, p.62). Es mas se puede colegir de la doctrina nacional que dicho codigo tuvo como fuente directa el codigo de enjuiciamiento frances de 1808 en el cual se verificaba cierta peculiaridad que entre lazaba o combinaba el sistema inquisitivo y el acusatorio; empero según regiere Miranda citado por Ore (2016) el modelo procesal penal “diseñado en el Código de Procedimientos Penales de 1940, aunque formalmente se diseñaba conforme al esquema del sistema mixto (...) respondía en realidad a una lógica básicamente inquisitiva” (p. 63).

Al respecto se puede precisar que el Código en mención tiene como principales rasgos característicos lo siguiente:

- Aunque no la regula, si considera una fase pre procesal, a cargo del fiscal que controlaba la investigación policial del delito. Ello permite que además de poder iniciarse de oficio, abra instrucción a solicitud del Ministerio Publico.



- Mantiene la división del proceso en dos fases: instrucción y juzgamiento. La instrucción está a cargo del juez instructor Juez penal y es una etapa eminentemente escrita y secreta que tiene por finalidad reunir la prueba de la realización del delito, las circunstancias en que ha perpetrado, sus móviles, así como descubrir a los autores y cómplices del mismo.
- La fase de Juzgamiento recae sobre el denominado tribunal correccional.
- Las pruebas son valoradas conforme al criterio de conciencia.
- La sentencia que pone término al juicio debe apreciar la confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción. Contra esta procede interponer recurso de nulidad.

Posteriormente, se promulgo el Código de 1939 (modelo inquisitivo) y en el año 1969 a través de la promulgación del Decreto Ley N 1710, “se instituyó el procedimiento sumario o abreviado para infracciones penales menos graves. Este procedimiento se caracteriza por la eliminación completa del juicio oral, correspondiéndole al propio juez penal emitir sentencia en base a lo actuado durante la instrucción” (Ore, 2016, p. 63).

d. Código procesal penal de 1991

Durante el inicio de la década de 1990 mediante el decreto legislativo N° 683, el 27 de abril de 1991 se promulgo el código procesal penal en el país; codificación moderna, que entre muchas de las estimaciones procesales y novedades sistemáticas verificaba dos aspectos importantes de raigambre jurídica como es, la separación de funciones tanto jurisdiccionales (juez) como funcionales esta última por parte del Ministerio Público, es decir -juzgamiento y persecución-.



Los cuales constituyen las características esenciales del modelo acusatorio:

- Se diferencia las funciones persecutoria y de juzgamiento: el Ministerio Público toma la función de la investigación; mientras que la función jurisdiccional se reserva a los jueces; quienes tienen a su cargo la fase intermedia y el juicio oral.
- La etapa de la investigación tiene como objetivo reunir la prueba necesaria para formular o no la acusación; por su parte, la etapa de juzgamiento tiene por finalidad la actuación de la prueba admitida en la etapa de los actos preparatorios, la oralización de los medios probatorios y el examen del acusado.
- La aplicación del principio de oportunidad siguiendo el modelo procesal alemán. El Ministerio Público puede abstenerse de ejercer la acción penal cuando existe falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la pena y siempre con consentimiento expreso del imputado.
- En la etapa probatoria se regula la confesión y la prueba indiciaria. Así mismo, rige el principio de aportación de la prueba, donde las partes ofrecen las pruebas y pueden interrogar a los testigos y peritos.

e. El código procesal penal de 2004

Respecto al código procesal penal Ore (2016) refiere que “al margen de las deficiencias que tuvieron los anteriores códigos, el 29 de junio de 2004 se promulgo, mediante el Decreto Legislativo N° 957, un nuevo código procesal penal de orientación acusatoria con algunos rasgos adversativos” (p. 66). En ese entender, sabemos que el código del 2004 no es el perfecto, ya que trata de incorporar de manera moderada un proceso acusatorio, tal y conforme se aprecia en la práctica, se da más importancia a la controversia a que las partes puedan defenderse desde sus posturas conforme a ley, eso sí, garantizando un juego limpio



-siendo ellos mismos los protagonistas del proceso- debatiéndose en un juicio público y oral, pero es claro que aún existe muchas deficiencias procesales en el sistema peruano.

En esa connotación se menciona sus más resaltantes características que incorpora el Código Penal de 2004.

- Se regula un procedimiento penal único. En tal sentido, ya no existen dos procesos: ordinario y sumario, sino un proceso común que comprende tres etapas claramente diferenciadas y con sus propias finalidades; a saber: fase de investigación preparatoria, fase intermedia y fase de juzgamiento.

La fase de investigación preparatoria está a cargo del fiscal y comprende las diligencias preliminares y la investigación formalizada. Tiene por finalidad reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación, y en su caso, al imputado preparar su defensa.

La fase intermedia está a cargo del juez de la investigación preparatoria y comprende los actos relativos al sobreseimiento, la acusación, la audiencia preliminar y el auto de enjuiciamiento. Las actividades más relevantes son el control de la acusación y la preparación del juicio.

La fase del juzgamiento comprende el juicio oral, público y contradictorio, en el que se actúan, exponen y valoran las pruebas admitidas así mismo, en esta etapa se producen los alegatos finales y se dicta la sentencia.

- Se produce una separación de las funciones jurisdiccionales y persecutorias. Así, la dirección de la investigación no es jurisdiccional, sino que constituye una facultad



exclusiva de los fiscales. El juez es un sujeto neutral que debe resolver a la luz de la prueba presentada por las partes contendientes.

- En materia probatoria, se regula que la prueba debe ser aportada por las partes y solo por excepción de oficio, asimismo, el juicio de admisibilidad de las pruebas ofrecidas, en principio, está a cargo de un juez distinto del que conocerá del juicio.

El interrogatorio de los testigos y peritos corre por cuenta de las partes así, el juez se convierte en un moderador del debate y solo interviene para pedir que se aclare algún concepto o cubrir algún vacío, cuidándose de no sustituir la actividad de las partes.

El Código de 2004 también introduce el interrogatorio directo y el contra interrogatorio, con la posibilidad de que el juez autorice un nuevo interrogatorio por las partes a los testigos y peritos.

Las partes pueden controlar la producción de la prueba en el juicio mediante las objeciones.

- La persona jurídica es considerada como parte acusada pasiva. atendiendo a ello, se incorpore el procedimiento a seguir para la aplicación de medidas limitativas sobre la persona jurídica prevista en el código penal.
- Se incorpora la conformidad con la acusación, de modo tal que, con ello, se elimina la contienda aun cuando en algunos casos se pueda discutir la pena o reparación civil.
- Los medios de impugnación contra las resoluciones judiciales son la reposición, apelación, casación y queja.



1.2. Derecho procesal penal

El derecho procesal penal es una rama del derecho público, ello a inferencia del estado frente a los actos llevados a cabo por las personas a través de la administración de la justicia ante la afectación de bienes jurídicos protegidos, Según San Martín (2015) el derecho procesal penal:

Es aquel sector del derecho procesal que regula los presupuestos, requisitos y efectos del proceso penal: elementos subjetivos, objeto y actos procesales. Según DE LA OLIVA citado por San Martín (2015) las normas que lo comprenden inciden en la estructura y funciones del orden jurisdiccional penal, en los presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional concerniente al derecho penal, y en la forma y actividad tendente a dispensar dicha tutela. (p. 6)

El mismo que posee las siguientes características:

- a) **Es instrumental.-** “constituye el medio de actuación del derecho penal sustantivo siendo una herramienta que sirve para solucionar conflictos de diferentes maneras”.
- b) **Es una disciplina científica autónoma.-** “se desenvuelve independientemente ya que su autonomía se fundamenta en que tiene principios rectores exclusivos, y un objeto de conocimiento y método de estudio propio”.
- c) **Es público.-** “por que regula la actividad jurisdiccional del estado para la efectiva realización de la justicia, de esta manera, se mantiene la convivencia social pacífica, resolviendo los conflictos derivados del delito”.

En la práctica, se ha demostrado que el derecho procesal penal y el derecho penal, se sirven el uno al otro, ya que el derecho procesal penal servirá de cauce para la aplicación del



derecho penal, y de la misma forma este último necesita del derecho procesal penal para su ejecución y necesariamente serán inseparables funcionalmente, lo cual no implica que ambas disciplinas jurídicas dejen de ser autónomas, sino que, cada una mantiene su autonomía en el sentido conceptual. Es por ello que la principal finalidad es la de “garantizar el ejercicio legítimo del *ius puniendi* por parte del estado” (Ore, 2016, p.24). Es más, el derecho procesal penal está constituido por tres ejes que a criterio de la doctrina son el fundamento para que este se pueda desarrollar. Uno basado en normas y reglas que estatúan la conducta de las personas; otro que se encarga de establecer los ejes basados en principios y por último el encargado de señalar aquellos institutos (figuras) que se desarrollan en el derecho procesal penal.

La legislación peruana desde el año 2004; año en que se promulgó el decreto legislativo N° 957, código procesal penal, promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado el 29 de julio de 2004, su implementación se inició en el Distrito Judicial de Huaura.

El proceso penal según Ore (2016) presenta las siguientes características:

- a) **La inmutabilidad.**- significa que el hecho por el que se inició la investigación no puede ser alterado sustancialmente, siendo posible únicamente su perfeccionamiento, conforme a la delimitación progresiva.
- b) **La indivisibilidad.** – esto es , que el hecho debe conformar el objeto del proceso tal como ocurrió en la realidad, con todas sus circunstancias y todos los actos que lo componen, recayendo en el Ministerio Público la obligación de reunir todos los elementos que tengan relevancia jurídica.
- c) **La indisponibilidad.**- establece que el objeto no es disponible para ninguno de los sujetos procesales en el proceso. (ps. 39-40)



a. Finalidad del proceso penal

Según Ore (2016) “dos son los fines del proceso penal un fin general y uno específico” (p. 41).

a. Fin general.- Se basa en la resolución de conflictos perseguidos por las normas penal lo cual trata de solucionar de forma pacífica y cuando esto no se puede lograr es que el castigo aparece.

b. Fin específico.- Es la aplicación de la ley penal al caso concreto investigando y determinar si el hecho que se considera como delito ha sido cometido por el acusado, posteriormente se declara la responsabilidad penal del acusado y se determinara las consecuencias penales.

Del cual se esgrime un factor netamente distributivo, ya que por un lado se tiene al objeto del proceso dentro de la teoría del proceso (solución de conflictos) y por otra la aplicación del derecho al caso en concreto, ello materializado en la norma penal.

1.3. Sistemas procesales

El sistema procesal según Ore (2016) es definida como:

El conjunto de principios y reglas que rigen un determinado ordenamiento jurídico en la resolución de conflictos de naturaleza penal.

De esta forma podemos decir que un modelo procesal es el reconocimiento de un sistema procesal en un ordenamiento jurídico de un determinado país. Por otro lado, hay quienes sostienen que mientras los sistemas procesales constituyen pensamientos



abstractos, los modelos procesales son las formas en que los primeros se concretan en determinados ordenamientos jurídicos. (p. 45)

Por su parte Salas (2011) define como el “conjunto de principios e instituciones que configuran una determinada manera de concebir el proceso” (p.11). Al respecto se tiene que los sistemas procesales son la base de un conjunto de procedimientos que se utilizan por un determinado estado o familia jurídica; este suele variar o perdurar en el tiempo. En el Perú en materia penal, el sistema procesal penal tuvo una evolución constante, llegando a concluirse en un sistema especial; sistema procesal acusatorio (adversarial) que a diferencia del sistema acusatorio puro, en este se suman facultades particulares dotadas de garantías en el proceso.

a. Clasificación de los sistemas procesales penales

A lo largo de la historia, el proceso penal ha estado regido por tres sistemas de singulares características; a saber: “sistema acusatorio (surge en Grecia y Roma), sistema inquisitivo (se institucionaliza durante la edad media) y sistema mixto (tiene lugar en el periodo post Iluminati)” (Ore, 2016, p. 46).

i. Sistema acusatorio.- Fue el primero que conoció la historia. Se desarrolló principalmente en Grecia, en el último siglo de Roma y en la edad media hasta el siglo XIII. “El principio sobre el que se sustentaba era el de la preeminencia del individuo y la pasividad del estado” (Ore, 2016, p. 48).

El sistema acusatorio posee las siguientes características:

- El proceso tenía su origen y se desarrollaba como un enfrentamiento de partes.
- La intervención del pueblo se producía de manera cierta.



- El principio estaba regido por el principio dispositivo, lo que se manifestaba en el hecho de que los jueces estaban vinculados a las peticiones formuladas por las partes en sus respectivos escritos de acusación y de defensa, hasta tal punto que no tenían discrecionalidad para determinar el alcancé de la pena.
- El proceso era de carácter privado y la sentencia considerada como expresión de la soberanía popular.

En ese entender el modelo acusatorio de alguna u otro forma respeto la división de funciones dentro del proceso penal, tomando protagonismo la parte acusadora representada por el Ministerio Público hoy en día quien, tiene la carga de la prueba y es más le brinda oportunidad a que la parte acusada desvirtué tal imputación con los diferentes medios de prueba, generándose así la presunción de inocencia hasta demostrarse lo contrario.

ii. Sistema inquisitivo.- El sistema inquisitivo es propio de un sistema totalitario, es decir un modelo político donde las funciones del juez estaban extralimitados incluso a llevar a cabo la investigación, produciéndose así, factores que vulneraban la parcialidad del proceso.

El sistema inquisitivo tuvo su origen en el procedimiento *cognitio extra ordines* que se remota al derecho romano imperial. También suele vincularse con la santa inquisición y el *ancient regime*, por haberse consolidado bajo la influencia del derecho canónico. Es una de las manifestaciones del estado totalitario, que fue extendiendo su vigencia durante toda la edad media hasta el siglo XVIII, respondiendo así a la concepción del poder central absoluto. (Ore Guardia, 2016, p. 52)



En contraposición con el sistema anterior, la idea directriz del sistema inquisitivo es la supremacía del orden social, representado por el estado, frente al mínimo valor asignado a la persona humana. El protagonista de este sistema procesal era, entonces, el inquisidor, quien en virtud de la máxima *salus populi suprema lex est* reunía poderes absolutos frente a un acusado inerte ante él; tanto que se dice que el acusado no era el sujeto, sino el objeto de la acusación.

El sistema inquisitivo institucionalizó un tipo de proceso que, entre otros factores, contaba con rígidas reglas probatorias, lo que aunado a la fuerte presión por no dejar impunes conductas que atentaban contra el monarca, terminó por motivar el que se recurriera cada vez con mayor frecuencia al uso de la tortura, para lograr así la confesión del acusado y, con ello, la prueba plena. (Ore, 2016, pp. 52-53)

El sistema inquisitivo presenta las siguientes características:

- La acción.- fue ejercida por un procurador real mediante una denuncia secreta, pero era promovida *ex officio* por el propio magistrado inquiriente.
- La jurisdicción.- era un poder intrínseco al monarca o príncipe, el mismo que delegaba ese poder a sus funcionarios organizados jerárquicamente y se encontraba la doble instancia.
- El juez.- se erigió en dueño absoluto del proceso, acumulando una pluralidad de funciones: la de investigador, la de acusador y la de juzgador, por su parte, el acusado fue considerado y tratado como un objeto en el proceso hasta que la investigación estuviera casi perfeccionada y obligado a auto incriminarse y sufrir refinadas torturas.



- Las medidas preventivas.- como la detención y la incomunicación se constituyeron en reglas, pues se presuponía la culpabilidad.
- El procedimiento.- se caracterizó por ser secreto, escrito, discontinuado y falta de debate.
- En cuanto al régimen probatorio.- impero el sistema de valoración legal de la prueba; es decir, que la misma ley, *a priori*, concedía eficacia probatoria a materiales o elementos de prueba.
- La sentencia.- era susceptible de ser recurrida en virtud de la delegación de facultades jurisdiccionales. Así es como surge el efecto devolutivo de los recursos y la organización jerárquica de los tribunales.

iii. El sistema mixto

Según la doctrina, este sistema surgió a raíz de la revolución francesa y su fuente directa es el sistema acusatorio. Puesto que la nomenclatura que prima sobre la combinación del sistema acusatorio e inquisitivo, es el acusatorio (de fuente inglesa). Según Ore (2016), el sistema mixto:

Cobro realidad con el código de instrucción criminal francés de 1808, en el que consagro una serie de derechos y garantías para el acusado, tales como la presunción de inocencia, el juicio previo, el derecho de defensa y otros que reivindicaban a la persona humana frente al anterior valor absoluto que se concedía al orden social, la influencia de este código llego a América Latina, a través de dos vías: las leyes de enjuiciamiento criminal españolas de 1872 y 1882, y; el código italiano de 1930. (Ore, 2016, p. 56)



Claro reflejo de lo señalado es que la asamblea constituyente ideó una nueva forma de encaminar el proceso y lo dividió en dos fases: una secreta y escrita que comprendía la instrucción y otra pública que comprendía el contradictorio y el juicio oral público.

El sistema acusatorio mixto posee las siguientes características:

- La acción.- es ejercida por un órgano estatal independiente del Poder Judicial conocido como el Ministerio Público.
- La jurisdicción.- es ejercida durante la instrucción por un juez unipersonal, llamado juez de instrucción; y durante el juicio oral por un órgano colegiado, el tribunal.
- Los sujetos procesales.- es distinta en las dos etapas del proceso: durante la instrucción preparatoria, el juzgador es el director de la investigación, mientras el fiscal y las partes solo pueden proponer pruebas que aquel practicara si las considera pertinentes y útiles; durante el juicio, el juzgador actúa generalmente como un árbitro, y las partes gozan de iguales derechos.
- El imputado.- deja de ser objeto de la investigación, y adquiere el estatus de sujeto de derechos. También se reconoce libertad para plantear su defensa.
- Se admite medidas privativas de libertad y se teoriza sobre su excepcionalidad.
- El procedimiento está constituido por dos etapas: por un lado, la *instrucción preparatoria* caracterizada por ser escrita, reservada y limitadamente contradictoria y; por otro lado, el *juicio oral* que se caracteriza por ser diametralmente opuesto, esto es, oral, público y contradictorio.
- En cuanto al régimen probatorio, el estado asume la carga de la prueba; así mismo, se abandona el sistema de valoración de prueba legal, dando paso a la sana crítica.
- La sentencia es recurrible.



b. Fases de la investigación en el proceso penal peruano

El proceso penal común responde a una estructura compleja en la que pueden identificarse hasta tres fases: 1) la investigación preparatoria. 2) la etapa intermedia y 3) la etapa de juzgamiento o juicio oral. Estas etapas tienen un rasgo eminentemente acusatorio, ya que las funciones de investigación y de decisión están claramente definidas y delimitadas llevadas por órganos totalmente diferentes: como son el Ministerio Público con su función investigadora y con la colaboración de la Policía Nacional y los órganos jurisdiccionales encargados de la fiscalización dentro de la etapa de investigación y del juzgamiento.

Siempre tomando como base a los principios acusatorios para un correcto proceso como el de contradicción y de igualdad de armas. Dándole mayor énfasis a la investigación basadas en conocimientos científicos.

a. Fase de investigación preparatoria

La investigación preparatoria tiene dos fines: un fin individualizador que se desarrollara dentro de las diligencias preliminares y un fin probatorio que se desarrolla en investigación preparatoria formalizada. El primero está determinada a que el fiscal decida si apertura la investigación, siempre y cuando la denuncia reúne todos los requisitos para promover la acción penal (que el hecho constituya delito, el autor este individualizado, la acción no esté prescrita), en la etapa formalizadora el fiscal tiene 60 días u otro que fije el fiscal de 120 días prorrogables a 60 días, atendiendo a las características, complejidad y circunstancias de los hechos pudiendo durar hasta 8 meses prorrogables por igual plazo y su finalidad es reunir los elementos de convicción. En cambio, si la denuncia no reúne dichos requisitos, el MP tendrá la necesidad de archivarla definitivamente.



La investigación preparatoria es dirigida por el fiscal y consiste en la recolección de informaciones, datos, evidencias, indicios y demás elementos (tanto de cargo como de descargo) que le sirvan para sustentar su decisión (sea acusación o sobreseimiento). Dicha labor la realiza con el apoyo de la PNP, la cual está obligada por mandato constitucional. La Policía Nacional como órgano técnico auxiliar, debe realizar bajo la dirección del fiscal una investigación objetiva. , es decir, recibir denuncias e intervenir en la realización de las diligencias preliminares dentro del marco constitucional y el respeto a los derechos fundamentales.

Finalmente se debe tener en cuenta según Cubas (2017) que:

Las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria, no podrán repetirse una vez formalizada la investigación, sin embargo procede la ampliación de una diligencia si resultara indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción. (p.30)

b. Fase intermedia

La fase intermedia es un importante estadio del proceso, siendo de naturaleza jurisdiccional, porque es el juez de la investigación preparatoria quien controla la legalidad y procedencia del requerimiento fiscal, comienza con la disposición de conclusión de la investigación preparatoria. En esta etapa el juez de la investigación preparatoria (que debiera denominarse juez de garantías) interviene para controlar el pedido (acusación o sobreseimiento) del fiscal. Esta etapa sirve de filtro para sanear los cuestionamientos u observaciones a aspectos formales de la acusación de la cual dependerá la existencia o no del juicio oral, así como



para resolver los medios de defensa técnicos planteados, admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes, entre otros. Si se acepta el requerimiento de sobreseimiento del fiscal, el procedimiento concluye, una vez que el auto de sobreseimiento quede firme. El sobreseimiento según Gimeno Sendra citado por Cubas es “la resolución firme emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado, teniendo los efectos de cosa juzgada” (pp. 207 - 208). Si el juez de la investigación preparatoria considera que hay mérito para juicio oral, emite un auto de enjuiciamiento y remite los actuados al juez penal. Es así que el objetivo de la etapa intermedia es:

Evitar que lleguen al juzgamiento casos insignificantes, o lo que es peor, casos con acusaciones inconsistentes por no tener suficientes elementos de convicción que hacen viable un juicio oral exitoso para el persecutor. Solo pasaran a juicio oral los casos más importantes, que tienen una acreditación fáctica suficiente, casos en los cuales es posible prever que se obtendrá una sentencia condenatoria. (Cubas, 2017, pp. 204 -205).

c. Fase juzgamiento

Según la doctrina nacional, la fase de juzgamiento o etapa de juzgamiento:

Está constituido por el conjunto de actuaciones que tienen como eje fundamental la celebración del juicio, que, como acto concentrado, es la máxima expresión del proceso penal. Se enjuicia la conducta del acusado para condenarlo o absolverlo en la sentencia que pone fin al proceso. Cabe absolución de la instancia. Como núcleo



esencial del proceso penal tiene lugar la práctica de la prueba y, sobre ella y su resultado, se fundamentara la sentencia. (San Martín, 2015, p. 390)

El juzgamiento, se desarrolla bajo el debate entre el acusador y el defensor. En esta etapa se actúan las pruebas y el órgano jurisdiccional las valora, a efectos de emitir su decisión. Existen reglas para la admisión y valoración de la prueba, de modo que, aquella que fuere obtenida con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, resulta inadmisibles y el juzgador sólo valorará las pruebas incorporadas legítimamente en el juicio oral.; en tanto que, el juzgamiento es la fase del proceso en la que el juzgador se pronunciará sobre el fondo, decidiendo sobre la responsabilidad penal del procesado y para ello se requiere de una debida actividad probatoria.

Por tanto, la prueba se producirá en el juicio oral bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, correspondiendo a las partes, a través de sus argumentos, exponer sus resultados y hacerlas ingresar al ámbito psicológico del juzgador, dirigiendo su actividad a generarle convicción. Es así que en base a ella se va a establecer la decisión judicial o pronunciamiento acerca de la responsabilidad o inocencia del acusado puede ser impugnada y será resuelta por la Sala de Apelaciones, atendiendo al debate que efectúen las partes en la audiencia respectiva.

2. Los medios probatorios en el proceso penal

2.1. Medios probatorios y la prueba

Según Benthan citado por Arbulú (2019) la prueba “es un hecho que se da por supuestos como verdadero y que se considera debe servir de motivo de credibilidad acerca de la existencia o no de un hecho. (p.18); por su parte, Levene citado por Arbulu (2019) refiere



que la prueba es “el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso”.

(p.18)

A diferencia de los medios de prueba que están catalogados como cualquier objeto o elemento que contiene una información sobre un hecho y cuyo fin es generar convicción o certeza en el juez sobre un determinado hecho. Por lo que un medio probatorio es un objeto en contraposición con la prueba que es un conjunto de actividad realiza por el juez. Coligiéndose así una definición más genérica e instrumental, donde se considera a la prueba penal como el conjunto de actos procesales cumplidos con el auxilio de los medios provisto o implícitamente autorizados por ley, y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad, de los hechos sobre los cuales versa la imputación, esto es, de las proposiciones fácticas que sustentan los cargos contra el imputado.

2.2. Medios de prueba (medios probatorios)

El código procesal penal no regula expresamente cuales son los medios de prueba que pueden incorporarse al proceso penal; empero según Neyra citado por Gomez (2018) los medios de prueba se clasifican de la siguiente manera:

a. La confesión

La confesión es un acto procesal que consiste en la declaración necesariamente personal, libre, voluntaria, consiente, sincera, verosímil y circunstanciada que hace el procesado, ya sea durante la investigación o el juzgamiento, aceptando total o



parcialmente su autoría o participación en la perpetración del delito que se le imputa.
(Gómez, 2018).

- Procedimiento de valoración de la confesión

En nuestro código procesal penal está regulado en el artículo 160, señalando que la confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión por el imputado de los cargos. El imputado podrá negarse a declarar, ejerciendo así su derecho de defensa en caso este acepte brindar su declaración será siempre en compañía obligatoria de su abogado defensor, esta podrá ser tomada como un elemento de convicción que el fiscal tomara para perfilar la acusación y de alguna forma le favorecerá en la disminución prudencial de su pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, siempre que estas sean voluntarias, verdadera, clara y este siempre corroborado con otros elementos de convicción que sostengan la versión auto incriminadora.

Dentro de este contexto está excluidas la reducción cuando el imputado ha sido detenido en flagrancia, el no querer declarar no influirá en la investigación ni mucho menos, en la etapa de juicio ya que también se le dará la oportunidad de expresar su última palabra al acusado para así, influir en el ánimo del juzgador.

b. El testimonio

Según Gómez (2018) el testimonio es la declaración prestada ante un órgano jurisdiccional, por personas físicas, acerca de sus percepciones de hechos pasados, en relación con los hechos objeto de prueba, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de estos.

- Procedimiento de valoración del testimonio



Se encuentra regulado en el artículo 162 a 171 del código procesal penal.

Para la credibilidad no basta con la confesión de la parte agraviada esta debe ir acompañada de otras pruebas como es la de una tercera persona que pudo apreciar los hechos materia de investigación ya sea, de forma directa; que esta haya tenido contacto visualmente u oído los hechos; o puede ser de referencia ósea, que haya tomado conocimiento por otras personas, estas personas están condicionadas a decir la verdad bajo juramento y tener la capacidad para testimoniar, por otra parte no está obligado a declarar si puede incriminarlo, también si este desea colaborar será reservado su integridad personal conforme a ley, las preguntas serán claras y concisas generando un proceso limpio y equitativo con igualdad de armas.

c. Prueba pericial

La prueba pericial es aquel “medio probatorio por el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba” (Gómez, 2018), a diferencia del perito que es una persona versada en un arte o un oficio; es decir un especialista en determinada materia.

Conforme lo señala Pérez citado por San Martín (2015) el perito:

Es una persona con conocimiento científico, técnico o artístico de los que el juez, por su específica preparación jurídica puede carecer, llamada al procedimiento precisamente para apreciar, mediante máximas de experiencias especializadas propias de su preparación, algún hecho o circunstancia que han sido adquiridas con autoridad por otros medios de averiguación y sean de interés o necesidad para la causa. (p.533)

- Procedimiento de valoración de la pericia



Tipificado en el artículo 172 a 181 del código procesal penal (Ramon Ruffner de Vega, 2014); se aprecia que la finalidad de la pericia es aportar información calificada técnica o profesional siendo un órgano de apoyo para la actividad jurisdiccional evitando realizar calificaciones jurídicas, hoy en día es más conocida como la prueba indiciaria ya que, genera mayor certeza que una declaración testimonial, el perito actúa por encargo del juez o el fiscal quien tomara juramento para desempeñar sus funciones el perito iniciara su labor en sede preparatoria de la investigación para no perder los objetos a ser peritados, una vez examinado se detallara las operaciones practicadas y sus resultados bebiendo contar todo esto en su informe, quienes luego serán sometidos a debate pericial dentro del juicio oral.

Esta se inicia con la exposición breve del contenido y las conclusiones del dictamen pericial, luego se les mostrara el dictamen para ver si es el mismo que se presentó, a continuación se les pedirá que expliquen sus operaciones periciales, comenzando por quien propuso la prueba, estos peritos deberán estar acreditados por el Registro de Peritos Judiciales (REPEJ). Es así que se puede señalar enfáticamente que:

Solo aquella prueba científica que reúna determinados estándares de calidad podrá ser admitida y practicada en el juicio oral; de lo contrario, será excluida del proceso. Su valoración no depende del criterio exclusivo de la calidad profesional del perito que emita el dictamen, sino de la corrección científica y técnica del método empleado en la realización de la prueba pericial. (Gómez, 2018, p. 545)

d. El careo

Es una prueba accesoria, no autónoma, que persigue un resultado principal: la eliminación del desacuerdo de los careados, de no llegar a un acuerdo, el juez apreciara cuál de las partes



careadas tiene más probabilidad de llegar a la verdad y quien de ocultar o desvirtuar los hechos. El careo tiene una naturaleza subsidiaria ósea que solo se realizara si es útil ya que para la admisión del careo se analizara si realmente tendrá un resultado positivo para el enjuiciamiento.

Es una diligencia judicial, de carácter eminentemente personal y de predominante efecto psicológico consiste en la confrontación inmediata (cara a cara) entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante para el proceso, tendiente a descubrir cuál es la que mejor refleja la verdad. (Gómez, 2018, p.383)

e. Prueba documental

Es el medio probatorio por el cual se incorpora un documento al proceso, lo que permite conocer su significado probatorio.

San Martin (2015) señala que la prueba documental:

Es un medio de prueba de carácter material se trata de un soporte u objeto material: es prueba real y objetiva que refleja un contenido de ideas, datos hechos o narraciones, con eficacia probatoria, que se introduce al juicio oral, en cumplimiento al principio de oralidad, a través de la lectura o la audición o del visionado. (p.548)

- Procedimiento de valoración de la prueba documental

Está regulado en el artículo 184 a 188 del NCPP; están referidos a las diversas aportaciones, mediante el cual las partes en el proceso dejan constancia de la acción que cometió el imputado, los documentos ya sean públicos o privados deben ser evaluados de igual manera



sin perder su valor, para poder distinguir si un documentos es público o privados nos remitiremos al artículo 235 del código procesal civil; se entiende por documento público a todo aquel que ha sido formalizado según los requisitos legalmente establecidos por un funcionario público que ejerce labor notarial o sea fedatario, en caso contrario será documento privado todo aquel que no encuentre comprendido en este concepto, en caso que sean documentos para reconocer están deberán estar en toda su integridad sin tachones ni enmendaduras, si el documento está redactado en otro idioma este deberá ser traducido por el traductor oficial en caso sean documentos audio gráficos o video gráficos se realizara la visualización en presencia de ambas partes, .

f. El reconocimiento

Es un juicio de identidad entre una cosa o persona, objeto de una primera persecución, con aquella que lo es de una segunda o posteriores percepciones, es un conocer de nuevo, esto es, un conocer lo que ya se ha conocido, o más precisamente de lo que se ha visto antes, pues cabe destacar que un presupuesto, para que se lleve a cabo el reconocimiento, es que la persona que va a reconocer a otra, no la conozca. Pues de conocerlas, pero no sepa o no recuerde su nombre, entonces, se procederá directamente a ubicar e identificar a dicha persona. (Gomez, 2018, pp. 383-384)

- Procedimiento de valoración de la prueba de reconocimiento

El procedimiento de valoración se encuentra regulado en el artículo 189 a 190 del NCPP. Este tipo de prueba, es considerada dentro de las pre -constituidas, ya que el trascurso del tiempo puede afectar o alterara el aspecto del sujeto a identificar, ocasionando que no se pueda llegar a reconocer al imputado, ya que la finalidad es perseguir, señalar una cosa y



diferenciarlas de las demás por tener características únicas. En caso que el imputado que en la mayoría de casos siempre es la persona a identificar no esté presente se le identificara mediante fotografías, así también se realiza el reconocimiento impropio que consiste reconocer a una persona que se encuentra en la sala de audiencias bajo el principio de la libertad probatoria.

Por otro lado, también se realiza el reconocimiento de voces y sonidos se realizara mediante la rueda de voces o audios grabados siendo plasmadas en actas, el primer acto que se ara es describir a la persona aludida, segundo se le pondrá a la vista junto a otras personas de aspectos semejantes, tercer paso será interrogado en caso llegue a reconocer, en caso de objetos se tomara el mismo procedimiento antes descrito siendo exhibidas estas.

g. La inspección judicial

La inspeccion judicial es aquel acto de verificacion objetiva del administrador de justicia en el lugar de los hechos. Lo que permite dar un conocimiento de ubicación presuntiva de tiempo y espacio. La inspección judicial según Gomez, (2018):

También llamada observación judicial inmediata es el medio probatorio por el cual el juez percibe directamente con sus sentidos es decir, sin intermediarios hechos y materialidades huellas y efectos materiales que pueden ser útiles, por si mismas, para el objeto del proceso. (p. 384)

- Procedimiento de valoración de la prueba de inspección judicial

El procedimiento de valoración de la prueba de inspección judicial está regulada en el artículo 192 del Código Procesal Penal. A través de esta prueba se pretende acreditar un hecho controvertido acudiendo a la percepción directa del juez sin que intervengan otras



personas u otros objetos, la acción tomada tiene mucha relación con el carácter investigativo puesto que se recogerá si hubiera algún objeto o huellas, o caso contrario si este no se hallara se averiguara con qué fin se desapareció y de qué manera. Así para tener un resultado positivo se requerirá tanto al fiscal como al juez pongan todos sus sentidos en la escena del hecho delictuoso, si en caso no se pudiera concretar los resultados se solicitara la participación de un perito.

h. La reconstrucción

En base a la aceptación de los hechos es que se verifica la reconstrucción de los hechos, en tal sentido esta ópera en el teatro delictivo con la participación del sujeto activo. Según Gomez (2018):

La reconstrucción es un acto procesal que consiste en la reproducción artificial e imitativa de un hecho, en las condiciones en que se afirma o se presume que ha ocurrido, con el fin de comprobar si se lo efectuó o pudo efectuar de un modo determinado. (p. 384)

- Procedimiento de valoración de la prueba de reconstrucción

Dentro de esta prueba se combinará elementos reales y personales en la actividad de hechos pasados siempre se llevara a cabo en el lugar de los hechos la escenificación de lo suscitado para comprobar si efectivamente se suscitó o se pudo prever, con la finalidad de reproducir la posible mecánica comisiva de la acción delictiva en el mismo lugar donde se efectuó el delito así también se realizara para comprobar si el hechos pudo ocurrir bajo las circunstancias que fueron narradas por la víctima las reconstrucción deberá procurar reproducirse con la mayor fidelidad posible, no se obligara al imputado a intervenir, .



2.2.1 Finalidad y requisitos de los medios probatorios

La finalidad de los medios probatorios, según Salas (2011) es la de “lograr la convicción del juez de conocimiento en torno a las proposiciones fácticas hechas valer por las partes con el objeto de provocar la decisión de absolución o condena” (p. 245). Es decir generar en el juez la credibilidad de que la persona sometida a juicio es la que realmente cometió el hecho delictivo, siendo culpable o en su defecto si no la realizó debe ser absuelto. Dentro de la legislación peruana los medios de prueba según el artículo 352, inciso 5, literal a) del código procesal penal, fija como requisitos de la petición probatoria, que contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso; y el artículo 352, inciso 5, literal b), que precisa el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil.

a) pertinencia

El tribunal constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 6712-2005-HC, del 17 de octubre de 2005, fundamento jurídico 26, define la pertinencia como uno de los criterios de la prueba; es más, la doctrina ha determinado que “la Pertinencia: exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso”. (Arbulú, 2019, p. 32)

b) conducencia

Tomaremos en consideración lo señalado por el tribunal constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 6712-2005-HC, fundamento jurídico 26, señala sobre este requisito:



Conducencia o idoneidad: el legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos puedan ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibida para verificar un determinado hecho.

c) Utilidad o relevancia

La petición probatoria debe especificar el probable aporte para conocer mejor los hechos, esto se conoce como utilidad debe contribuir a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. La relevancia se manifiesta como presunta utilidad del dato a obtener, se define por la importancia con relación al fin probatorio propuesto, por lo que el elemento pertinente debe servir a ese fin. De lo contrario será irrelevante y no merece que se lo tenga en cuenta.

2.3. Tipos de pruebas según el Código Procesal Penal Peruano

Angulo (2012) clasifica a la prueba de la siguiente forma:

a) Prueba directa.- Llamada también prueba deductiva este tipo de prueba admite que el juez pueda apreciar directamente el lugar de los hechos, por lo que sería factible realizar dicha apreciación en el mismo horario que suscitaron los hechos materia de enjuiciamiento, con la finalidad de identificar los factores que contribuyeron a la comisión del hecho delictivo.



b) Prueba indirecta.- En cambio este tipo de prueba es la que se hará llegar al despacho del juez a través de documentos, relatos de personas, testimonio y pericias. Se le da más importancia al testimonio que pueda presentar una persona, siempre y cuando esta apta psicológicamente dicha persona tiene el deber de responder con la verdad y así mismo, no tiene la obligación de declarar sobre hechos que lo perjudiquen penalmente.

c) Prueba ilícita o prohibida.- Según el artículo 159 del Código Procesal Penal, indica que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, dichas pruebas no podrán ser utilizadas por el juez.

d) Prueba lícita.- Estas pruebas se basan en la eficacia de la persecución penal plasmada en la sentencia condenatoria, a la que ha sido posible llegar sin perjudicar al condenado con la obtención de pruebas incriminatorias.

e) Prueba nominada.- Hacen referencia a las pruebas testimoniales, periciales y documentales.

f) Prueba innominada.- Dentro de esta clasificación se encuentra estrictamente la confesión del imputado, aclarando que si este se rehúsa a declarar el juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuara y en su defecto se leerá su primera declaración brindada.

g) Prueba histórica.- Se desenvolverá dentro del juicio oral mediante la lectura de los hechos, pruebas testimonial y pericial materia de acusación realizada por el fiscal, seguidamente se le dará pase a la parte que ofreció las pruebas, quien será interrogado por



el juez quien dirigirá dicha actividad evitando que el declarante conteste preguntas capciosas.

h) prueba crítica.- En este tipo de prueba el juez valorara las pruebas con la finalidad de generarse certeza y convicción sobre la responsabilidad del imputado. El juez está prohibido de utilizar pruebas diferentes a aquellas que fueron incorporados legítimamente en el juicio.

i) prueba material.- Se basa más en los objetos y vestigios incautados y recolectados para que sean exhibidos a las partes en el juicio.

j) prueba de cargo.- Son todas aquellas pruebas que se presentan de parte del Ministerio Publico, la parte agraviada o el tercero civil, las obtenidas en la investigación que les favorezcan.

k) prueba de descargo.- Estas pruebas se basan más, a los que proporcionara el imputado tomados en cuenta desde la acusación fiscal, quien deberá proporcionar su lista de testigos y peritos, señalando su domicilio y los hechos puntuales sobre los que se examinara.

l) prueba plena.- Conocida también como prueba perfecta, lo cual genera certeza total y el convencimiento del juez que el hecho delictuoso fue cometido por el imputado. (pp. 44 – 54)

3. La valoración de la prueba

3.1. Concepto

La valoración de la prueba según Angulo (2012) es:

La última etapa de la actividad probatoria, donde el juez tendrá una labor especial dentro del juicio oral, de valorar los medios de prueba incorporados verificando si establecen



conexión entre la verdad o la falsedad de los hechos en litigio, estableciendo si dichas pruebas aportaran en la sentencia, si el hecho cometido amerita ser reprochado y punible mediante una pena. (p.63)

Entonces diremos que valorar la prueba es una operación intelectual realizada por el juez consistente en evaluar si los hechos y afirmaciones alegados por las partes han sido corroborados.

3.2. Sistemas de valoración

Sanchez (2018) existen tres sistemas de valoración de la prueba, tales como la prueba legal o tasada, la íntima convicción y la libre convicción o sana crítica.

a) Prueba legal o tasada

Este tipo de valoración apareció en el sistema inquisitivo se basa más en la recolección de pruebas para llegar a la verdad, las mismas que tenían un valor determinado. El juez tenía funciones como la de investigar, acusar y juzgar dentro del marco procedimental caracterizado por la escritura y el secreto, su sistema de prueba era la prueba tasada o reglada para lo cual se necesitaba ciertas pruebas y en ciertas cantidades para condenar.

- características

- Es la ley la que establece o prefija, la eficacia de cada prueba para crear convicción en el juez.
- Convierte la valoración de la prueba en una función mecánica.



b) Íntima convicción

Este sistema era muy utilizado en el sistema acusatorio ya que el tribunal formado por ciudadanos especializados en derecho, formaran su decisión de acuerdo a la íntima convicción, esto se dio a causa de que recién se iniciaba la actividad de enjuiciamiento y los juzgadores no tenían otro remedio que juzgar utilizando su razón personal, es decir, su leal saber y entender, atribuyendo credibilidad a quien más le convenciera a través de sus argumentos y pruebas.

- características.

- La ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas.
- El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos, valorando las pruebas según su leal saber y entender, no hay obligación de fundamentar.

c) La libre valoración o sana crítica

Según Zavala citado por Sanchez (2018) señala que “este sistema permite que el juez aprecie una prueba en relación con las demás y aplicando su propio parecer, no el de la ley, apreciar su fundamento y darle su valor” (pg. 535). Este tipo de sistema exige que el juez tenga en cuenta para la apreciación libre de la prueba las leyes del pensamiento, así como su propio conocimiento y experiencia, utilizando el criterio de conciencia mediante un adecuado razonamiento lógico jurídico que le permita llegar a la certeza y verdad legal en el cual debe estar convencido que el acusado es el responsable penalmente.



-características

- Plena libertad de convencimiento de los jueces.
- Sus sentencias deben estar fundamentadas bajo las normas de la lógica, la ciencia y la experiencia.



SUBCAPÍTULO II

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PERU

1. El patrimonio cultural

a. Antecedentes

Desde principios del siglo XX, el patrimonio cultural en el Perú era resguardado, a través del Patronato Nacional de Arqueología. Este fue fundado por el mismo padre de la arqueología peruana, Julio C. Tello, en la década de 1920 el cual impulsó investigaciones, restauraciones y protección de los sitios arqueológicos y el mismo Tello y sus seguidores en el cargo impulsaron importantes campañas de defensa y penalización de la destrucción del patrimonio arqueológico, bajo el amparo de la Ley N° 6634 año 1929. Más adelante, este patronato fue absorbido por la Casa de la Cultura, institución que asumió la responsabilidad sobre el patrimonio cultural y en cuya dirección se encontró a intelectuales tan prominentes como José María Arguedas desde su creación en 1972 tomó la posta, cuyas funciones estaban la Investigación, Conservación, Defensa y Puesta en Valor del Patrimonio Arqueológico Nacional.

A fines de 1984, terminaba el gobierno del Presidente Fernando Belaunde y en el mes de mayo de 2008 se expidió el Decreto Legislativo N° 1003 en el cual el Congreso de la República, por Ley 29157, delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, siendo comprendida en dicha delegación, la facilitación del comercio, así como la promoción de la inversión privada y luego, los primeros días de enero de 1985 fue publicada en el diario oficial *El Peruano*, la llamada Ley 24047, de Amparo del Patrimonio



Cultural de la Nación entro en vigencia con la finalidad de poder salvaguardar el patrimonio cultural de la nación, pero no obstante a ello al gran vacío legal que contenía se implementó una nueva ley que entra en vigor en julio de 2004, si bien avanza en algunos aspectos y tendencias en la tutela del patrimonio cultural mantiene consigo algunas deficiencias legales Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

1.1. Regulación – según la Ley 28296 y su reglamento DS. 011-2006-ED

En el marco de esta norma, existe una ley que regula de forma específica nuestro patrimonio, que es la Ley N° 28296 “Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación. Que consta de VII títulos y 52 artículos los cuales pasare a desarrollar:

TITULO I

BIENES INTEGRANTES DEL PATRIMONO CULTURAL DE LA NACION.

Dentro de este título se desarrollaran III capítulos los cuales abarca desde el artículo 1 al 18, en su primer capítulo. Desarrolla todo lo referente a la clasificación del patrimonio cultural de la nación, los mismos que se clasifican en; a) Bienes materiales; integrados por los bienes inmuebles, que son las construcciones arquitectónicas. Los bienes muebles, que están integrados por instrumentos musicales, monedas y cuadros. b) Bienes inmateriales; hace referencia a las tradiciones expresadas por los individuos. Así mismo nos señala que todo el patrimonio cultural pertenece a la nación, quien también es participe de proteger el patrimonio cultural.

El segundo capítulo. Habla sobre el régimen de los bienes del patrimonio cultural, ya sean privados o públicos estarán siempre sujetas a la ley de protección de la misma forma, la propiedad privada de dichos bienes culturales como de los que estén aún por descubrirse



será regulada por esta ley siendo la propiedad exclusiva del estado esto implica, a los que se encuentren ubicados en propiedad privada, a la vez los propietarios de predios donde exista patrimonio cultural están en la obligación de conservarlos y registrarlos. El estado estará facultado para realizar las transferencias y expropiaciones del patrimonio cultural.

El tercer capítulo. Menciona sobre el registro de bienes del patrimonio cultural de la nación; que se realizara a través del inventario quien es realizada por el Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional del Perú y el Archivo General de la Nación; los que se encargan de mantener actualizados todos los bienes para ser posteriormente inscritos en el Registro Nacional de Bienes Integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, tratándose de bienes estatales deberán ser inscritos en el sistema de Información de Bienes de Propiedad Estatal.

Hay que tener presente que el Ministerio de Cultura, en el proceso de inventario de patrimonio cultural, ha identificado las siguientes categorías de bienes inmuebles.

ZM	Zona monumental		
AUM	Ambiente urbano monumental		
M	Monumento	ARE	Arquitectura religiosa
		AMI	Arquitectura militar
		ACP	Arquitectura civil publica
		ACD	Arquitectura civil domestica
		AIN	Arquitectura industrial
ZHM	Zona histórica monumental		
VUE	Valor urbanístico de entorno		
VM	Inmueble de valor monumental		
ZPVM	Zona paisajística de valor monumental		
AM	Ambiente monumental		
PCAH	Paisaje cultural arqueológico e histórico		
ID	Inmueble identificado para su declaración		

Figura 1. Fuente - Elaboración propia.



TITULO II

PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION

Que desarrolla del artículo 19 a 31, en dos capítulos concretos los que detallare de la siguiente forma:

Primer capítulo. Medidas generales de protección; hace referencia a las restricciones de la propiedad mueble e inmueble perteneciente al patrimonio cultural nacional, no se podrán alterar ni desmembrar partes de dichos bienes sin autorización del INC más bien, los propietarios particulares están en la obligación de facilitar el acceso y proporcionar documentos a los investigadores. Por otra parte el Instituto Nacional de Cultura queda facultado para disponer la demolición de obras no autorizadas, dando a conocer al Ministerio Publico para que inicie investigación. Para la protección también se impulsa la suscripción de acuerdos internacionales para reforzar la lucha contra el tráfico de bienes culturales.

Segundo capitulo. Participación de las entidades estatales; como son los gobiernos Regionales, Municipales quienes prestaran también servicios de protección y difusión del patrimonio cultural a través de la elaboración de proyectos y ordenanza municipales, de la misma forma podrán pedir autorización en caso que las obras publicas afecten estructura del patrimonio cultural o de encontrar algún bien del patrimonio serán puesta a conocimiento del INC.

TITULO III

TRASLADO DE BIENES MUEBLES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION, el presente título abarca desde el artículo 32 a 39,



desarrollado en III capítulos, el primer capítulo. Explica que está permitido el traslado de bienes muebles dentro del territorio peruano adoptando las medidas de salvaguarda e integridad del bien así como, está prohibida la salida de bienes muebles del país peruano salvo excepciones como la exhibición con fines científicos y estudios bajo la póliza de seguro. El segundo capítulo. Trata sobre la restitución del bien a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, quienes velaran por el retorno de los bienes que fueron exportados ilegalmente. El último capítulo tres. Manifiesta sobre la exhibición de bienes patrimoniales dentro del país y fuera a través del comisario personal especializado en exhibiciones quien velara por la protección del bien a su cargo, de acuerdo al protocolo quien bajo responsabilidad asume las negligencias producidas al bien.

TITULO IV

COLECCIONES Y MUSEOS PRIVADOS, comprende desde el artículo 40 a 43, desarrollados en II capítulos, primer capítulo. Colecciones privadas; el coleccionista privado está obligado a llevar un inventario para luego ser inscrito, este actúa bajo su propia responsabilidad en caso de deterioro. Segundo capítulo. Los museos privados, los propietarios de bienes patrimoniales culturales que cuenten con un local adecuado para ser exhibidos dichos bienes podrán construir un museo, siempre y cuando este sea inscrito y esté autorizado y cumpla las medidas, bajo responsabilidad civil y penal.

TITULO V

RECURSO ECONOMICO E INCENTIVOS TRIBUTARIOS, desarrollado desde el artículo 45 a 48, el primer capítulo. Refiere a los recursos económicos para la protección del patrimonio cultural como son, el tesoro público, recursos recaudados y donaciones todos



estos serán destinados para salvaguardar y proteger el patrimonio cultural, los incentivos tributarios son para los propietarios que tienen bienes culturales, estas no están gravadas con el impuesto predial ni el impuesto de alcabala.

TITULO VI

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Desarrollado desde el artículo 49 a 50, El presente título hace referencia a las multas, incautaciones y decomisos a los que están sometidos las personas que atenten contra el patrimonio cultural de la nación capítulo que será desarrollado más adelante.

TITULO VII EDUCACION, DIFUSION Y PROMOCION CULTURAL

Desarrollado desde el artículo 51 a 52, las principales instituciones a cargo son; el Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, quienes velarán para que se promueva y difunda la educación cultural, así como los medios de comunicación también están en el deber de difundir el patrimonio cultural. También es obligatorio que dentro del contenido curricular de los niveles educativos enseñen materias relacionadas al patrimonio cultural de la nación.

1.2. Sanciones administrativas

INFRACCIONES Y SANCIONES

CLASIFICACIÓN DE LAS SANCIONES.- Se consideran sanciones: la multa, el decomiso y la demolición.



Multa.- Sanción pecuniaria establecida de acuerdo a la gravedad de la infracción y determinada sobre la base de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT). No puede ser menor de 0.25 de la UIT ni mayor de 1000 UIT.

Decomiso.- Privación definitiva de los instrumentos y del producto de la infracción en favor del Estado.

Demolición.- Es la destrucción parcial o total de la obra ejecutada en inmuebles integrantes o vinculados al Patrimonio Cultural de la Nación, cuando ésta se hubiera realizado sin contar con autorización o cuando contando con ésta se compruebe que la obra se ejecutó incumpliendo las especificaciones técnicas aprobadas por el Ministerio de Cultura.

CRITERIOS PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA

Los criterios y procedimientos para la imposición de la multa a que se refiere el artículo precedente son normados por el Ministerio de Cultura, teniendo en consideración el principio de razonabilidad establecido en el artículo 230 de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General y la Resolución Directoral Nacional 1405/INC, que aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas por infracciones en contra del Patrimonio Cultural de la Nación. Los criterios generales son:

a) intencionalidad: la voluntad de afectar el patrimonio. b) perjuicio causado: el grado de afectación sobre el patrimonio. c) circunstancias de la comisión de la infracción: la naturaleza de los hechos que afectaron el patrimonio. d) repetición en la comisión de la infracción: el número de ocasiones en que se afectó el patrimonio por el mismo infractor

La multa a imponerse no podrá ser menor de 0.25 de la UIT ni mayor de 1000 UIT.



SANCIONES POR ACCIONES EN PERJUICIO DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN

Conforme lo establece la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, Ley 28296, además de las penas que imponga el Código Penal por delitos cometidos en perjuicio del Patrimonio Cultural de la Nación, el Instituto Nacional de Cultura (hoy Ministerio de Cultura), está facultado a imponer las siguientes sanciones administrativas, según la Tabla de Infracciones y Sanciones que forman parte del presente reglamento:

Art 49	Infracciones	sanciones	Escala de multa		
A	Multa a quien promueva y realice excavaciones en cualquier tipo de monumento arqueológico o cementerios prehispánicos, o altere bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la nación sin tener la autorización correspondiente del Ministerio de Cultura, y decomiso de los instrumentos, medios de carga y transporte utilizados.	Multa decomiso de los instrumentos, medios de carga y transporte utilizados.	Multa máxima en UIT		
			Muy grave	Grave	Leve
	En sitios arqueológicos.	multa	Desde 0.25 hasta 1000	Desde 0.25 hasta 700	Desde 0.25 hasta 300
	En zonas arqueológicas monumentales.	multa	Desde 0.25 hasta 1000	Desde 0.25 hasta 700	Desde 0.25 hasta 300
	En paisaje arqueológico.	multa	Desde 0.25 hasta 1000	Desde 0.25 hasta 700	Desde 0.25 hasta 300
	En elementos arqueológicos aislados.	multa	Desde 0.25 hasta 100	Desde 0.25 hasta 75	Desde 0.25 hasta 50



	En restos subacuáticos.	multa	Desde 0.25 hasta 500	Desde 0.25 hasta 300	Desde 0.25 hasta 100
	En restos de interés paleontológico.	multa	Desde 0.25 hasta 500	Desde 0.25 hasta 300	Desde 0.25 hasta 100
B	Por ejecutar obra pública o privada ejecutada en inmueble integrante o vinculado al Patrimonio Cultural de la Nación cuando: i) se realiza sin contar con la autorización, ii) contando con tal autorización se comprueba que la obra se ejecuta incumpliendo, contraviniendo, cambiando o desconociendo las especificaciones técnicas aprobadas por el Ministerio de Cultura, y iii) afecten de manera directa o indirecta la estructura o armonía de bienes inmuebles vinculados al Patrimonio Cultural de la Nación.	demolición			
C	Por no facilitar el acceso a los inspectores del Ministerio de Cultura, previo aviso; o en cualquier momento cuando las condiciones de urgencia así lo ameriten a juicio de dicho ministerio.	multa	Desde 0.25 hasta 1		
D	Por no permitir el acceso al monumento arqueológico a los investigadores debidamente acreditados.	multa	Desde 1 hasta 10		
E	Por no consentir la ejecución de obras de restauración, reconstrucción o revalorización del bien mueble o inmueble, por parte del Ministerio de Cultura, cuando fueren indispensables	multa	Desde 1 hasta 50		



	para garantizar la preservación óptima del mismo.		
F	por la ejecución de las obras correspondientes a las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos a otorgarse por el Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales que afecten terrenos o áreas acuáticas en las que existan bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, que no cuenten con la autorización del Ministerio de Cultura.	multa	Desde 1 hasta 100
G	En caso que durante la construcción de la obra ocurriera el hallazgo de algún bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, y el concesionario no suspendiese sus actividades en el área específica del hallazgo y/o no comunicara dicho hallazgo al Ministerio de Cultura a más tardar al día siguiente del mismo, a fin de que dicte las medidas de protección aplicables.	multa	Desde 100 hasta 1000.

1.3. Diferencia entre patrimonio cultural y monumento arqueológico

1.3.1. El Patrimonio cultural

a. Estructura conceptual

Concepto.- El patrimonio está definida como aquella “hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes. Jurídicamente; el patrimonio es considerado como los derechos y



obligaciones correspondientes a una persona”. (Chaname, 2002, p. 536), por su parte la UNESCO 1998, define al patrimonio como aquel “conjunto de elementos naturales y culturales, tangibles e intangibles, que son heredados del pasado o creados recientemente”. (Ordaya, 2020, p. 116)

a. Patrimonio histórico.- según la real academia española establece que es el conjunto de bienes de una nación acumulado a lo largo de los siglos que, por su significado artístico, arqueológico, son objeto de protección especial por la legislación.

Es más, el patrimonio histórico está definido según Hernández (2004) citado por Ordaya (2020) como:

El conjunto de aquellos bienes culturales, materiales o inmateriales que, sin límite de tiempo ni lugar, han sido heredados de los antecesores, y se han reunido y conservado con el objeto de ser transmitidos a las generaciones futuras”. El patrimonio se convierte de este modo, en un bien público cuya conservación ha de estar asegurada por los poderes públicos. (p. 45)

b. Patrimonio cultural

El patrimonio cultural ostenta “un concepto más amplio, porque representa una forma de herencia que debe ser salvaguarda y protegida para luego ser entregada a las generaciones futuras” (Ordaya, 2020, p. 45). Es más, según el autor, este concepto no es estrictamente jurídico ni estático, es muy dinámico y responde a la función social, a la vocación patrimonial de un bien en un contexto histórico (p. 65). Es más, el patrimonio cultural, según la UNESCO citado por Ordaya (2020) es la “expresión creativa de la existencia de



un pueblo en el pasado remoto, en el pasado cercano y en el presente. Nos habla acerca de las tradiciones, las creencias y los logros de un país y su gente”.

b. Categorías de patrimonio cultural en el Perú

El Ministerio de Cultura, como la máxima entidad rectora en temas de cultura, ha determinado que nuestro patrimonio cultural es muy vasto y diverso; protegerlo es deber y derecho de todos.

El patrimonio cultural se divide en diferentes categorías, según Ordaya (2020) estas son, patrimonio material inmueble, material mueble, inmaterial, subacuático, industrial y documental (pp. 47 – 48).

i. Patrimonio material inmueble.- se refiere a los bienes culturales que no pueden trasladarse abarca tanto los sitios arqueológicos (huacas, cementerios, templos, cuevas, andenes, entre otros) como las edificaciones coloniales y republicanas.

ii. Patrimonio material mueble.- incluye todos los bienes culturales que pueden trasladarse de un lugar a otro, es decir, objetos como pinturas, cerámicas, orfebrería, mobiliario, esculturas, monedas, libros, documentos y textiles.

Estas dos clasificaciones se dividen en dos categorías que son el patrimonio arqueológico, que son básicamente los bienes culturales provenientes de la época prehispánica, y el patrimonio histórico, que son aquellos fechados a partir de la llegada de los españoles.

iii. Patrimonio inmaterial.- se refiere a lo que llamamos cultura viva, como lo es el folclor, la medicina tradicional, el arte popular, las leyendas, el arte culinario, las ceremonias y costumbres. Transmitidos de generación en generación, a menudo a viva voz o a través de demostraciones prácticas.



iv. Patrimonio cultural subacuático.- son todos los vestigios de la existencia humana con carácter cultural, histórico y arqueológico, que han estado total o parcialmente sumergidos en el agua, en forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años.

v. Patrimonio industrial.- se refiere a todos los bienes inmuebles y muebles adquiridos o producidos por una sociedad en relación con sus actividades industriales de adquisición, producción o transformación; a todos los productos generados a partir de estas actividades.

vi. Patrimonio documental.- se refiere básicamente a la documentación que se conserva en archivos e instituciones similares. Con la nueva tecnología, también consideramos como documentos las grabaciones, medios digitales, audiovisuales y otros.

2.2. Monumento arqueológico

2.2.1. Aspectos generales

La noción de monumento abarca la creación arquitectónica aislada, así como el sitio urbano o rural que expresa el testimonio de una civilización determinada, de una evolución significativa, o de un acontecimiento histórico. Tal noción comprende no solamente las grandes creaciones, sino también las obras modestas que con el tiempo han adquirido un significado cultural. (Ordaya, 2020, p. 230)

a. El monumento arqueológico es aquel “conjunto de bienes materiales muebles e inmuebles, que forman parte del legado de nuestra historia y que evidencia las experiencias y soluciones concretas que desarrollaron nuestros antepasados en el proceso de construcción de nuestra sociedad" (Caceda, 2012, p. 14).



b. Monumento arqueológico prehispánico.- son los bienes inmuebles, de carácter material, de naturaleza predial que constituye evidencia de la actividad humana de época prehispánica, que le otorga el valor cultural digno protección, promoción, registro y difusión. (Ordaya Huaman, 2020, pág. 104)

2.2.2. Clasificación de monumento arqueológico prehispánico

Según el reglamento decreto supremo N° 003-2014-MC en el proceso de adecuación del reglamento de investigaciones arqueológicas clasifica en lo siguiente:

a. Sitio arqueológico.- son espacios con evidencias de actividad humana realizada en el pasado, con presencia de elementos arquitectónicos o bienes muebles asociados de carácter arqueológico tanto en la superficie como en el subsuelo. Se consideran los sitios con evidencia subacuáticas.

b. Zona arqueológica monumental.- es el conjunto de monumentos arqueológicos, cuya magnitud, complejidad y ordenamiento espacial arquitectónico les da un valor singular y excepcional debido a las relaciones cronológicas, funcionales y de dependencia jerárquica. Contiene edificaciones monumentales, ceremoniales, funerarias o ambientes urbanos, cuyo diseño y fisonomía deben conservarse. Se le denomina también complejo arqueológico monumental.

c. Paisaje arqueológico.- es el resultado del desarrollo de actividades humanas en un espacio concreto en interacción con el sistema, que tengan un destacado valor desde los puntos de vista arqueológico, histórico, ambiental y estético. Se consideran como tales infraestructuras agrícola como andenes terrazas, canales, camellones, infraestructura vial como caminos prehispánicos e itinerarios culturales; espacios artísticos y arqueo



astronómicos como geo glifos, arte en roca y similares. Esta definición comprende a los monumentos hasta ahora considerados como paisaje cultural arqueológico.

2. Delitos contra el patrimonio cultural

2.2.1 Noción de delitos contra el patrimonio

Según Urquiza (2017) citando a Chirinos Soto manifiesta que:

Se reprime a quien, sin contar con la debida autorización, explora, excava o remueve yacimientos arqueológicos de la época precolombina. Eso significa que las tareas de exploración, excavación o remoción pueden cumplirse legalmente, si el interesado ha obtenido permiso de la autoridad pertinente. (p. 50)

La penalización de conductas, como la descrita en el presente articulado, se justifican por si mismas: la necesidad de tutela del bien Jurídico protegido, en este caso, el Patrimonio Cultural de la Nación, como acervo patrimonial definido a partir de lo que hemos de considerar por identidad Nacional, que se manifestó en los denominados monumentos arqueológicos prehispánicos como legado de nuestros antepasados, a partir de las culturas que se afincaron en diversas parcelas territoriales del antiguo Perú. Preservar y proteger estas obras monumentales, importa a su vez, la formación de una verdadera identidad nacional.

2.2.2. Delitos contra el patrimonio cultural

Según Peña (2009):

Es de recibo, la existencia de sujetos, que actúan de forma unilateral o en conjunto con otros (banda, cuya actividad antijurídica se orienta a la obtención de toda aquella



riqueza cultural que se encuentra en dichos yacimientos arqueológicos. Si bien estos bienes culturales (patrimonio nacional) Se encuentran debidamente identificados por las autoridades competentes, contando con la custodia que es debida, no es menos cierto. Que dicha circunstancia no es óbice, para que individuos inescrupulosos, mediando las conductas que se detallan en la composición típica contenida en el artículo 226, depredan. Exploran, excavan y/o remueven, monumentos arqueológicos de naturaleza prehispánica. (p. 765)

Es más el mismo autor señala que:

Lo que es objeto de amparo penal no ha de ser identificado con los derechos reales que se desprenden del título dominical que une al propietario con el bien., en la medida, que la tutela penal se extiende sobre la integridad de los bienes alcanzados por la definición del Patrimonio Cultural de la Nación, de forma específica los monumentos arqueológicos prehispánicos, cuya conservación se condice con la necesidad de promover la identidad Nacional a través de la promoción del arte y de la cultura. (Peña, 2009, p. 765):

En palabras de Bernales Ballesteros, los denominados bienes culturales que aborda el art. 21 de la Constitución) son denominados patrimonio cultural de la Nación por que contribuyen a explicar sus raíces históricas y sus logros. Estos no sólo son aportes a la humanidad sino también a la propia identidad como pueblo y como cultura.

2.2.2.1 Previsión normativa

El Código Penal Peruano. Presenta seis artículos que sancionan los delitos contra el patrimonio cultural, tipificados en el TITULO VIII DELITOS CONTRA EL



PATRIMONIO CULTURAL, CAPITULO UNICO DELITOS CONTRA LOS BIENES CULTURALES, 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.

Según los comentarios de Sánchez (2019) El Código Penal actual:

Incorporó en su redacción original, dentro del catálogo de delitos, los destinados a la protección del bien jurídico patrimonio cultural y, en específico, a los bienes culturales prehispánicos (artículo 226). Históricamente fue la primera vez en la legislación penal peruana que se realizó esta «protección» de dicho bien jurídico y continuará existiendo en el próximo Código Penal (según se aprecia en el artículo 347 del anteproyecto). Sin embargo, y a pesar de que el territorio peruano posee un significativo número de restos prehispánicos que merecen ser conservados adecuadamente para el provecho de futuras generaciones, que ha generado cientos de estudios arqueológicos, el delito destinado a su protección no ha tenido el impacto debido en la doctrina jurídica nacional, en donde, los trabajos de nivel interpretativo y orientador, desafortunadamente son escasos y de poco contenido doctrinal”. (Sánchez, 2019, p. 68)

a. Tipificación



El delito contra el patrimonio cultural se tipifica según Peña (2009) de la siguiente manera:

- **Bien jurídico protegido.-** El bien jurídico penal no son los objetos arqueológicos (bienes del patrimonio cultural), estos son solo del substrato material sobre el que incide la conducta lesiva al bien jurídico. El bien jurídico está dado por la significación que estos guardaban para la búsqueda y reconstrucción de nuestro pasado.
 - **Sujeto activo.-** la tipicidad descrita en el articulado no exige la cualidad específica en la persona del autor, por lo que puede ser cualquier persona, sea a título individual o como integrante de una organización dedicada a este tipo de actividades ilícitas.
 - **Sujeto pasivo.-** al constituir los monumentos arqueológicos prehispánicos de propiedad estatal, resulta que el sujeto agraviado ha de serlo el estado, forma parte del patrimonio inmueble del Perú, de forma indirecta la población nacional como un todo.
 - **Acción típica.-** Conforme lo dispone el artículo 1° de la RS N° 004-2000-ED. el Patrimonio Inmueble del Perú, que debe ser estudiado mediante investigaciones arqueológicas, se clasifica en: a.-Monumentos Arqueológicos Prehis- panicos, incluyendo todos los restos de actividad humana de época Pre hispánica que subsisten en el paisaje, de manera superficial, Subyacente y/o subacuática. (p. 767)
- b. Tentativa.-** Se acepta la tentativa cuando “se encuentra a los infractores en plena excavación de los yacimientos” (Urquiza, 2017, p. 50).



c. Autoría.- Se aceptan todo tipo de autoría, “son cómplices aquellos que les proporcionan las herramientas necesarias para llevar acabo, como los picos, palas, mapas, etc” (Urquizo, 2017, p. 50).

Por su parte, el artículo 2° de la normatividad precitada, establece que los Monumentos Arqueológicos Prehispánicos, con fines de registro, investigación, conservación y protección, se clasifican en:

- **Zonas Arqueológicas Monumentales.-** 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: 1.-Poseer valor urbanístico de conjunto; 2.-Poseer valor documental, histórico-artístico, y/o un carácter singular. 3.- Con monumentos y/o ambientes urbano-monumentales.
- **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.
- **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 su aprobación, previa opinión favorable de la Comisión Nacional técnica de Arqueología.
- **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.

- **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 arqueológicos, históricos, 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 geo-glifos y/o petroglifos. (Peña, 2009, pp. 767-768)

d. Tipo subjetivo.- Desde un patrón general de calificación, las conductas delictivas son en su mayoría causadas a título de dolo, a menos que el legislador de forma expresa haya determinado su penalización bajo la modalidad culposa, con arreglo a los artículos 11 y 12 del CP: en el presente caso, el legislador se aseguró por decirlo de alguna forma, que el estado anímico y cognoscitivo del autor este bien definido, al haberse previsto como presupuesto Subjetivo de pena que el agente conozca el carácter de patrimonio Cultural del bien. A lo cual debe agregarse, el conocer de estar actuando sin autorización estatal.

El injusto penal de este tipo penal está relacionada, según Peña (2009) con:

El aspecto cognoscitivo, de que el autor conozca de forma rayana, Que los bienes, sobre los Cuales está procediendo a realizar la conducción típica (asentando, depredando, excavando, explorando, etc.). Se encuentran comprendidos en el marco de los denominados monumentos arqueológicos prehispánicos. No se requiere un conocimiento exacto de dicha condición, en cuanto a su reconocimiento legal por parte de la entidad competente, bastando para ello la familiaridad de ciertas



características y/o Propiedades del bien, de no ser así, se exigiría un nivel cognoscitivo muy alto, difícil de comprobar en el proceso penal. (p. 771)

A nuestro entender, no podríamos admitir una posible alegación de un error de prohibición, por motivos de orden lógico aun tratándose de un extranjero. Bienes, como los descritos en la presente tipificación penal, por su particular revestimiento cultural, importan un acervo patrimonial que de ninguna manera pueden ser reputados como *res nullius*, es de la idea, que todas las personas saben que los bienes culturales son de propiedad del Estado, por ende, cualquier actividad que repercuta en aquéllos, está condicionada a la expedición de una autorización pública.

Si la autorización estatal estaba en trámite y, el agente creyó equívocamente, que bastaba la iniciación del procedimiento, para poder realizar la excavación y/o exploración, podría ser tratado como un error de tipo. En todo caso, sólo admisible en su versión vencible.

e. Imperfecta ejecución

Según Peña (2009) la perfección delictiva in examine:

Debe partir de la siguiente premisa no se requiere la comprobación de un resultado lesivo, en lo que respecta al objeto material del delito, es decir, no es necesario verificar que el bien haya sido dañado, alterado, modificado y/u objeto de comercio por parte del agente. Resulta suficiente que se revele el inicio de la actividad en cuestión, de que el agente haya emprendido de forma efectiva la acción depredatoria, de haberse asentado en el monumento, de haber efectuado excavaciones o en su defecto, explorado el yacimiento sin autorización de la entidad estatal competente.



Los actos anteriores a la materialización de las conductas típicas, en nuestra opinión constituyen actos preparatorios, en consecuencia, han de ser impune. (p. 772)

2.2.2.2. Verbos rectores en la configuración típica

Los verbos rectores en este tipo de delito Según Peña (2009) son:

- El primer verbo típico que se desprende de la redacción normativa del articulado in examine, hace alusión a “**asentarse**”, que describe la acción de establecerse, afincarse en un determinado lugar, en este caso debe tratarse de un monumento arqueológico prehispánico. Debe consistir en un bien como una ciudadela, que permite la plasmación de la conducta en cuestión, pues si hablamos solo de un monumento no será fácticamente posible su realización típica.
- El segundo verbo típico se define a partir de la acción de “**depredar**” un monumento arqueológico prehispánico. Esta modalidad del injusto típico supone la sustracción total de la riqueza cultural localizada en cierto lugar, propiedad inherente a los denominados huaqueros, quienes saqueaban por completo los restos arqueológicos que encuentran en su paso. Los medios comisivos en esta figura, a entender de la doctrina nacional podrían ser la explotación, en la excavación y remoción, aunque el tipo en comentario equivocadamente les otorga igual de acciones al igual que la depredación.
- **La exploración**, excavación y/o remoción de los monumentos arqueológicos sin autorización. Primero cabe aclarar que la institución competente, para conceder dicha permisión es el Instituto Nacional de Cultura (Ministerio de Cultura), por lo que su simple omisión hace de una actividad ilícita un comportamiento



penalmente prohibido, por ende pasible de ser sancionado con una pena. Importan todas las acciones nucleares las modalidades del injusto típico, que toman lugar en la tipificación penal in comento, cuando el agente en puridad contraviene normas de orden administrativo. Presupuesto de orden formal para la comisión de estos comportamientos típicos, viene informada por la infracción de un precepto extrapenal.

- **Explorar.-** consiste en que el agente ubica el yacimiento arqueológico, hace las diligencias de reconocimiento, registra las características y el valor de los bienes culturales, básicamente el monumento arqueológico prehispánico, en específico la exploración supone la actividad de descubrir algo, de remover todos los obstáculos para alcanzar el descubrimiento de la pieza arqueológica. Para la realización de esta modalidad se requiere de un equipo idóneo para ello, en cuanto a material, planos, exámenes, amén de localizar el lugar exacto donde ha de encontrarse el monumento arqueológico.
- **La excavación.-** importa hacer hueco en el suelo, mejor dicho de penetrar bajo tierra, con el convencimiento de encontrar en su interior los bienes culturales, que se definen en la construcción típica. Hacer en el terreno hoyos zanjas, posos o galerías subterráneas, con el propósito de hallar restos arqueológicos prehispánicos; para tal fin se emplean, palas, picos y otros instrumentos que sean necesarios para extraer los huacos u otros bienes culturales.
- **La remoción.-** ha de ser entendida como la actividad de cambiar una cosa de su sitio, colocándola en otra ajena a su posición original; en el caso concreto, de remover los obstáculos que sean necesarios, para que el agente pueda hacerse sin



problema del bien cultural prehispánico. La remoción se hace sin tomar en cuenta la estratigrafía natural, dañándose en muchos casos el valor cultural que contiene.
(pp. 768-769)

3. La previsión constitucional respecto a los delitos contra el patrimonio cultural

Como norma suprema, la Constitución Política del Perú de 1993, establece la protección del patrimonio cultural de la Nación.

Patrimonio Cultural de la Nación Artículo 21°.- Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

4. Los delitos contra el patrimonio cultural en el derecho comparado

Según Ambos & Urquiza (2016; pp. 50- 54) se toma en consideración estas dos legislaciones por su comparación ulterior con el artículo 226 de código penal peruano.

- Guatemala

Es un país con una riqueza patrimonial cultural, al igual que Perú por lo que rige su” ley para la protección del patrimonio cultural de la nación” en su artículo 44 tipo base netamente con contenido dañoso, destruir, alterar, deteriorar o inutilizar haciendo referencia a la depredación de bienes culturales, otro artículo que también protege es el 46 que sanciona las investigaciones o excavaciones ilícitas, excavaciones arqueológicas sin



autorización. Artículo 55 de la misma forma señala sobre las modificaciones ilícitas de bienes culturales, trabajos de excavación, remoción o rotura de tierras, con fines de modificación del paisaje o alteración de monumentos.

Y por último, tenemos el artículo 82 que regula la usurpación a áreas protegidas, más concretamente este artículo protege a sitios arqueológicos, históricos y zonas arqueológicas sin previa autorización. Así mismo objetivamente sanciona los actos de promover, facilitar o invadir tierras ubicadas dentro del área protegida con el fin de apoderamiento, aprovechamiento o enriquecimiento ilícito con el que debe actuar el agente. (pp.50, 51)

- **España**

En la legislación española, una sanción penal por atentados a los bienes culturales puede venir en consideración, sobre todo, con base en los artículos 323 y 324 del código penal español. En el caso del artículo 323 se trata de un tipo de daños dolosos sobre determinados objetos (archivo, registro, museo, biblioteca) o en general sobre bienes con un valor histórico lo que define la especial amplitud del ámbito del tipo objetivo, sobre todo si se considera que este también incluye como objeto material a los yacimientos arqueológicos. La modalidad imprudente de estos comportamientos esta sancionada de forma independiente en el artículo 324 si bien bajo la ocurrencia de las siguientes circunstancias i) que se trate de un caso de imprudencia grave, y ii) cuando el daño tenga un determinado valor patrimonial superior a los 400 euros. Además de ello, un atentado contra bienes con contenido cultural podría también fundamentar una agravación de las sanciones por otros delitos, como el hurto.



- **Brasil**

La constitución de la república federativa de Brasil de 1988 protege expresamente el patrimonio cultural de la nación, que está desarrollada en varios de sus artículos de la sección II del capítulo II del título VIII específicamente destinada a la cultura. Así mismo Brasil posee un voluminoso cuerpo de leyes destinadas a la protección y lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. El primero en regular esta materia fue el Decreto Ley 25 (hoy modificado por la Ley 13105), por el que se organizó la protección del patrimonio histórico y artístico nacional; actualmente continúa vigente y es una de las más importantes normas de referencia en este campo. Junto a este decreto existen varios repertorios de leyes y decretos que versan sobre la materia. Entre ellos se destacan:

- El Decreto Ley 4146/42, que regula el patrimonio paleontológico nacional.
- La Ley 3924 de 1961 sobre monumentos arqueológicos y prehistóricos. Establece que los monumentos arqueológicos o prehistóricos existentes en el territorio nacional y todos los elementos que se encuentran en ellos quedan bajo el cuidado y protección de las autoridades públicas (art. 1, primer párrafo), y que la posesión y la salvaguarda de los bienes de naturaleza arqueológica o prehistórica son, en principio, facultades inmanentes del Estado (art. 17), y dispone que los yacimientos arqueológicos o prehistóricos no registrados se considerarán, a todos los efectos, como bienes de la Unión (art. 7).
- La Ley 4845 de 1965, que regula la exportación de obras de arte producidas durante el periodo monárquico.
- La Ley 5471 de 1968 sobre la exportación de obras antiguas que integren bibliotecas o colecciones documentales.



La legislación de Brasil en materia de protección del patrimonio cultural comprende, además, el Código Penal (texto según la Ley 7209), el Decreto 6759 que regula en materia aduanera y un amplio número de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas e instrucciones que abordan aspectos específicos.

- **Chile**

La Constitución Política de la República de Chile contempla normas específicas de tutela al establecer en su artículo 19, inciso 10, que corresponde al Estado la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación.

La Ley 17288 de Monumentos Nacionales, modificada por las Leyes 16617 y 16719, regula las cuestiones atinentes a los monumentos nacionales.

Por monumentos nacionales se entienden “los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antro-po-arqueológicos, paleontológicos o de formación natural que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia; los santuarios de la naturaleza; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo”.

Dentro de los monumentos nacionales, esta norma define otras categorías en particular. Entre ellas, la ley menciona los “monumentos históricos”, es decir, los lugares, ruinas construcciones y objetos de propiedad fiscal, municipal o particular que por su calidad e interés histórico, artístico o por su antigüedad sean declarados como tales. De igual manera,



la Ley 17288 define como “monumentos arqueológicos” de propiedad del Estado a los lugares, ruinas, yacimientos y piezas antropo arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional, quedando comprendidas también las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren.

Es preciso señalar que la presente disposición legal no prevé prohibiciones penales en particular respecto al tráfico ilícito de bienes culturales. A pesar de ello, para ciertas conductas que sean cometidas sobre monumentos nacionales, esta ley remite a algunas de las figuras penales básicas contenidas dentro del título de “Crímenes y simples delitos contra la propiedad” del Código Penal chileno.

- **Ecuador**

Entre las principales normas orientadas a la protección del patrimonio cultural se encuentra la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto 26-97, que tiene por objeto regular la protección, defensa, investigación, conservación y recuperación de los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación. El órgano de aplicación, a quien se delegan estas funciones, es el Ministerio de Cultura y Deportes.

En el año 1998 fue reformada por el Decreto 81-98 mediante el cual, entre otras modificaciones, se incorporaron delitos que protegen especialmente el patrimonio cultural.

El régimen legal de protección del patrimonio cultural guatemalteco se conforma, además, con el Código Civil, el Código Penal y un conjunto de leyes que regulan aspectos específicos de la materia.

En consonancia con lo establecido en la norma constitucional, la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural señala que el patrimonio cultural de la nación está conformado por “los



bienes e instituciones que por ministerio de ley o por declaratoria de autoridad lo integren y constituyan bienes muebles o inmuebles, públicos y privados, relativos a la paleontología, arqueología, historia, antropología, arte, ciencia y tecnología, y la cultura en general, incluido el patrimonio intangible, que coadyuven al fortalecimiento de la identidad nacional” (art. 2).

La declaración de un bien, sea de propiedad pública o privada, como patrimonio cultural de la nación se efectúa por acuerdo ministerial previo dictamen del Instituto de Antropología e Historia de Guatemala. La declaración produce diversos efectos legales, entre otros: la inscripción en el Registro de Bienes Culturales y la correspondiente anotación en el Registro de la Propiedad, la obligación del propietario o poseedor de proteger y conservar el bien y comunicar al Registro la pérdida o daño que el bien sufra (arts. 25 y 26).

- **Colombia**

La legislación colombiana protege a su Patrimonio Arqueológico a través de sus diferentes normativas entre ellas destaca. El artículo 4 de la Ley General de la Cultura de 1997 recoge dentro de la definición de Patrimonio, los bienes del Patrimonio Arqueológico y los declara bienes de interés cultural. A continuación el artículo 6 da una definición de Patrimonio arqueológico y declara al Instituto Colombiano de Antropología e Historia como institución responsable de este tipo de patrimonio.

Posteriormente, se publica el Decreto 833 de 2002 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 397 de 1997 en materia de Patrimonio Arqueológico Nacional y se dictan otras disposiciones”. El decreto, reglamenta los elementos que se consideran patrimonio arqueológico, con el propósito de ejercer una mayor protección, conservación,



rehabilitación, divulgación y recuperación del mismo, así como las autoridades son competentes para emitir los criterios pertinentes y para otorgar las autorizaciones necesarias para excavación, exploración, rescate y registro del patrimonio. Finalmente, la Ley 1185 de 2008 reorganiza y actualiza la competencia sobre el patrimonio arqueológico, que recae en su totalidad en el Instituto Colombiano de Antropología e Historia. La propiedad de estos bienes es exclusiva del Estado, de conformidad con los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, que consagran que los bienes del patrimonio arqueológico pertenecen a la nación y que son inalienables, imprescriptibles e inembargables, al igual que los bienes de interés cultural de propiedad de entidades públicas.

- **México**

Entre las principales leyes dirigidas a la protección del patrimonio cultural se encuentra la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas (LFMZAAH), que fue sancionada en 1972 con el propósito de implementar los compromisos internacionales asumidos al suscribir la Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (UNESCO 1970), y suplantó a la Ley Federal del Patrimonio Cultural Nacional de 1968-1970, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) en 1970.

La LFMZAAH regula en materia de monumentos y zonas arqueológicas, artísticas e históricas, y nombra a los bienes paleontológicos como una subcategoría de los monumentos arqueológicos. Reconoce la importancia de la investigación, la protección, la conservación y la restauración de monumentos, así como de su recuperación. La ley es de



interés social y nacional, y su contenido de orden público, por lo que todos los individuos pueden denunciar, (art. 1, LFMZAAH).

Los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles poseen un régimen diferenciado de propiedad y gestión previsto en la LFMZAAH que se complementa con la regulación prevista en la Ley General de Bienes Nacionales (art. 1, LGBN). Son de propiedad de la nación, inalienable e imprescriptible (art. 27, LFMZAAH). En esta categoría se agrupan los bienes muebles e inmuebles, producto de culturas anteriores al establecimiento de la hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, de la flora y de la fauna, relacionados con esas culturas. En sucesivas modificaciones se estableció que las disposiciones relativas a esta categoría se aplican también a los bienes paleontológicos y a los que integran el patrimonio subacuático. Las autorizaciones para realizar la investigación y exploración de los bienes arqueológicos deben ser realizadas por el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) o por instituciones científicas previa autorización del INAH (art. 30, LFMZAAH).



SUBCAPÍTULO III

TUTELA EFICAZ DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DISTRITO

JUDICIAL DE CUSCO

1. El Distrito Judicial de Cusco

El Distrito del Cuzco es uno de los ocho Distritos que conforman la Provincia del Cuzco, ubicada en el Departamento del Cuzco en el Sur del Perú. Limita por el Norte con la Provincia de Urubamba, la Provincia de Calca y la Provincia de Anta, por el Este con el Distrito de San Sebastián, por el Sur con el Distrito de Wanchaq, el Distrito de Santiago y por el Oeste con el Distrito de Poroy y el Distrito de Ccorca. La ciudad del Cusco se caracteriza por ser una ciudad muy pintoresca, a diario recibe a turistas nacionales e internacionales, es un deleite pasear por sus calles empedradas y disfrutar de la hermosa vista de la ciudad tanto de día como de noche (Turismo Cusco, 2021).

Resolución directoral que declara como patrimonio cultural las 2900 HAS de Sacsayhuaman

Declarado como patrimonio cultural de la nación el 22 de diciembre de 1983, por Ley N°23765 y por Resolución Directoral Nacional N° 391/INC – 13 de mayo de 2002 se declara patrimonio cultural al parque arqueológico de Saqsaywuman y por RDN N°829/INC-29 de mayo de 2006 aprueban el plan de delimitación, comprende un área de 2997.256 y un perímetro de 28371.658 m. inscrita en la SUNARP cusco partida N° 11128734.



El PAS alcanzó su mayor esplendor durante el gobierno de los Incas, al ser imaginada como la cabeza de la “CIUDAD PUMA DE CUSCO, símbolo del poder de las Panacas y ayllus reales del Hanan Qosqo, sucesores de Viracocha Ynga, “Pachacuti” o Ynga Yupanqui y Tupa Inga Yupanqui. (Cutura, 2021) . La comunidad Huayllarcocha se encuentra dentro de la jurisdicción del PAS.

2. El delito contra monumentos arqueológicos en el proceso penal

Como se ha explicado antes la sanción que recae sobre el artículo 226 CP solo recae cuando está comprendido un monumento arqueológico prehispánico ósea que tal monumento es un bien con relevancia arqueológica y anterior a la llegada de la civilización española al Perú. Los comportamientos previstos en el artículo 226 CP pueden ser clasificados en dos grupos: comportamiento en el que se exige la ausencia de una autorización y comportamientos en los que no se exige tal ausencia de autorización. En ese entender trataremos de los comportamientos en los que no se exige la ausencia de una autorización.

Primero.- asentarse sobre monumentos arqueológicos prehispánicos, según la lengua española “asentarse” significa situar, fundar un pueblo o un edificio” o como “establecer un pueblo o un lugar” en nuestra realidad peruana lo relacionamos con los casos de invasión informal de terrenos.

El tipo de asentamiento que se requiere en este tipo penal es el de permanente bajo el conocimiento y voluntad de asentarse en un lugar con actos dañosos al monumento arqueológico.

Segundo.- la depredación de monumentos arqueológicos prehispánicos, según el lenguaje castellano depredar significa “robar, saquear con violencia y destrozo” en la literatura



peruana se considera la depredación como “acción final de una cadena de acciones que lesionan el patrimonio cultural, que casi siempre estará precedida por la exploración, excavación y remoción como medios que lo facilitan” (Ambos & Urquiza Videla, 2016, págs. 39-40), lo que se plasmara en el tipo penal 226 CP son los actos netamente depredatorios aquellos que se ejecutan con violencia física y que traigan como consecuencia el deterioro o daño considerable del monumento arqueológico.

- **La comunidad campesina de Huayllarccocha**

Según la Dirección General de Reforma Agraria y asentamiento rural mediante Resolución Directoral N° 277-83-DGRA-AR de fecha 19 de abril de 1983, se ha declarado que el grupo de agricultores sin tierra “HUAYLLARCCOCHA” conformada por 38 comuneros se dio origen con una extensión de 609 hectáreas que corresponde al 21 % del territorio del parque arqueológico, que toda adjudicación de tierras y demás bienes agrarios con fines de reforma agraria se efectuara a título gratuito.

- La comunidad Huayllarccocha se encuentra dentro del Distrito de Cusco, Provincia y Departamento Cusco. Fue reconocida mediante resolución directoral N°0271-84, DRA-XX, de fecha 20 de junio de 1984, siendo declarada oficialmente la existencia legal y personería jurídica de la comunidad campesina Huayllarccocha, inscrita en registro público el día 21 de noviembre de 1984 en el tomo 109, folio 99, numero 712.

3. La prueba idónea en los delitos contra monumentos arqueológicos

Sobre la prueba pericial, Garcia (2019) refiere que:



Un aspecto de relevancia sobre este tema, es que si bien el principio de libertad probatoria permite presentar cualquier tipo de prueba obtenida legalmente, aquí evidentemente se encuentra de por medio la credibilidad del tipo de perito. Un perito institucional, solicitado por el Ministerio Público o el Tribunal, tendrá más credibilidad que uno aportado por una de las partes ya que ordinariamente el perito responderá a los intereses de la parte contratante.

Es más, la misma autora señala que:

Es natural y propio del principio de contradictorio, que una de las partes, sea o no el imputado, no presente un peritaje que le sea desfavorable. Incluso, en el caso de la defensa, sería ilegal que presente a un perito de parte que afecte al imputado, atentando contra el derecho constitucional a no incriminación y al derecho de defensa como tal.

(p. 14)

- **Pericia de parte**

Dentro del plazo de 5 días puede nombrar el imputado o el agraviado a un perito, en cuyo caso recibe la denominación de perito de parte (artículo 177 del NCPP) (Espinoza Ramos, 2020).

El perito de parte no está adscritos a la administración de justicia, se incorpora a una causa luego de ser nombrado por una parte, por medio de su abogado particular. Es más se tiene que los peritos de parte son profesionales “expertos” propuestos por una parte (querrela o defensa) para declarar no sólo sobre los resultados de las pruebas o análisis (“hechos”), sino también a dar una opinión sobre el significado de esos resultados.



Los peritos de parte son ofrecidos por las partes en la investigación o el juicio como resultado de su conocimiento relevante sobre los problemas de un caso. Este perito puede ser designado por cada parte en litigio. Aunque las partes pueden nombrar un perito conjunto, normalmente cada parte nombra el suyo.

El perito de parte percibe un honorario fijado por un contrato privado con la parte que lo contrata, ya sea estudio jurídico, abogado o persona particular. La forma y monto de los honorarios varía según el caso y se acuerda de modo privado entre el perito y el cliente que lo contrata (Castro, 2021).

- **Pericia de oficio**

El perito oficial es un empleado permanente de la justicia que se encuentra trabajando en relación de dependencia del poder judicial, de quien cobra su sueldo mensualmente. Este sujeto procesal es designado por el juez o fiscal este recibe el nombre de perito oficial o perito de oficio (artículo 174 del NCPP)

. Estableciéndose de las normativas procedimentales que el juez designará al perito, perteneciente a la lista de Auxiliares de la Justicia, o pertenecientes a Instituciones Públicas o Privadas reconocidas, y definirá el cuestionario que debe responder el perito, dentro de un término prudencial.

- **Prueba obtenida de los informes de la DDC - Ministerio de Cultura**

Informe técnico

Dentro de la investigación se ha podido obtener algunos ejemplares de informes emitidos por la DDC frente a la apertura del proceso administrativo sancionador, por la afectaciones



contra el patrimonio arqueológico, del cual se puede desprender que este informe como su nombre mismo lo indica “INFORME TECNICO” desarrolla en el punto VI. Evaluación del daño causado 1) evidencias arqueológicas afectadas, en el que concluye “que por la ejecución de excavación y remoción de suelos, se ha perdido la información del registro arqueológico (grafico, fotográfico y los contextos arqueológicos del subsuelo (estratigráfica). La volumetría de la edificación ha generado alteración del paisaje natural y cultural del parque arqueológico de Saqsaywaman”.

Analizando dicha conclusión y comparando con el tipo penal del artículo 226 del CP. No se evidencia ni acredita el daño ni la existencia de algún monumento arqueológico ya sea un muro inca, andenes, cerámicas, viviendas pre hispánicas, etc. Que se haya dañado con la construcción de la vivienda mas solo hace referencia a la alteración del paisaje natural lo que no engloba el tipo penal 226 puesto que solo regula atentados contra monumentos arqueológicos prehispánicos.

Dichos informes técnicos son llevados y presentados como medios probatorios de parte del DDC como si tuviera la misma calidad de un dictamen pericial, lo cual es totalmente erróneo que un informe técnico tenga la misma valoración que un dictamen pericial realizada por un experto (perito) en la materia, como se puede apreciar de los conceptos que determina que un informe, es una ilustración, cuya finalidad es que el fiscal comprenda la naturaleza de la constitución o funcionamiento de determinados temas jurídicos complejos objeto de investigación.

Mientras que el dictamen pericial, es la opinión de un experto en la materia, procede siempre que, para la explicación y mejor comprensión de un hecho, se requiera conocimientos especializados de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia



calificada, contiene recomendaciones sobre las acciones a tomar para solucionar los posibles daños detectados. Esta opinión no puede ser bajo ningún concepto subjetiva y arbitraria sino que debe estar debidamente fundamentada en los hechos y pruebas expuestas en el informe, así como en los conocimientos profesionales del perito.

- **Prueba de oficio (facultad discrecional)**

Que, ahora bien, la prueba de oficio, como tal y según el artículo 385, numeral 2 del Código Procesal Penal, es considerada por la gran mayoría de los doctrinarios como una facultad, es decir, hablamos de un poder discrecional que se le otorga al juez para que este actúe nuevos medios probatorios, rescatamos ello, determinando que la iniciativa probatoria del juez es un poder discrecional. Lo que tal vez en la tesis no ayuda mucho con respecto a los dictámenes periciales que se presenta de parte, en los casos que se presentó no se tomó en consideración dicha prueba bajo este pretexto que es una facultad discrecional del juez. Pero lo que sugerimos es que en especial en los casos atentados contra monumentos arqueológicos el juez pueda decretar oficiosamente toda clase de pruebas que estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos que interesen para determinar la afectación al patrimonio cultural.

Como señala Taruffo (2013), mencionado por Muñico & Otros (2017) “La averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión, ya que ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una averiguación falsa o errónea de los hechos relevantes” (p. 76); si bien es cierto, no siempre se llega a la verdad absoluta, sí podemos hablar de una verdad probada, de manera que el juez fundamente la decisión en una reconstrucción de los hechos relevantes, obviamente, con base en la evaluación racional de las pruebas. Y que no solo se base en los informes emitidos por el DDC, declaraciones



de testigos como los trabajadores de MCC, arqueólogos, cuidantes y policías, así como también los presentados por el MP que solo se basan en las actas de constatación policial, las actas de inspección fiscal, solicitudes, planos y resoluciones. Que ninguno de dichas pruebas puede determinar la afectación al monumento arqueológico por lo que el juez cuando se encuentre frente a pruebas insuficientes, él debe incorporar pruebas de oficio que le permitan tomar una decisión.

La prueba de oficio es una herramienta que ayuda a todo operador de la justicia a tomar una decisión justa, una decisión que sea honorable de un representante del Estado porque ese es su deber, no reemplaza en ningún momento a las partes. Por consiguiente el uso de esta facultad del juez es pertinente para llevar a cabo un buen análisis del acervo probatorio frente a los delitos de atentados contra monumentos prehispánicos que le llevara a la verdad del proceso (si realmente se atentó o no contra algún monumento arqueológico), pues con la pericia se complementa las capacidades del juez, que ahondan tanto su experiencia como su conocimiento al poder pedir de oficio pruebas que considere pertinentes para su esclarecimiento de hechos, está buscando tener las herramientas necesarias para el análisis de una mejor decisión que le ayudara a fundamentar su decisión.

4. La indeterminación del bien jurídico protegido (monumento arqueológico)

El objeto de la acción dentro del bien jurídico protegido de los atentados contra los monumentos arqueológicos deben recaer sobre los “monumentos arqueológicos prehispánicos, por lo que se materializa con la afectación a estos. La referencia conceptual de monumento solo existe en el artículo 226 del código penal mientras que su título VIII hace mención a los bienes del patrimonio cultural prehispánico regulado en el artículo 228.



Nuestra legislación peruana no realiza una definición precisa de lo que debe entenderse por monumento. Lo que dificulta determinar si realmente se afecta un monumento arqueológico propiamente dicho o zonas declaradas como patrimonio cultural que dentro de ellas no existen monumentos arqueológicos. La ley 28296 “ley general del patrimonio cultural de la nación” hace referencia a objetos de “naturaleza monumental” mas no define lo que es un monumento arqueológico en sí, solo se limita a clasificar entre bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la nación bajo la denominación de “conjuntos monumentales”.

De la misma forma tampoco se define que es un monumento en su decreto supremo N° 011-2006-ED “Reglamento de la ley general de patrimonio cultural de la nación” solo deja claro que los monumentos son parte integrante de bienes del patrimonio cultural nacional. Lo cual es insuficiente para una definición precisa que se deba entender por monumento arqueológico ocasionando una imprecisión en la extensión y por lo tanto la delimitación del monumento arqueológico. Si también se deberían considerar los elementos vecinos o adyacentes o cercanos al monumento en sí mismo o no, puesto que por definición estas no formarían parte del monumento arqueológico en el tipo penal que sanciona estos delitos.

Según (Ambos & Urquiza Videla, 2016, pág. 34) señala que “para la configuración del delito penal contra los atentados contra los monumentos arqueológicos debería concurrir tres elementos (arqueológico, prehispánico, patrimonio cultural) mediante las tres características podrá hablarse de un objeto material relevante en el sentido del artículo 226 CP.



2.3. Definición de términos

Cultural: Según la DRAE (2021) la palabra cultural adj. “Perteneiente o relativo a la cultura”. La palabra cultura deviene del

Resultado o efecto de cultivar los conocimientos humanos, y de afinarse por medio del ejercicio las facultades intelectuales del hombre. J. C. Smith advierte que el vocablo *cultura* presenta dos aspectos: uno *amplio y general*, referido a un cierto refinamiento de un individuo, de un grupo social o de un pueblo en sus costumbres y modalidades, así como también a la riqueza y extensión de su saber, y otro *estricto* v específico. Que alude a la realidad del mundo espiritual de las ciencias culturales que el hombre se crea por medio de las acciones y reacciones que se dan en el sobrevenir. (Osorio, 2011)

Delito: Según Osorio (2011):

Son varias las definiciones que en la doctrina y en algunos códigos penales se han dado *al delito*. Recogiendo la de Jiménez de Asúa, se entiende por tal “el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”. En consecuencia, según ese mismo autor, las características del *delito* serían: actividad, adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad.

Monumento: según la UNESCO 1972, son obras arquitectónicas, de escultura o de pinturas 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.

Patrimonio: Según Osorio (2011):

En una definición más jurídica, el *patrimonio* representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero.

Prueba: Según Osorio (2011):

Conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas. Las *pruebas* generalmente admitidas en las legislaciones son las de *indicios* (v.), la *presunción* (v.) y especies, la *confesión en juicio* (v.), la de informes (v. PRUEBA DE INFORMES); la instrumental. Llamada también documental (v. INSTRUMENTOS, PRUEBA INSTRUMENTAL); la testimonial (v. DECLARACIÓN. PRUEBA TESTIFICAL o TESTIMONIAL), la pericial (V. PERITO, PRUEBA PERICIAL).

Sistema: Según Osorio (2011) la palabra sistema esta compuesta por aquel “conjunto de principios, normas o reglas, enlazados entre sí, acerca de una ciencia o materia. | Ordenado y armónico conjunto que contribuye a una finalidad. | Método. | Procedimiento. | Técnica. | Doctrina (*Dic. Der. Usual*)”.



Valoración de la prueba: Según Osorio (2011), esta se refiere “en cuanto a su apreciación en juicio, por el juez o tribunal que haya de resolver, v. LIBRE CONVICCIÓN, PRUEBA LEGAL, SANA CRÍTICA”.

2.4 Formulación de hipótesis

La valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural permite su tutela eficaz en el Distrito judicial de Cusco, debido a que este al ser obtenido de forma legal sea a través de la investigación o de forma oficiosa en juicio, conlleva a determinar la responsabilidad certera del agente y con ello la persuasión frente a futuras comisiones de hechos ilícitos de similar naturaleza.



2.5 Categorías de estudio

CATEGORIAS	SUBCATEGORIAS
C1: VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS	<ol style="list-style-type: none">1. Concepto2. Regulación3. Sistemas de valoración
C2: PATRIMONIO CULTURAL	<ol style="list-style-type: none">1. Concepto2. Regulaciones3. Clasificación
C3: DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	<ol style="list-style-type: none">1. Concepto2. Delito contra el patrimonio cultural3. Atentados contra patrimonio cultural



CAPÍTULO III

MÉTODO

3.1 Diseño

Tipo

Conforme a la naturaleza jurídica esta investigación es de tipo **Socio Jurídico**: Debido a que se utiliza un “conjunto de supuestos epistemológicos e instrumentos metodológicos que se para formular el derecho a partir de una construcción fáctica del mismo” (Giraldo, 2012), lo que permite abordar el problema social de la valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural desde una perspectiva jurídica y entorno a ello conocer si existe una adecuada tutela eficaz en el Distrito judicial de Cusco.

En el mismo tenor, según su propósito esta tesis es de tipo **aplicada**, ya que permitió “la búsqueda y aplicación o utilización de los conocimientos adquiridos” (Murillo, 2008) para de esta forma aplicarlos en provecho de los grupos que participan en dicho proceso y en la sociedad en general, además del bagaje de nuevos conocimientos (Vargas, 2009), entorno a ello, conocer la valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural y como este permite su tutela eficaz en el Distrito judicial de Cusco.

Nivel

Esta investigación se condujo en un nivel **Descriptivo - explicativo**, ya que describe y explica (Hernández y Otros, 2014, pp. 92-95) la valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural y como esta permite su tutela eficaz en el Distrito judicial de Cusco.



Enfoque

En esta tesis se ha utilizado el enfoque **Cualitativo**, lo que ha permitido partir con una teoría, para luego confirmar está, apoyándola con los datos y resultados (Hernández y Otros, 2014, p. 8) obteniéndose así una teoría sobre la valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural y como esta permite su tutela eficaz en el Distrito judicial de Cusco.

3.2 Población y muestra

a. Población

La población estará conformado por las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia en materia penal de la ciudad de Cusco.

b. Muestra

La muestra a utilizar en la esta investigación estará conformado por una muestra no probabilística a elección del investigador.

3.3. Diseño muestral

- Muestra no probabilística.

3.4. Técnicas para la recolección de datos

- Análisis documental
- Análisis bibliográfico



3.5. Descripción de los instrumentos.

- Ficha de análisis documental
- Ficha de análisis bibliográfico

3.6. Técnicas estadísticas para el procesamiento de la información

No se utilizara ninguna técnica estadística para el procesamiento de los datos de conformidad con la metodología de la presente investigación.



CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS

4.1. Resultados

a. Resultados derivados de la fuente bibliográfica

- **Valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural y la tutela eficaz en el Distrito judicial de Cusco**

Según la investigación y el análisis realizado, la valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural y su tutela eficaz en el Distrito Judicial de Cusco es deficiente; para ello se ha tomado en cuenta, las sentencias analizadas; los que en la mayoría de los casos la fiscalía tipifica la conductas realizadas por los comuneros de Huayllarccocha en excavar, asentarse y remoción de monumento arqueológico sin autorización, si bien es cierto la conducta de los comuneros encaja en los verbos rectores ya mencionados pero, estos no se comprobaron si con la acción se ha afectado realmente un monumento arqueológico.

Ordaya Huaman, refiere que los **Monumentos arqueológicos prehispánicos** son los bienes inmuebles, de carácter material, de naturaleza predial que constituye evidencia de la actividad humana de época prehispánica, que le otorga el valor cultural digno de protección, promoción, registro y difusión. Se deja en claro que necesariamente los monumentos tienen que ser de carácter material y de naturaleza predial, ósea que a simple vista de cualquier ciudadano o arqueólogo sea evidente un muro inca, cerámicas, andenes, piedras y vivienda



arqueológica, ect. Y que estos mismos sean afectados, dañados irreparablemente por las acciones de los comuneros subsumidos en las diferentes modalidades de los verbos del tipo penal del artículo 226 del CP que exige.

Frente a estos casos, el MCC con la finalidad de acreditar los daños en la mayoría de los casos solo presentan informe que son realizados por los mismos trabajadores arqueólogos quienes, concluyen que solo realizaron inspección ocular superficial que la mayoría de las construcciones de las viviendas de adobe “al momento de realizar las remociones de tierra destruyen la configuración estratigráfica del suelo el cual afecta el paisaje de un bien patrimonial” pero, recordemos que el tipo penal no se refiere a la afectación del paisaje de un patrimonio, si no a atentados contra un monumento arqueológico lo cual, el juez no toma en cuenta estas diferencias en la etapa del juicio.

Mas solo se basa en los informes presentados por el MCC, que no reúnen las características mínimas de una prueba pericial puesto que, son emitidos en muchas ocasiones por bachilleres arqueólogos trabajadores del MCC, es así que el juez debería realizar contrastaciones con una prueba pericial emitida por un perito acreditado y a su vez valoradas por el mismo juez; según refiere Salinas (2020) la valoración consiste “en una operación intelectual realizada por el juez si los hechos y afirmaciones alegadas por las partes ha sido corroboradas”. Acciones que no toma en cuenta el juez en los casos analizados no requiere ninguna pericia de oficio para poder aplicar en sus sentencias la sana crítica, principios de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia para comprobar si realmente se ha afectado un monumento arqueológico o no, en la mayoría de los casos prejuzga tan solo por encontrarse la vivienda cerca de un centro arqueológico o que este dentro de una zona declarada como patrimonio cultural lo cual no demuestra la afectación



al monumento arqueológico con la construcción de la vivienda de los comuneros de Huayllarccocha.

- **El objeto de la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural**

Según refiere Obando (2013) el objetivo de la prueba pericial, consiste en “la averiguación de la verdad el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial”, es más, el maestro Michele Taruffo señala que el juez es el único que tiene la obligación de descubrir la verdad a través de los medios de prueba presentados produciendo en el juzgador la convicción o certeza sobre los hechos afirmados por las partes. Este objetivo solo se llegara a completar siempre en cuando se valore una prueba pericial emitida por un perito acreditado quien determinara la afectación de daño causado a un monumento arqueológico prehispánico.

Lo cual no se ha verificado en las diferentes sentencias emitidas por el juez, lo más justo y razonable sería que, el juez solicite una pericia en el lugar de los hechos por expertos en la materia y valorar la conclusión emitida por los peritos arqueólogos acreditados, ya que al ser presentados las pericias de parte el juez no toma importancia a los mismos no los considera para la sustentación de la sentencia que en la mayoría son condenatorias como es un claro ejemplo en el expediente 1575-2016 se presentó un peritaje de parte donde se concluye que, no se llegó a afectar ningún monumento arqueológico desvirtuando la teoría de la fiscalía, pero no genero impacto en el juez por lo que, no valoro ni tomo en consideración las recomendaciones que señala el perito para poder evitar posibles afectación a los monumentos y al paisaje natural del patrimonio del PAS, evitando conflictos futuros con la comunidad de Huayllarccocha.



Es más, se aprecia que en un 80% de las construcciones de viviendas se siguen un proceso judicial por este tipo penal “atentados contra monumentos arqueológicos” y las sanciones del proceso administrativo sancionador del Ministerio de Cultura que por el solo hecho de construir sus viviendas sin autorización fueron sancionados injustamente no siendo correcto sentenciar a personas inocentes sin que antes se haga una pericia de ambas partes y que el juez analice de manera individual la prueba y luego relacionarlas en conjunto y determinar la magnitud del daño causado al monumento arqueológico y en base a ello tomar una decisión justa y verídica haciéndose una proyección a futuro porque la zona de la comunidad de Huayllarccocha a pesar de ser declarado una zona de patrimonio cultural también ha sido habilitada para ser zona urbana desde el momento que se instalaron los servicios básicos lo cual se debió prever en su momento y no permitir el acceso ni de carreteras, pistas ni vehículo lo cual ya altera el paisaje natural.

- **Criterios adoptados por el juez al momento de valorar la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural**

En base a la doctrina desarrollada en el capítulo I pagina 49 de la tesis, se menciona a la valoración de la prueba y las etapas del proceso específicamente la etapa del juzgamiento que nos interesa más por su relevancia con la valoración de la prueba pericial donde se analizara las pruebas que fueron admitidas al proceso de las cuales el juez adoptara criterios en los que basara el fundamento de su sentencia ya sea condenando o absolviendo al acusado, en ese entender tras realizar los análisis de los casos se determina que el juez en algunos casos basa su sentencia en el solo hecho de remover tierra y que con ello se dañó un monumento arqueológico lo cual nunca se ha probado fehacientemente bajo una prueba pericial más a un que el juez considera el verbo rector de remoción de tierra que nada tiene



que ver con el verbo remoción de monumento arqueológico que exige la norma penal para que configure el tipo penal.

A pesar de ello, los jueces confunden los conceptos de remoción de tierra que realizan los comuneros para construir su cimentación de sus viviendas con dicha acción no se afecta ningún monumento, por otra parte también se ha verificado que los jueces toman el criterio de excavar para sustentar sus sentencias verbo rector del tipo penal que no se logró acreditar en ninguno de los casos puesto que, según la doctrina este verbo hace referencia a realizar un hueco en el suelo, penetrar bajo tierra con el convencimiento de encontrar en su interior bienes culturales o piezas arqueológicas.

Muy claramente se indica, que el objetivo de quien excava es encontrar piezas arqueológicas, como se recalca la finalidad de los comuneros nunca fue dañar algún monumento arqueológico mas solo realizan excavaciones para las cimentaciones de sus viviendas y a pesar de ello el juez no realiza la distinción entre el querer dañar y el solo hecho de construir una vivienda sin afectación arqueológica no comprobada por algún medio de prueba pericial. También se verifica que en la mayoría de los casos el Ministerio Publico funda su teoría del caso en las remodelaciones de viviendas que realizan los comuneros sin autorización previa indicando que atentan contra el paisaje natural, pero no toman en cuenta que el tipo penal solo acepta que se afecte monumento prehispánico mas no construcciones que se realizaron después del incanato, viviendas de comuneros que no reúnen las características de prehispánicos por lo tanto ellos realizan sus remodelaciones justa y necesarias para mantener en pie sus viviendas de adobes circunstancia, hechos y motivos que no toma en cuenta el juez ni valora al momento de emitir su sentencia condenatoria.



- **La utilización de la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural.**

a. Utilización

De los 09 casos analizados solo se ha podido verificar que en un solo caso se realizó la prueba pericial de parte, la misma que no fue evaluado ni tomado en consideración por el juez al momento de valorar los medios de prueba presentados por la parte imputada desvirtuando las acusaciones del Ministerio Público y del MCC y demostrando que no había ninguna afectación a algún monumento arqueológico con la construcción de su vivienda; empero, injustamente fueron sentenciados.

b. No utilización

Se ha verificado que respecto al delito contra el patrimonio cultural sub tipo atentados contra monumentos arqueológicos; en los procesos que se encuentran con sentencias condenatorias (en perjuicio de los comuneros de la comunidad de huayllarcocha), el poder judicial de Cusco y los jueces que lo conforman, al tomar conocimiento de estos tipos de casos en sus despachos y luego de ser analizados para emitir una decisión -nunca utilizaron la prueba pericial-. más aún, si se tiene en mente que este tipo penal requiere del asesoramiento de personas expertas o especializadas en tales asuntos, para así de forma eficiente demostrar el daño realmente a un monumento arqueológico.

Si bien, el juez tiene toda la potestad de poder solicitar un perito quien será la persona que le auxiliara al juez con la formulación de su dictamen luego de examinar a las personas o cosas que tuvieron que ver con la perpetración del delito contra monumentos arqueológicos; necesariamente estos deben estar inscritos y acreditados por el poder judicial, no como se ha observado en los casos de los trabajadores del MCC quienes son arqueólogos mas no



son peritos acreditados emiten sus informes basándose solo en una inspección ocular superficial, lo cual no reúne los criterios mínimos de una prueba pericial. Conforme lo menciona Aguila & Calderon “el dictamen pericial es el resultado de la deliberación entre los peritos sobre el objeto que fue materia de examen”. Este documentó consta de tres partes: el estudio o examen del objeto de la pericia, el análisis y las conclusiones.

En esta última parte aparecen las conclusiones de los peritos: por lo que sería correcto realizar un peritaje y no dejarse llevar ni conformarse solo con los informes, declaraciones, actas, constataciones e inspecciones oculares que presenta el Ministerio Público y solo son valoradas dichas pruebas de los cuales son insuficientes para que el juez pueda aplicar su sana crítica y analizar a fondo su capacidad de análisis utilizando el método analítico estudiar la prueba individual y en conjunto relacionarla al caso en concreto apreciar la prueba debiendo ser racional, proporcional y razonable plasmadas en la máxima de su experiencia.



b. Resultados del análisis documental

Ficha de análisis N° 1

<p>DATOS</p>	<p>Exp. N° : 28-2014-83-1001-JR-PE-05 Delito : Atentado contra monumentos arqueológicos Juzgado : Segundo Juzgado Penal Unipersonal Resolución: N° 31 de fecha 31 de agosto de 2017</p>
<p>HECHOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Conforme a las características de la vivienda de la acusada y su declaración existe una negación a la existencia de monumentos o muros incas en la zona donde vive. - Según lo señalado por el arqueólogo que labora en el Ministerio de Cultura tras la supervisión del lugar de la vivienda, se concluye que no existe uniformidad entre lo que dijo en juicio (que en el lugar había restos de cerámica) con lo señalado en su informe (remoción de suelos). - Entorno a la declaración de la geóloga que labora en el Ministerio de Cultura, quien verifico en tres oportunidades el desarrollo de la construcción, no hace mención haber encontrado restos de cerámicas, muros u otros elementos líticos, tampoco advierte la destrucción de algún muro inca, cerámicas, camino inca, andenes u otro. - En relación a la declaración testimonial del sub oficial (constatación policial) este da cuenta que no anoto haber encontrado restos arqueológicos u otros de similar naturaleza mas solo remoción de tierra. - Por último, en referencia a la constatación fiscal policial no se hace constar la existencia de restos arqueológicos, muros incas o pre-incas, andenes u otros. <p>Interpretando el tipo penal previsto en el art- 226 el CP., se tiene que si bien la acusada construyo su vivienda sin autorización de la entidad, no se demostró que en lugar haya existido un monumento arqueológico prehispánico, es decir falto demostrar la existencia en esa zona de un elemento del tipo penal (objeto del delito) que es el monumento prehispánico.</p> <p>Decisión: Se absuelve de acusación fiscal como coautor a los encausados.</p> <p>Aspectos a tomar en cuenta:</p>



	<ul style="list-style-type: none">- Aplicación de criterios- Utilización de las pruebas- Valoración de la prueba.
ANÁLISIS	<p>En el presente caso se verifica la aplicación del criterio normativo, puesto que el ministerio público en la acusación no demostró el elemento objetivo configurativo del delito, consistente en algún monumento arqueológico. Por lo que la falta de dicho elemento del tipo penal, es que el juez falló a favor de la acusada. Del mismo modo se tiene que el juez utilizó la prueba documental y testimonial, ello verificado en las actas de constatación y las declaraciones tanto de trabajadores del Ministerio de Cultura como de la acusada y del sub oficial de la PNP. En dichos documentos no se apreció o indicó que con la construcción realizada por la acusada existía la afectación de algún monumento arqueológico. Frente a ello, tras la realización de las debidas declaraciones en juicio se pudo colegir que efectivamente no se afectó monumento alguno.</p> <p>Es así que se dio una valoración individual de la prueba para luego llevar cabo la valoración conjunta, adoptando un criterio racional a través de la libre convicción, ya que se ha evaluado lo vertido en la acusación con las pruebas actuadas en juicio, corroborando eficazmente la inexistencia de afectación o la improbanza de los hechos señalados por el Ministerio Público.</p> <p>No se verificó la aplicación de la prueba pericial.</p>



Ficha de análisis N° 2

<p>DATOS</p>	<p>Exp. N° : 01737-2014-51-1010-JR-PE-04 Delito : Atentados contra monumentos arqueológicos Juzgado : Juzgado Penal Unipersonal-Itinerante a Cusco (Calca) Resolución : N°10 de fecha 24 de setiembre de 2019</p>
<p>HECHOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> - De acuerdo a lo previsto por los acusados la construcción de su vivienda de adobe ya existía solo realizaron trabajos de remodelación no afectando ningún resto arqueológico toda vez al no existir nada alrededor de su casa más que terrenos de cultivo y otras viviendas que están habitadas. - Según declaración del acusado solicito autorización ante el representante del Ministerio de Cultura Cusco, mediante oficio N° 367-2014-DDC-CUS/MC de fecha 14 de marzo de 2014, quien NO responde con claridad con un NO imperativo, el cual no le niega más bien le dice que por el momento no podría evaluar hasta la conclusión y aprobación del plan específico de la comunidad campesina Huayllarccocha, estas respuestas son evasivas y no tienen ningún sustento normativo incurriendo así en omisión de sus funciones lo cual les permitió a los acusados continuar con la remodelación de sus viviendas que ya existían anteriormente, no teniendo conocimiento de las prohibiciones ni limitaciones del derecho de propiedad por parte del Ministerio de Cultura Cusco. - En relación a la declaración testimonial del sub oficial acta de constatación policial, anota que los acusados realizaron trabajos de remoción de suelos por la apertura de zanjas y elaboración de adobes, en ese entender no se verifico restos arqueológicos u otros de similar naturaleza que realmente se haya dañado o extraído. - Desarrollando el tipo penal previsto en el art-226 del CP., se tiene que si bien los acusados removieron el suelo para la elaboración de adobes y remodelar su vivienda que ya existía antes, no se demostró que en el lugar haya un monumento arqueológico prehispánico, es decir falto demostrar la existencia en esa zona de elementos objetivos y subjetivos que exige el delito de asentamiento en monumentos arqueológicos prehispánicos. <p>Decisión: Se absuelve de la acusación fiscal como autores a los acusados.</p> <p>Aspectos a tomar en cuenta:</p>



	<ul style="list-style-type: none">- Auténticos actos de prueba- Principio de libre valoración- Juicio sobre la prueba
ANALISIS	<p>En el presente caso analizado se verifica la aplicación del criterio normativo, ya que el Ministerio Público presentó pocos documentos en la acusación no logrando demostrar el elemento objetivo y subjetivo configurativo del delito, al no presentar más pruebas al respecto si se había realizado algún otro trámite administrativo, tampoco se sabe si habría logrado construir la vivienda, si se trataba de una remodelación o una construcción nueva para lo cual se requería de estudios previos, de exploración arqueológica y descarte de presencia de bienes culturales lo cual no se realizó.</p> <p>Por lo que ante la falta de dicho elemento del tipo penal, es que el juez fallo a favor de los acusados. Del mismo modo se tiene que el juez utilizó la prueba documental y testimonial, ello plasmado en la acta de constatación policial y las declaraciones de los efectivos policiales y de los acusados. En dicho documento no se verificó o indicó que con la remodelación que realizó el acusado existía la afectación de algún monumento arqueológico. Frente a ello, tras la realización de las debidas declaraciones en juicio se pudo corroborar que no afectó monumento alguno como requiere el tipo penal.</p> <p>Es así que se dio una valoración individual de la prueba para luego llevar a cabo la valoración conjunta, adoptando un criterio racional a través de la libre valoración, ya sea evaluando lo vertido en la acusación con las pocas pruebas actuadas en juicio, corroborando eficazmente la inexistencia de afectación o la improbancia de los hechos señalados por el Ministerio Público.</p> <p>No se verificó la aplicación de la prueba pericial de ningún tipo.</p>



Ficha de análisis N° 3

<p>DATOS</p>	<p>Exp. N° : 00725-2015-82-1001-JR-PE-06 Delito : Atentados contra monumentos arqueológicos Juzgado : Primer Juzgado Penal Unipersonal-PRC. COMUN Resolución : N°15 de fecha 21 de enero de 2018</p>
<p>HECHOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Según lo señalado por la acusada reconoce haber construido su vivienda y elaborado adobes sin autorización, pero no acepta los cargos por el delito de atentados contra monumento arqueológico. Porque en ningún espacio de su lote existe algún monumento prehispánico. - Según lo señalado por el arqueólogo del Ministerio de Cultura tras la supervisión del lugar de la vivienda, se concluye que altero el entorno del parque arqueológico de Sacsayhuaman a causa de la apertura de la zanja, con lo cual no deja en claro si la alteración del entorno es por la apertura de la zanja o es como señala el Ministerio Público por la construcción de su vivienda, que se alteró el paisaje, estando claro que existe una contradicción de las partes agraviadas. - Según referencia de los vigilantes y conservadores del Ministerio de Cultura, quienes notificaron en dos oportunidades a la acusada para la paralización de la construcción, no hacen mención haber encontrado restos de cerámica, de muros u otros elementos prehispánicos, tampoco advierten que sacaron algún objeto de valor cultural con la apertura de la zanja. - Por último, en referencia al acta de inspección policial no se hace constar que existía evidencia de restos arqueológicos, muros incas o pre-incas andenes u otros. - Desarrollando el tipo penal previsto en el art-226 del CP., se tiene que si bien la acusada construyo su casa y elaboro adobes, no se demostró que en el lugar haya un monumento arqueológico prehispánico, es decir falto demostrar la existencia en esa zona de elemento objetivos que exige el delito de realizar excavaciones en monumentos arqueológicos prehispánicos. <p>Decisión: Se condena a la acusada como autora del delito de atentados contra monumentos arqueológicos.</p> <p>Aspectos a tomar en cuenta:</p>



	<ul style="list-style-type: none">- Auténticos actos de prueba- Principio de libre valoración- Juicio sobre la prueba
ANALISIS	<p>En el presente caso analizado no se verifica la aplicación del criterio normativo, ya que el Ministerio Publico presento solo pruebas basadas en las declaraciones del arqueólogo del Ministerio de Cultura de Cusco que se contradice con lo expuesto por el Ministerio Publico, puesto que le atribuye a la acusada la modalidad de excavar restos arqueológicos , tomando en cuenta el verbo hace referencia a realizar un hueco en el suelo, <u>penetrar bajo tierra con el convencimiento de encontrar en su interior bienes culturales o piezas arqueológicas</u>. Lo cual nunca se logró demostrar que con la excavación de la zanja se haya afectado algún monumento arqueológico o se haya encontrado algún objeto lítico.</p> <p>Ya que el tipo penal según el Ministerio Publico para la configuración se requiere que se afecte mediante la excavación algún monumento arqueológico como asevera el fiscal en su teoría del caso basándose en la prueba testimonial y oral ello plasmado en la acta de constatación policial y las declaraciones de los trabajadores del Ministerio de Cultura y del arqueólogo. En dicho documento no se verifico o indico que con la construcción de la vivienda o la apertura de una zanja que realizo la acusada se afectó un monumento arqueológico no siendo suficiente para probar ya que este tipo de delitos requiere de estudios previos, de exploración arqueológica y descarte de presencia de bienes culturales lo cual no se realizó.</p> <p>Del mismo modo se tiene que el juez no realizo una valoración individual de la prueba para luego llevar a cabo la valoración conjunta, no adopto un criterio racional a través de la libre valoración, ya sea evaluando lo vertido en la acusación con las insuficientes pruebas actuadas en juicio, no corrobora eficazmente la existencia y afectación de los hechos señalados por el Ministerio Publico.</p> <p>No se verifico la aplicación de la prueba pericial de ningún tipo. Medios de prueba insuficientes inadecuadas para el tipo penal.</p>



Ficha de análisis N° 4

<p>DATOS</p>	<p>Exp. N° : 01290-2016-20-1001-JR-PE-02 Delito : Atentados contra monumentos arqueológicos Juzgado : Juzgado Unipersonal –Flagrancia, CAF Y CEED Sede Central Resolución : N°29 de fecha 28 de octubre de 2019</p>
<p>HECHOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Según las características de la vivienda de la acusada y su declaración indica que no realizo alguna construcción solo realizo remodelaciones porque su vivienda presentaba rajaduras y este era un riesgo para sus hijos, pese haber solicitado la autorización al MCC, es más el Municipio instalo agua, luz y desagüe y nadie le sanciono, por lo tanto no acepta los cargos incriminados. - Conforme lo señalado por el arqueólogo del Ministerio de Cultura tras la supervisión del lugar de la vivienda, indica que solo encontró a 4 personas trabajando en la construcción excavando y removiendo tierras y que efectivamente la vivienda presentaba rajaduras, no hacen mención haber encontrado restos de cerámica, de muros u otros elementos prehispánicos, tampoco advierten que sacaron algún objeto de valor cultural. - El perito de parte concluye que la zona es arqueológica pero el predio de la acusada no genera afectación al patrimonio; que cuando hizo trabajos de prospección no encontró evidencia arqueológica. Es más la vivienda tiene una data de 20 a 30 años de construcción corroborado por el MP en la acta de inspección que se encuentran paredes antiguas y otras nuevas. - Por último, en referencia a la declaración del trabajador del MCC arqueólogo indica haber notificado a la acusada con la paralización señalando que mientras no cuenten con un plan específico y normado no es posible realizar construcciones u otra actividad que pudiera afectar el paisaje cultural. Mas no indica que en su lote existe evidencia de restos arqueológicos, muros incas o pre-incas andenes u otros y que por ello debe paralizar. - Desarrollando el tipo penal previsto en el art-226 del CP., se tiene que si bien la acusada excavo y removió tierra para la construcción de una pared de su vivienda, no se demostró que en el lugar haya un monumento arqueológico prehispánico, es decir falto demostrar la existencia en esa zona de elemento objetivos que exige el delito de realizar excavaciones en monumentos arqueológicos prehispánicos.



	<p>Decisión: Se condena a la acusada como autora del delito de atentados contra monumentos arqueológicos.</p> <p>Aspectos a tomar en cuenta:</p> <ul style="list-style-type: none">- Auténticos actos de prueba- Principio de libre valoración- Juicio sobre la prueba
<p>ANALISIS</p>	<p>En el presente caso analizado no se verifica la aplicación del criterio normativo, ya que el Ministerio Público fundamenta su teoría del caso haciendo referencia al talud (a la inclinación de la pared de la vivienda de la acusada) que con más razón no debió construir una pared nueva. Lo que a criterio de la bachiller no es correcto, ya que el MP estaría afirmando que dicha pared debería colapsar con el transcurso del tiempo por encontrarse dentro de la zona arqueológica sin la intervención de alguna mano del hombre que por su propio desgaste o antigüedad debería permanecer sin ser remodelado.</p> <p>Lo cual estaría atentando a los derechos de la acusada a tener una vivienda digna, hasta incluso estarían atentando con la vida de sus hijos, puesto que la vivienda presentaba rajaduras y en cualquier momento colapsaría por tener una data de 30 años motivo por el cual realizo remodelaciones a una construcción que ya existía, pese a la negativa de la autorización del MCC donde tampoco le indican que tiempo debería esperar para realizar su remodelación, más bien le indican que debería esperar a que se reglamente, ya que no cuenta con un plan específico para las construcciones tiempo en el cual probablemente ya habría colapsado la pared.</p> <p>Es más el tipo penal según el Ministerio Público para la configuración se requiere que se afecte mediante la excavación algún monumento arqueológico como asevera el fiscal en su teoría del caso basándose en la prueba testimonial y oral, ello plasmado en el acta de constatación policial y las declaraciones de los trabajadores del Ministerio de Cultura y del arqueólogo. En dicho documento no se verifico o índico que con la remodelación de la vivienda o la apertura de una zanja que realizo la acusada se afectó un monumento arqueológico no siendo suficiente para probar ya que este tipo de delitos requiere de estudios previos, de exploración arqueológica y descarte de presencia de bienes culturales lo cual no se realizó.</p>



Del mismo modo se tiene que el juez no realizo una valoración individual de la prueba para luego llevar a cabo la valoración conjunta, no adopto un criterio racional a través de la libre valoración, ya sea evaluando lo vertido en la acusación con las insuficientes pruebas actuadas en juicio, no corrobora eficazmente la existencia y afectación de los hechos señalados por el Ministerio Publico, ni la afectación a su calidad de vida de la acusada.

No se verifico la aplicación de la prueba pericial de ningún tipo.
Medios de prueba insuficientes inadecuadas para el tipo penal.
Afectación de los derechos fundamentales a tener una vivienda digna.



Ficha de análisis N° 5

<p>DATOS</p>	<p>Exp. N° : 03336-2017-32-1001-JR-PE-04 Delito : Alteración de Bienes del Patrimonio Cultural Prehispánico. Juzgado : Juzgado Penal Unipersonal Itinerante Sede Judicial del Cusco-Anta. Resolución: N° 16 de fecha 02 de setiembre 2020.</p>
<p>HECHOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La acusada precisa que ya existía su construcción de vivienda y que solicito permiso MCC para remodelar su pared y su techo al encontrarse con goteras, autorizándola para que pueda aumentar 5 filas de adobe desconociendo lo que viene a ser una zona arqueológica y que en el lugar no existe monumento pero si otras viviendas con las mismas características. - Según lo señalado por todos los arqueólogos intervinientes del Ministerio de Cultura tras la supervisión del lugar de la vivienda, llegan a la conclusión de que existen goteras y que si se le autorizo para la remodelación mas no para una construcción nueva, pero no recuerdan si existe o no letrero que indique que la zona es declarado patrimonio cultural, tampoco precisa con exactitud y seguridad que se le negó la construcción mas solo recuerda haber hecho un acta asumiendo que salió un oficio administrativo, aseguran que existe un plan específico para la zona, pero que este nunca se llegó a concretar. Donde tampoco hacen mención haber encontrado restos de cerámica, de muros u otros elementos prehispánicos, tampoco advierten que sacaron algún objeto de valor cultural. - En relación a la declaración testimonial del sub oficial (constatación policial) este da cuenta que no anoto haber encontrado restos arqueológicos, muro o construcción incaica, mas solo la construcción de una nueva vivienda y otras viviendas de data antigua - Del acta de constatación fiscal este hace referencia a la existencia de un muro de piedra rustico pero, que se encuentra a 50 metros de la vivienda y que a unos 300 metros se encuentra el sitio arqueológico Puca Pucara. Lo cual no genera alteración al entorno paisajístico ya que la casa es de adobe y de teja ni se evidencia restos líticos en la propiedad. - Por último, en referencia a la declaración del trabajador del MCC arqueólogo indica haber notificado a la acusada con la paralización señalando que mientras no cuenten con un plan específico y normado no es posible realizar construcciones u otra actividad que pudiera afectar el paisaje cultural. Mas no indica que en su lote existe evidencia



	<p>de restos arqueológicos, muros incas o pre-incas andenes u otros y que por ello debe paralizar.</p> <p>-Desarrollando el tipo penal previsto en el art-228 del CP., se tiene que si bien la acusada excavo y removió tierra para la construcción de su vivienda, no se demostró que en el lugar haya un monumento arqueológico prehispánico, es decir falto demostrar la existencia en esa zona de elemento objetivos que exige el delito de realizar excavaciones en monumentos arqueológicos prehispánicos.</p> <p>Decisión: Se condena a la acusada como autora del delito de alteración de bienes patrimoniales.</p> <p>Aspectos a tomar en cuenta:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Auténticos actos de prueba - Principio de libre valoración - Juicio sobre la prueba
<p>ANALISIS</p>	<p>En el presente caso analizado, no se verifica la aplicación del criterio normativo, ya que el Ministerio Publico fundamenta su teoría del caso haciendo referencia que la construcción de la vivienda produjo un menoscabo físico y es una grave amenaza para los bienes del patrimonio cultural prehispánico. Lo cual no es correcto ya que el MP estaría afirmando que dicha vivienda debería colapsar con el transcurso del tiempo ya que al ser modificada alterará gravemente el paisaje cultural.</p> <p>Hecho que estaría violando los derechos de la acusada a tener una mejor vivienda, y hasta incluso estarían atentando con la vida y salud de sus hijos, puesto que la vivienda presentaba goteras y en cualquier momento colapsaría por tener una data de 22 años motivo por el cual realizo remodelaciones a una construcción que ya existía, pese a la negativa de la autorización del MCC donde tampoco le indican que tiempo debería esperar para analizar su situación y realizar su remodelación, más bien le indican que debería esperar a que se concluya el plan específico para las construcciones que hasta la fecha no se tiene, tiempo en el cual probablemente ya habría colapsado la vivienda y empeorado la salud de su hijo que se encuentra con asma por la humedad.</p> <p>Es más el tipo penal según el Ministerio Publico para la configuración se requiere que se altere el entorno natural del paisaje cultural del PAS, lo cual no ha sido demostrado ya que ellos mismos verifican que a su alrededor no existe monumento arqueológico, ya a 50 metros se puede visualizar un muro inca y a 500 metros el sitio arqueológico puca pucara.</p>



No siendo suficiente para probar la alteración al PAS ya que este tipo de delitos requiere de estudios previos, de exploración arqueológica y descarte de presencia de bienes culturales lo cual no se realizó, más solo una inspección ocular.

Del mismo modo se tiene que el juez no realizó una valoración individual de la prueba para luego llevar a cabo la valoración conjunta, no adoptó un criterio racional a través de la libre valoración, ya sea evaluando lo vertido en la acusación con las insuficientes pruebas actuadas en juicio, no corrobora eficazmente la existencia y afectación de los hechos señalados por el Ministerio Público, ni la afectación a su calidad de vida de la acusada. Si bien es cierto los propios trabajadores del MCC indican que no existe aún el plan específico para el sector de Huayllarcocha. Para la construcción y remodelación de sus viviendas lo cual afecta a los comuneros al ser condenados y sancionados a causa de la omisión de funciones del MCC que no se dignan en concluir dicho plan de zonificación que evitaría estas injustas sanciones. Solo se remiten a notificar con oficios que indican que paralicen sus construcciones por encontrarse en una zona de patrimonio cultural hasta que se pueda analizar sus situaciones sin fecha alguna de respuesta, generando más situaciones de conflicto.

No se verificó la aplicación de la prueba pericial inspección arqueológica. Medios de prueba insuficientes inadecuadas para el tipo penal. Afectación de los derechos fundamentales a tener una vivienda digna y a la salud.



Ficha de análisis N° 6

<p>DATOS</p>	<p>Exp. N° : 01719-2015-98-1001-JR-PE-04 Delito : Atentados contra monumentos arqueológicos Juzgado : Tercer Juzgado Penal Unipersonal Resolución : N°20 de fecha 17 de agosto de 2017</p>
<p>HECHOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> - De acuerdo a lo previsto por el acusado realizo zanjan para la cimentación de su vivienda, pese haber solicitado el presidente de la comunidad en grupo la autorización sin repuesta alguna del MCC no afectando ningún resto arqueológico toda vez al no existir nada alrededor de su casa más que terrenos de cultivo y 450 viviendas que están construidas. - Según el informe ocular superficial del perito concluye que se realizó remoción de tierras destruyendo la estratigráfica del suelo no habiendo observado destrucción de restos arqueológicos. - En relación a la declaración testimonial del sub oficial acta de constatación policial, anota que los acusados realizaron trabajos de remoción de suelos por la apertura de zanjas, en ese entender no se verifico restos arqueológicos u otros de similar naturaleza que realmente se haya dañado o extraído ni tampoco observo algún letrero que prohíba las construcciones. - Desarrollando el tipo penal previsto en el art-226 del CP., se tiene que si bien el acusado removió la tierra para la apertura superficial de una zanja, no se demostró que en el lugar haya un monumento arqueológico prehispánico, es decir falto demostrar la existencia en esa zona de elementos objetivos y subjetivos que exige el delito de asentamiento en monumentos arqueológicos prehispánicos. <p>Decisión: Se absuelve de la acusación fiscal como autor al acusado.</p> <p>Aspectos a tomar en cuenta:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Auténticos actos de prueba - Principio de libre valoración - Juicio sobre la prueba
	<p>En el presente caso analizado se verifica la aplicación del criterio normativo, ya que el Ministerio Publico en la acusación no logrando</p>



ANALISIS	<p>demostrar el elemento objetivo y subjetivo configurativo del delito, consistente en algún monumento arqueológico. Por lo que la falta de dicho elemento del tipo penal, es que el juez fallo a favor del acusado. Para lo cual se requería de estudios previos, de exploración arqueológica y descarte de presencia de bienes culturales lo cual no se realizó.</p> <p>Del mismo modo se tiene que el juez utilizo la prueba documental y testimonial, ello plasmado en la acta de constatación policial y las declaraciones de los efectivos policiales y del acusado. En dicho documento no se verifico o indico que con la apertura de la zanja que realizo el acusado existía la afectación de algún monumento arqueológico. Frente a ello, tras la realización de las debidas declaraciones en juicio se pudo corroborar que no afecto monumento alguno como requiere el tipo penal.</p> <p>Es así que se dio una valoración individual de la prueba para luego llevar a cabo la valoración conjunta, adoptando un criterio racional a través de la libre valoración, ya sea evaluando lo vertido en la acusación con las pocas pruebas actuadas en juicio, corroborando eficazmente la inexistencia de afectación o la improbanza de los hechos señalados por el Ministerio Publico.</p> <p>No se verifico la aplicación de la prueba pericial.</p>
-----------------	--



Ficha de análisis N° 7

<p>DATOS</p>	<p>Exp. N° : 01576-2016-58-1001-JR-PE-02 Delito : Atentados contra monumentos arqueológicos Juzgado : Primer Juzgado Unipersonal-Flagrancia OAF-PE-02. Resolución : N°33 de fecha 05 de diciembre de 2019.</p>
<p>HECHOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> - De acuerdo a lo previsto por la acusada la construcción de su vivienda no afectando ningún resto arqueológico toda vez al no existir nada alrededor de su casa más que terrenos de cultivo y otras viviendas que están habitadas. - Según el acta de inspección fiscal y policial se concluye que solo se verifica una construcción de vivienda con adobe y tejas y otra vivienda en plena construcción y su baño que fue instalado por el municipio de cusco y que a 300 metros se encuentra el camino pre hispánico del Qhapaq ñan. - En declaración del arqueólogo se concluye que se ha atentado contra el patrimonio cultural de la nación, al haberse realizado la excavación y remoción de suelo para la construcción de su vivienda. Pero no menciona que al remover la tierra no se encontró algún resto lítico, cerámica o algún muro inca que se haya afectado gravemente con la excavación. - En relación a la declaración testimonial del sub oficial acta de constatación policial, anota que los acusados realizaron trabajos de remoción de suelos por la apertura de zanjas y elaboración de adobes, en ese entender no se verifico restos arqueológicos u otros de similar naturaleza que realmente se haya dañado o extraído. - Desarrollando el tipo penal previsto en el art-226 del CP., se tiene que si bien los acusados removieron el suelo para la construcción de su vivienda, no se demostró que en el lugar haya un monumento arqueológico prehispánico, es decir falta demostrar la existencia en esa zona de elementos objetivos y subjetivos que exige el delito de asentamiento en monumentos arqueológicos prehispánicos. <p>Decisión: Se condena la acusada como autor del delito.</p> <p>Aspectos a tomar en cuenta:</p>



	<ul style="list-style-type: none"> - Auténticos actos de prueba - Principio de libre valoración - Juicio sobre la prueba
<p>ANALISIS</p>	<p>- En el presente caso analizado no se verifica la aplicación del criterio normativo, ya que el Ministerio Publico presento solo pruebas basadas en las declaraciones del arqueólogo del Ministerio de Cultura de Cusco que se contradice con lo expuesto por el Ministerio Publico, puesto que le atribuye a la acusada la modalidad de excavar restos arqueológicos , tomando en cuenta el verbo hace referencia a realizar un hueco en el suelo, <u>penetrar bajo tierra con el convencimiento de encontrar en su interior bienes culturales o piezas arqueológicas.</u> Lo cual nunca se logró demostrar que con la excavación de la zanja se haya afectado algún monumento arqueológico o se haya encontrado algún objeto lítico.</p> <p>-Ya que el tipo penal según el Ministerio Publico para la configuración se requiere que se afecte mediante la excavación algún monumento arqueológico lo que no se desprende de los informes de los arqueólogos todas vez que hacen mención solo a la excavación y remoción de suelo, mas no se verifico o índico que con la construcción de la vivienda o la apertura de una zanja que realizo la acusada se afectó un monumento arqueológico, no siendo suficiente para probar el tipo penal ya que este tipo de delitos requiere de estudios previos, de exploración arqueológica y descarte de presencia de bienes culturales lo cual no se realizó.</p> <p>-También se critica que cuando la Municipalidad de Cusco realiza excavaciones y remoción de tierra a profundidad colocando tuberías y construyendo los servicios básicos no se les denuncie por el mismo delito, es más la comunidad cuenta con más construcciones de viviendas y todas tienen los servicios básicos, si realmente se afectaría algún monumento arqueológico que estuviera en la comunidad Huayllarccocha ni la Municipalidad de Cusco daría viabilidad al proyecto de saneamiento sabiendo que estaría afectando el patrimonio cultural.</p> <p>Del mismo modo se tiene que el juez no realizo una valoración individual de la prueba para luego llevar a cabo la valoración conjunta, no adopto un criterio racional a través de la libre valoración, ya sea evaluando lo vertido en la acusación con las insuficientes pruebas actuadas en juicio, no corrobora eficazmente la existencia y afectación de los hechos señalados por el Ministerio Publico.</p> <p>No se verifico la aplicación de la prueba pericial de ningún tipo. Medios de prueba insuficientes inadecuadas para el tipo penal.</p>



Ficha de análisis N° 8

<p>DATOS</p>	<p>Exp. N° : 01575-2016-20-1001-JR-PE-02 Delito : Atentados contra monumentos arqueológicos Juzgado : Primer Juzgado unipersonal flagrancia OAF Y CEED SEDE CENTRAL Resolución : N°17 de fecha 22 de enero de 2018</p>
<p>HECHOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La acusada precisa haber construido su vivienda por ayni con los comuneros y que solicito permiso MCC quienes no le respondieron desconociendo lo que viene a ser una zona arqueológica y que no sabía que vivía dentro del PAS, pero resalta que en el lugar no existe monumento arqueológico. - Según lo señalado por el arqueólogo intervinientes del Ministerio de Cultura tras la supervisión del lugar de la vivienda, llegan a la conclusión de que la acusada realizo remoción de tierra sin autorización mas no hacen mención haber encontrado restos de cerámica, de muros u otros elementos prehispánicos, tampoco advierten que sacaron algún objeto de valor cultural. - En relación a la declaración testimonial del sub oficial (constatación policial) este da cuenta que no anoto haber encontrado restos arqueológicos, muro o construcción incaica, mas solo la construcción de una nueva vivienda. Del acta de constatación fiscal este hace referencia solo de la construcción de la vivienda y a 300 metros se encuentra el Qhapañan. Lo cual no genera alteración al entorno paisajístico ya que la casa es de adobe y de teja, sin evidencia de restos líticos en la propiedad. - Por último, en referencia a la declaración del trabajador del MCC arqueólogo indica haber notificado a la acusada con la paralización señalando que mientras no cuenten con un plan específico y normado no es posible realizar construcciones u otra actividad que pudiera afectar el paisaje cultural. Mas no indica que en su lote existe evidencia de restos arqueológicos, muros incas o pre-incas andenes u otros y que por ello debe paralizar. - Desarrollando el tipo penal previsto en el art-228 del CP., se tiene que si bien la acusada excavo y removió tierra para la construcción de su vivienda, no se demostró que en el lugar haya un monumento arqueológico prehispánico, es decir falto demostrar la existencia en esa zona de elemento objetivos que exige el delito de realizar excavaciones en monumentos arqueológicos prehispánicos.



	<p>Decisión: Se condena a la acusada como autora del delito de alteración de bienes patrimoniales.</p> <p>Aspectos a tomar en cuenta:</p> <ul style="list-style-type: none">- Auténticos actos de prueba.- Principio de libre valoración.- Juicio sobre la prueba.
<p>ANALISIS</p>	<p>En el presente caso analizado no se verifica la aplicación del criterio normativo, ya que el Ministerio Publico fundamenta su teoría del caso haciendo referencia que la construcción de la vivienda altero gravemente al sustrato arqueológico y paisaje cultural del PAS. Lo cual se contradice con el informe del arqueólogo que concluye que existe remoción de tierra para asentarse.</p> <p>Lo cual se corrobora con lo manifestado por el trabajador del MCC quien señala que no hay monumento arqueológico en la construcción de la acusada, pero se protege el patrimonio cultural lo cual genera una confusión entre los trabajadores ya que los arqueólogos indican que hay remoción de tierra y el abogado del MCC señala que afecta el PAS pero no especifica de qué forma daña, así mismo se contradice cuando señala que anteriormente daban autorizaciones solo en caso que eran para fines habitacionales pero que ahora ya no dan por que están abriendo tiendas, entonces la acusada si estaría dentro de lo permitido puesto que ella realizo su construcción para fines habitacionales.</p> <p>Es más el tipo penal según el Ministerio Publico para la configuración se requiere que se altere el entorno natural del paisaje cultural del PAS, lo cual no ha sido demostrado ya que ellos mismos verifican que a su alrededor no existe monumento arqueológico, ya a 8 kilómetros metros se puede visualizar el Qhapaqñan. El tipo penal no hace referencia al entorno paisajístico sino a los atentados contra monumentos arqueológicos. No siendo suficiente para probar la alteración al PAS ya que este tipo de delitos requiere de estudios previos, de exploración arqueológica y descarte de presencia de bienes culturales lo cual no se realizó, más solo una inspección fiscal.</p> <p>Del mismo modo se tiene que el juez no realizo una valoración individual de la prueba para luego llevar a cabo la valoración conjunta, no adopto un criterio racional a través de la libre valoración, ya sea evaluando lo vertido en la acusación con las insuficientes pruebas actuadas en juicio, no corrobora eficazmente la existencia y afectación</p>



de los hechos señalados por el Ministerio Público, ni la afectación a su calidad de vida de la acusada. Si bien es cierto los propios trabajadores del MCC indican que no existe aún el plan específico para el sector de Huayllarccocha. Para la construcción y remodelación de sus viviendas lo cual afecta a los comuneros al ser condenados y sancionados a causa de la omisión de funciones del MCC que no se dignan en concluir dicho plan de zonificación que evitaría estas injustas sanciones. Solo se remiten a notificar con oficios que indican que paralicen sus construcciones por encontrarse en una zona de patrimonio cultural hasta que se pueda analizar sus situaciones sin fecha alguna de respuesta, generando más situaciones de conflicto.

No se verificó la aplicación de la prueba pericial inspección arqueológica.

Medios de prueba insuficientes inadecuadas para el tipo penal.

Afectación de los derechos fundamentales a tener una vivienda digna.



Ficha de análisis N° 9

<p>DATOS</p>	<p>Exp. N° : 01577-2016-56-1001-JR-PE-02 Delito : Atentados contra monumentos arqueológicos Juzgado : Primer Juzgado unipersonal flagrancia OAF Y CEED SEDE CENTRAL Resolución : N°21 de fecha 30 de enero de 2018</p>
<p>HECHOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La acusada señala que su vivienda presentaba fisuras por lo que construyo una nueva, a pesar que el MCC no le respondió su solicitud por más de 3 meses de espera decide construir por ayni con los comuneros y que en el lugar no existe monumento arqueológico y ningún letrero que prohíba construir. - Según lo señalado por el arqueólogo intervinientes del Ministerio de Cultura tras la supervisión del lugar de la vivienda, llegan a la conclusión de que la acusada realizo actividades sin autorización y que la comunidad no desea someterse al plan , así mismo otro arqueólogo señala que la acusada habría realizado remoción y extracción del suelo y por el volumen de la casa alteraría el paisaje arqueológico, mas no hacen mención haber encontrado restos de cerámica, de muros u otros elementos prehispánicos, tampoco advierten que sacaron algún objeto de valor cultural. - En relación a la declaración testimonial del sub oficial (constatación policial) este da cuenta que no anoto haber encontrado restos arqueológicos, muro o construcción incaica, mas solo la construcción de una nueva vivienda y de otras viviendas a su alrededor no pudiendo constatar todas. - Del acta de constatación fiscal este hace referencia solo de la construcción de la vivienda y a 800 metros se encuentra el Qhapañan. Lo cual no genera alteración al entorno paisajístico ya que la casa es de adobe y de teja, sin evidencia de restos líticos en la propiedad. - Por último, en referencia a la declaración del trabajador del MCC arqueólogo indica haber notificado a la acusada con la paralización señalando que mientras no cuenten con un plan específico y normado no es posible realizar construcciones u otra actividad que pudiera afectar el paisaje cultural. Mas no indica que en su lote existe evidencia de restos arqueológicos, muros incas o pre-incas andenes u otros y que por ello debe paralizar. - Desarrollando el tipo penal previsto en el art-228 del CP., se tiene que si bien la acusada excavo y removió tierra para la construcción de su vivienda, no se demostró que en el lugar haya un monumento arqueológico prehispánico, es decir falto demostrar la existencia en



	<p>esa zona de elementos objetivos que exige el delito de realizar excavaciones en monumentos arqueológicos prehispánicos.</p> <p>Decisión: Se condena a la acusada como autora del delito de alteración de bienes patrimoniales.</p> <p>Aspectos a tomar en cuenta:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Auténticos actos de prueba. - Principio de libre valoración. - Juicio sobre la prueba.
<p>ANALISIS</p>	<p>En el presente caso analizado no se verifica la aplicación del criterio normativo, ya que el Ministerio Público fundamenta su teoría del caso haciendo referencia que la construcción de la vivienda altero gravemente al sustrato arqueológico y paisaje cultural del PAS. Lo cual se contradice con el informe del arqueólogo que concluye que existe remoción de tierra para asentarse y no existe monumento arqueológico mas solo se afecta el entorno paisajístico del PAS.</p> <p>Lo cual se corrobora con lo manifestado por el trabajador del MCC quien señala que no hay monumento arqueológico en la construcción de la acusada, pero se protege el patrimonio cultural lo cual genera una confusión entre los trabajadores ya que los arqueólogos indican que hay remoción de tierra y el abogado del MCC señala que afecta el PAS pero no especifica de qué forma daña, así mismo se contradice cuando señala que anteriormente daban autorizaciones solo en caso que eran para fines habitacionales pero que ahora ya no dan por que están abriendo tiendas, entonces la acusada si estaría dentro de lo permitido puesto que ella realizo su construcción para fines habitacionales.</p> <p>Es más el tipo penal según el Ministerio Público para la configuración se requiere que se altere gravemente el sustrato arqueológico y paisaje cultural del PAS, lo cual no ha sido demostrado ya que ellos mismos verifican que a su alrededor no existe monumento arqueológico, ya a 8 kilómetros se puede visualizar el Qhapaqñan. El tipo penal no hace referencia al entorno paisajístico sino a los atentados contra monumentos arqueológicos. No siendo suficiente para probar la alteración al PAS ya que este tipo de delitos requiere de estudios previos, de exploración arqueológica y descarte de presencia de bienes culturales lo cual no se realizó, más solo una inspección fiscal.</p> <p>Del mismo modo se tiene que el juez no realizo una valoración individual de la prueba para luego llevar a cabo la valoración conjunta,</p>



<p>no adopto un criterio racional a través de la libre valoración, ya sea evaluando lo vertido en la acusación con las insuficientes pruebas actuadas en juicio, no corrobora eficazmente la existencia y afectación de los hechos señalados por el Ministerio Público, ni la afectación a su calidad de vida de la acusada.</p> <p>Si bien es cierto los propios trabajadores del MCC indican que la comunidad no acepta el plan específico para el sector de Huayllarccocha y que han estado realizando charla de orientación. lo cual a estas alturas tras la varias condenas y multas a los comuneros quieren implementar el plan a pesar que la comunidad de Huayllarccocha ya cuenta con servicios básicos lo cual da a entender que los servicios se instalaron realizando un previo descarte si afecta o no al PAS las instalaciones de agua y desagüe y alumbrado público. Si eso fuere lo contrario desde un primer momento no debieron facilitar dichos servicios que justamente por ello los comuneros realizan actos de asentamiento construyen sus casas con todo derecho de propiedad más un si dicho lugar reúne todas las condiciones de ser un centro poblado habitable por no existir restos arqueológicos monumentales como muros inca, cerámica o construcción prehispánica. Por lo que ellos se niegan a aceptar el plan que desde hace años atrás se venía esperando y que pleno siglo XXI se implemente ya es muy tarde.</p> <p>No se verifico la aplicación de la prueba pericial inspección arqueológica.</p> <p>Medios de prueba insuficientes inadecuadas para el tipo penal.</p> <p>Afectación de los derechos fundamentales a tener una vivienda digna.</p>

4.2. Discusión y contratación de los hallazgos

La investigación tuvo como propósito que se valore la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural. Sobre todo, se pretendió examinar si realmente con las acciones de los comuneros (al construir sus viviendas de adobe) se generó gravedad de daño a algún monumento arqueológico, que solo podrá ser demostrable a través de un dictamen pericial. Además se identificaron los factores por los cuales el juez no toma en cuenta o valora la prueba pericial en los delitos contra monumentos arqueológicos. A continuación, se estarán discutiendo los principales hallazgos de este estudio.



De los resultados obtenidos en esta investigación, se puede deducir que es fundamental la prueba pericial emitida por un perito que será la persona especializada en la rama que requiere de conocimientos técnicos, artísticos o el conocimiento científico (que está compuesto por muchos integrantes, así podemos hablar de ciencias formales como las matemáticas absolutamente certeras y, por esencia, irrefutables, y de ciencias empíricas, o de la naturaleza, como son la biología, química, física, ingeniería cuyos resultados son siempre de certeza interina o de probabilidad) . Basadas en la experiencia del perito para una mejor apreciación de los hechos, por parte del juez.

Ya que estos conocimientos no son obligatorios dentro del saber del juez quien tal vez si pueda tener alguna idea de manera general pero no científica o específica como un perito, es decir, conocimientos propios de una formación o capacidad especializada, así por ejemplo en el delito atentados contra monumentos arqueológicos se requiere una prueba pericial para determinar si se generó un daño al monumento arqueológico prehispánico, que será plasmado mediante un dictamen pericial que se pronuncian sobre el qué, sobre el cómo y el porqué de las evidencias objeto de análisis que elabora el perito ya sea este por encargo del juez para tener una mayor visión de los hechos a demostrar o que la defensa pueda desvirtuar sus apreciaciones a través de una pericia de parte. Si el informe pericial de oficio resulta insuficiente, el juez puede ordenar que el perito lo amplíe o, incluso, puede ordenar que otro perito realice una nueva pericia. El cual suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las del común de las gentes. Carnelutti (1990) hacía alusión a la importancia que revestía el hecho de distinguir los peritos de los testigos, estableciendo que el testigo solo relata, refiere, narra hechos; (lo que es realizada por los trabajadores del Ministerio de Cultura Cusco que son plasmadas en sus informes) en tanto que el perito expresa juicios debido a algún conocimiento propio de su profesión y que el juzgador desconoce, considerando además que el perito es un sujeto, el testigo es un objeto del proceso; el uno y el otro proporcionan al juez noticias, pero el origen de estas es diverso: la ciencia del perito se forma en el proceso, y la ciencia del testigo fuera del proceso, en el



sentido de que el primero actúa para lograrla en cumplimiento de un encargo del juez y el segundo sin encargo alguno” (Martonelli , 2017).

El objeto de la pericia debe tener relación con la causa y la pericia debe ser útil para probar ese hecho controvertido, como también otros casos que tengan características similares. Esto significa que el dictamen debe ser conducente, pertinente y significativo. Siendo así, la labor del perito se visualiza en dos escenarios. En primer lugar, al realizar el peritaje como tal, mediante el análisis y procesamiento de la evidencia, junto con la emisión del dictamen pericial. En segundo lugar, debe comparecer en juicio para mostrar los resultados de la pericia cuando así sea requerido por las partes o el juez, así como aclarar diversos cuestionamientos que pueda tener el juez sobre la misma. Asimismo, la función del perito no se enfoca en valorar si se dio o no el hecho delictivo, sino realizar un análisis y rendir un dictamen sobre determinado hecho, justamente por ello constituye un medio de prueba ordinario, por lo que su dictamen no es vinculante para el juez. Pero si generara una clara visión sobre la gravedad del daño a los monumentos arqueológicos por lo que deberá verificar la formalidad de la prueba pericial como ya se menciono debe cumplir con las características y criterios de un dictamen pericial, lo que ayudara a demostrar la existencia del daño y a su vez mediante las recomendaciones que realiza el perito se tratara de disminuir el daño a los monumentos arqueológicos, en los casos analizados no se observa que el juez tome en cuenta dichas pericias lo cual genera una tutela ineficaz en la valoración de la prueba pericial. Esto debido a que no es muy común pedir una pericia en este tipo de delitos, esta a su vez dentro del distrito judicial de cusco no se cuenta con perito en la materia que tengan una trayectoria en temas de afectación contra monumentos arqueológicos y que determinen científicamente la gravedad de la afectación al patrimonio cultural para demostrar si realmente los comuneros denunciados son culpables o no por atentar contra los monumentos arqueológicos de la comunidad Huayllarccochoa.

Como se sabe todos los casos que se han analizado son relacionados a los comuneros de esta misma zona y en su mayoría dentro del proceso no se ha requerido una pericia por parte del juez mucho menos aún, se presentó pericia de parte por la misma limitación de expertos en la materia y el factor económico de los comuneros que solo se dedican a la agricultura para consumo propio y aunado a ello tienen que correr un gasto con los honorarios de los



peritos que oscilan entre S/3.000 y S/5.0000 mil soles montos que no se encuentran en su posibilidad de solventar, incrementando los horarios de los abogados motivo por el cual son sancionados injustamente sin ser demostrados su culpabilidad por haber atentado contra monumentos arqueológicos a falta de una prueba pericial.



CONCLUSIONES

PRIMERO:

En el Distrito judicial de Cusco, la valoración de la prueba pericial permite la tutela eficaz del monumento arqueológico previsto en el delito contra el patrimonio cultural, a través de la designación de un perito especializado en la materia, el cual verificara la existencia o la no afectación de un monumento arqueológico (prehispánico), lo que será valorado (evaluado) en el proceso por parte del juez al momento de decidir, tanto para imponer una sanción y su posible medida correctiva. Ya que se ha verificado que en la mayoría de los casos no se toma en cuenta dicha prueba, mucho menos la trascendencia de este para su posible remedio.

SEGUNDO:

El objeto de la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural es identificar las causas, circunstancias, la forma y las consecuencias de la realización del hecho cometido en contra de un monumento arqueológico (la excavación, la depredación, el asentarse, la exploración y remover) a través de conocimiento científico y demostrable objetivamente en el dictamen pericial.

TERCERO:

Los criterios que debe adoptar el juez al momento de valorar la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural son: a). La gravedad del daño que se causó con la construcción de las viviendas; b). La formalidad de la prueba pericial emitida por un perito arqueólogo



acreditado y contrastar los informes emitidos por el Ministerio de Cultura de Cusco y la pericia de parte; c). La existencia efectiva de daño a monumento arqueológico alguno; d). Las recomendaciones que emiten en sus dictámenes los peritos para así tratar de mitigar el daño existente.

CUARTO:

El juez no utiliza la prueba pericial al momento de valorar la prueba en el delito contra el patrimonio cultural, debido a que: a. No es muy común usar la pericia en este tipo de delitos, puesto que es suficiente la verificación objetiva; b. No se cuenta con peritos que se especialicen en dicha área o materia, es decir que determinen la afectación a los monumentos arqueológicos; c. La escases de peritos arqueólogos expertos en la materia en la ciudad; d. El juez se limita solo a verificar los informes presentados por el MCC creando una convicción y en base de ello su decisión final (tomando en cuenta que dichos informes no reúnen las características de una prueba pericial científica); e. el factor económico de la parte imputada, recaído en los honorarios de los peritos, que en la práctica son costoso, ya que la mayoría de procesados son comuneros y sus recursos son escasos.



RECOMENDACIONES

PRIMERO:

Se recomienda al juez, la utilización de la prueba pericial en todos procesos segundos por el delito contra monumentos arqueológicos; y si es que estos no son ofrecidos como tal (parte), se recomienda también instar la aplicación de oficio, para así tener certeza de la afectación al monumento arqueológico.

SEGUNDO:

Se recomienda al juez tomar en cuenta las conclusiones arribadas por el perito en el dictamen pericial; así como sus recomendaciones.

TERCERO:

Se recomienda al poder judicial emitir jurisprudencia vinculante respecto a la aplicación, criterios y valoración de la prueba pericial en los delitos contra monumentos arqueológicos.

CUARTO:



Se recomienda al poder judicial llevar a cabo la capacitación a todos los jueces penales del país, sobre la utilización de la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural; de tal forma que se permita dar conocimientos certeros sobre el tema.



CAPÍTULO IV

FUENTES DE INFORMACIÓN

5.1 Referencias bibliográficas

Aguila Grados, G., & Calderon Sumarriva, A. (s.f.). *El aeiou del Derecho*. Lima: EGACAL.

Ambos, K., & Urquizo Videla, G. (2016). *El Delito de Atentados Contra Monumentos Arqueologicos en elCodigo Penal Peruano*. Lima: Instituto Pacifico S.A.C.

Angulo morales, M. (2012). *El derecho probatorio en el nuevo proceso penal peruano*. Lima: Gaceta juridica.

Arbulú Martínez, V. J. (2019). *La Tecnica De La Prueba En El Proceso Penal*. Lima: Gaceta Juridica S.A.

Cardenas Oscategui, C. (2012). *Importancia de la proteccion del patrimonio cultural*.
Obtenido de Investigaciones sociales:
<http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/sociales/article/download/7806/6797>

Castro Mujica, L. (24 de Julio de 2021). Obtenido de
<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/15706>

Chaname Obre, R. (2002). *Diccionario Juridico Moderno*. lima: Horizonte S.A.



Cubas Villanueva, V. (2017). *El proceso penal comun : Aspectos teoricos y practicos*.

Lima: Gaceta Juridica S.A.

cultura, M. d. (s.f.). *¿Que es el patrimonio cultural?* Obtenido de

http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AF54A42EA8C6068

[B0525827A00781E61/\\$FILE/1manualqueespatriimonio.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AF54A42EA8C6068B0525827A00781E61/$FILE/1manualqueespatriimonio.pdf)

cultura, M. d. (2016). *Marco legal de proteccion del patrimonio cultural*. Obtenido de

[https://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/archivosadjuntos/2016/08/marcolega](https://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/archivosadjuntos/2016/08/marcolegalokversiondigital.pdf)

[lokversiondigital.pdf](https://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/archivosadjuntos/2016/08/marcolegalokversiondigital.pdf)

Cutura, M. d. (24 de Julio de 2021). *Dirección Desconcentrada de Cultura de Cusco*.

Obtenido de [https://www.culturacusco.gob.pe/a-f-de-parque-arqueologico-de-](https://www.culturacusco.gob.pe/a-f-de-parque-arqueologico-de-saqsayhuaman/)

[saqsayhuaman/](https://www.culturacusco.gob.pe/a-f-de-parque-arqueologico-de-saqsayhuaman/)

Espinoza Ramos, B. (4 de abril de 2020). *LP Pasion por el Derecho*. Obtenido de

<https://lpderecho.pe/prueba-pericial-tipos-codigo-procesal-penal-2004/>

Garcia Moncada, J. A. (16 de Setiembre de 2019). *Universidad Cesar Vallejos*. Obtenido

de Vulneración al principio de igualdad de armas entre la Defensa Pública y el

Ministerio Público respecto a la prueba pericial en el proceso penal Peruano”:

<https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/37085/Garc%C3%A>

[Da_MJA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/37085/Garc%C3%A)

Gomez Vargas, A. (2018). *La Prueba en el Proceso Penal*. Lima: Gaceta Juridica S.A.

Guevara Gil, A., Aaron, V., & Vergara, R. (2015). *El peritaje Antropologico Entre la*

reflexion y la practica. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría



Jurídica Deoartamento Academino de Derecho Pontificia Universidad Catolica del Peru (CICAJ).

Hernandez Sampieri , R., Fernadez Collado , C., & Baptista Lucio , M. (2014). *Metodologia de la investigacion*. Mexico DF: MC Graw Hill.

Martonelli , J. P. (2017). La Prueba Pericial Consideraciones sobre la prueba pericial y su valoración en la desicion judicial. *REDEA Derechos en Accion*, 132.

Mesa redonda patrimonio cultural en el Peru y el mundo . (2013). *THEMIS* 63.

Muñico Patillaz , S., Paz Cano, J., & Rebatta Chirre, Q. (2017). ¿Quien es el verdadero protagosnista de la prueba de oficio? ¿El juez o las partes? *Cuaderno Juridicos Ius et tribunalis.*, 74.

Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoracion de la prueba*. Madrid: Marcial pons.

Obando Blanco, V. (2013). La Valoracion de la Prueba. *Suplemento de Analisis Legal Juridica*, 3.

Ordaya Huaman, A. (2020). *Derecho Cultural Inmobiliario, patrimonio cultural y registro de propiedad inmueble*. Lima: Grijley.

Ore Guardia, A. (2016). DERECHO PROCESAL PENAL PERUANO. Lima: GACETA JURIDICA S.A.

Osorio , M. (2011). *Diccionario de ciencias juridicas politicas y sociales*. Lima: Heliasta .

Peña Cabrera - Freyre , A. R. (2009). *Delitos contra el patrimonio*. Lima: Rodhas.



Ramon Ruffner de Vega, J. (2014). La Prueba Pericial. *QUIPUKAMAYOC Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, 143-145.

Salas Beteta, C. (2011). *El Proceso Penal Comun*. Lima: GACETA JURIDICA S.A.

Salinas Siccha, R. (2020). Valoracion de la prueba. *Universidad Mayor San Martin de Porres*, 1.

San Martin Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: Instituto Peruano De Criminologia Y Ciencias Penales y Centro De Altos Estudios En Ciencias Juridicas , Poloticas y Sociales.

Sanchez Cordova, J. H. (2018). *La prueba en el proceso penal*. Lima: Gacetas Juridica S.A.

Sánchez Zorrilla, M. (2019). *El delito de atentados contra monumentos arqueologicos: caso huacaloma en cajamarca*. Obtenido de PERSPECTIVA 20 : <https://revistas.upagu.edu.pe/index.php/PE/article/view/623/559>

Talavera Elguera, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal Manual del derecho probatorio y de la valoracion de las pruebas*. Lima: EBRA eirl.

Urquizo Olaechea , J. (2017). *Codigo penal practico*. Lima : Gaceta Juridica .

5.3 Referencias electrónicas

Cardenas Oscategui, C. (2012). *Importancia de la proteccion del patrimonio cultural*.

Obtenido de Investigaciones sociales:



<http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/sociales/article/download/7806/6797>

Ministerio C., (s.f.). *¿Que es el patrimonio cultural?* Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AF54A42EA8C6068B0525827A00781E61/\\$FILE/1manualqueespatrimonio.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AF54A42EA8C6068B0525827A00781E61/$FILE/1manualqueespatrimonio.pdf)

Sánchez Zorrilla, M. (2019). *El delito de atentados contra monumentos arqueológicos: caso huacaloma en cajamarca*. Obtenido de PERSPECTIVA 20 : <https://revistas.upagu.edu.pe/index.php/PE/article/view/623/559>



ANEXOS

Anexo 1. Matriz de consistencia

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS DE ESTUDIO	METODOLOGÍA
Problema general	Objetivo general	La valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural permite su tutela eficaz en el Distrito judicial de Cusco, debido a que este al ser obtenido de forma legal sea a través de la investigación o de forma oficiosa en juicio, conlleva a determinar la responsabilidad certera del agente y con ello la persuasión frente a futuras comisiones de hechos ilícitos de similar naturaleza.	Categoría 1: VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL Subcategorías: 1. Concepto 2. Regulación 3. Sistemas de valoración de la prueba. Categoría 2: PATRIMONIO CULTURAL Subcategorías: 1. Concepto 2. Regulaciones 3. Clasificación Categoría 3: DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Subcategorías: 1. Concepto 2. Delito contra el patrimonio cultural 3. Atentados contra patrimonio cultural	Tipo de estudio
¿De qué manera la valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural permite su tutela eficaz en el Distrito judicial de cusco?	Determinar de qué manera la valoración de la prueba pericial en el delito contra el patrimonio cultural permite su tutela eficaz en el Distrito judicial de Cusco.			Tipo de investigación: - Básica Nivel: - Descriptivo – Explicativo Enfoque: - Cualitativo Población: - La ciudad de Cusco. Muestra: - Muestra no probabilística Técnicas e instrumentos de recolección de información a. Técnicas: - Análisis documental. b. Instrumentos: - Fichas de análisis documental.
Problemas específicos	Objetivos específicos			
1. ¿Cuál es el objeto de la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural? 2. ¿Qué criterios debe adoptar el juez al momento de valorar la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural? 3. ¿Por qué el juez no utiliza la prueba pericial al momento de valorar la prueba en el delito contra el patrimonio cultural?	1. Identificar el objeto de la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural. 2. Determinar los criterios que debe adoptar por el juez al momento de valorar la prueba pericial en los delitos contra el patrimonio cultural. 3. Fundamentar porque el juez no utiliza la prueba pericial al momento de valorar la prueba en el delito contra el patrimonio cultural.			



Anexo 2.

FICHA DE ANALISIS DOCUMENTAL

DATOS	
HECHOS	
ASPECTOS A TOMAR EN CUENTA	
ANALISIS	

FUENTE – elaboración propia



ANEXO 2

FICHA BIBLIOGRÁFICA

AUTOR			
EDITORIAL			
AÑO		LUGAR / PAIS	
TIPO DE DOCUMENTO			
RESEÑA			

FUENTE – elaboración propia